
FEDERICA CASAROSA

I SITI DI ASTE ON-LINE: UN ESEMPIO DI REGOLAZIONE DELLE COMUNITÀ TELEMATICHE?

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'asta come modello di vendita. — 3. Il modello di asta su eBay. — 4. Il sistema « giuridico » di eBay. — 4.1. La normatività del sistema di eBay. — 4.2. Il sistema giuridico di eBay. — 5. Conclusioni.

I. INTRODUZIONE.

La diffusione delle nuove tecnologie ha permesso lo sviluppo e il proliferare di una forma di negoziazione tradizionale attraverso una nuova veste « virtuale », infatti, l'utilizzo del modello di vendita all'asta finalizzato alla conclusione di un contratto non è assolutamente nuovo al soggetto che opera nel mercato, e neppure all'operatore del diritto, ma l'adattamento di tale forma al mercato telematico propone nuove questioni che richiedono una riflessione più approfondita.

Nel momento in cui una comunità di utenti, fruitori di un servizio di asta on-line, si trova ad interagire all'interno di una piattaforma telematica, due sono i principali rilievi che possono porsi: il primo è di natura pratica, relativo non soltanto alla volontà, ma anche alla capacità di questo tipo di strutture organizzate di arrivare a fornire lo stesso livello di tutela previsto per il tradizionale modello d'asta¹; l'altra questione è di natura teorica, concernente la possibilità di individuare nella stessa struttura orga-

¹ Per vendita all'asta si intende quel procedimento di conclusione del contratto attraverso il quale, per conseguire l'aggiudicazione della proprietà su di un bene, più soggetti formulano l'offerta di un prezzo ad un promotore (o ad un banditore). Di conseguenza, in una asta è implicita la presenza di un soggetto, la casa d'aste, che reperisce beni, sulla cui provenienza si fa garante e la cui visione è consentita a tutti i partecipanti alla gara; la definizione di riunioni aperte al pubblico nelle quali un altro soggetto, il banditore quale venditore professionista, sollecita i presenti a formulare le proprie offerte sui beni stessi; la preventiva indicazione

del prezzo base di ciascun bene posto in vendita; il compimento dei necessari rialzi rispetto al bene in questione, entro un arco di tempo limitato; l'aggiudicazione palese in favore del migliore offerente; la conclusione del contratto tra presenti. Così in L. BRESSAN, *Le aste on line*, in A. LISI, *Internet: Profili giuridici e opportunità di mercato - Dall'e-commerce alle aste on line*, Maggioli, Rimini, 2002, p. 318; A. SINATRA, *Vendita all'asta*, in AA.VV., *Vendita*, vol. XV, t. 1, coll. I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Utet, Torino, 2004, p. 144. Si veda anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, 2^a ed., Giuffrè, Milano, p. 249 e ss.

nizzata una comunità capace di produrre delle proprie regole, di controllarne l'applicazione ed inoltre di valutarne l'eventuale violazione². Al fine di valutare con maggiore concretezza queste problematiche, sarà utilizzato come esempio peculiare quello del sito di aste telematiche eBay³, la cui attività commerciale si proietta su scala internazionale e propone utili elementi di analisi per quanto riguarda sia l'aspetto della tutela dei propri utenti, sia per quanto riguarda la verificabilità dell'ipotesi secondo la quale una piattaforma telematica può costituire un sistema indipendente ed autonomo di regolazione.

La presente analisi sarà quindi articolata in cinque parti: la prima sarà dedicata all'analisi della forma di negoziazione caratterizzata dall'uso dell'asta differenziandone le peculiarità rispetto alla trasposizione operata nel mercato telematico; la seconda sarà focalizzata sulle modalità con le quali si presenta all'utente telematico il sistema di eBay; la terza parte analizzerà se — ed eventualmente a quali condizioni — è possibile riconoscere nel sistema preso ad esempio non soltanto sistema normativo ma altresì un sistema giuridico⁴; infine, nell'ultima parte saranno fornite delle prime conclusioni.

2. L'ASTA COME MODELLO DI VENDITA.

Il modello di vendita tramite asta non è certamente qualificabile come novità, anzi rappresenta una delle tre tradizionali modalità utilizzate

² Si veda *infra* par. 3 per una più ampia definizione dei sistemi di regolazione e di quello di auto-regolazione in particolare.

³ La presente analisi si concentra sulla disciplina che regola lo svolgimento di operazioni commerciali sull'interfaccia telematica dedicata agli utenti italiani, con alcuni accenni alle possibilità offerte sul sito statunitense. La differenziazione in mercati « linguistici » non induce alla perdita del carattere di globalità del mercato, poiché l'intera collettività degli utenti può facilmente spostarsi da un sistema linguistico all'altro e compiere le proprie contrattazioni con qualunque altro membro della comunità. In questo modo, quindi, eBay riesce a raggiungere un numero maggiore di utenti, ovvero coloro che possono non avere familiarità con la lingua inglese, ed inoltre, assicura un livello di tutela conforme a quello del probabile luogo di residenza del consumatore (è altamente probabile che l'utente al suo primo contatto con il sito eBay preferisca utilizzare l'interfaccia che può comprendere meglio, sia per una questione di lingua, sia per una questione di tutela giuridica dei propri interessi).

⁴ Anticipando alcuni aspetti che saranno affrontati successivamente nel testo, è possibile osservare che un sistema

« soltanto » normativo si basa sullo svolgimento di una serie di funzioni: di produzione, di controllo e di applicazione delle regole di comportamento all'intero di un gruppo definito di soggetti. Per poter definire tale sistema con l'aggettivo « giuridico » deve sussistere un passaggio ulteriore che verifichi l'autonomia e l'indipendenza del sistema normativo in questione rispetto allo Stato nazionale, un indice di tale aspetto è dato dalla presenza nel sistema normativo di un duplice livello di norme, le prime rivolte a definire le regole di comportamento (c.d. norme primarie), le altre ad interpretare e rendere efficaci le precedenti (c.d. norme secondarie). Sul tema della pluralità dei sistemi giuridici si veda S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1947; G. TEUBNER, *Global Bukovina - Legal pluralism in a world society*, in Id. (a cura di), *Global Law Without a State*, Brookfield, Dartmouth, 1997; S.E. MERRY, *Legal pluralism*, (1988) 22 *Law and society review* 869; sul tema della definizione di sistema giuridico in quanto tale si veda J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1977; Id., *The Authority of law - Essays on law and morality*, OUP, Oxford, 1979; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961.

per la conclusione di qualsiasi contratto. Le tre modalità sono: l'indicazione diretta del prezzo, il processo di negoziazione, e, appunto, l'asta⁵. Il meccanismo più familiare per un consumatore è il primo, per quanto non si tratti del meccanismo di maggiore diffusione nel mercato degli scambi, infatti, nei rapporti contrattuali che hanno un'entità economica e una complessità più elevata, le altre due possibilità sono privilegiate. L'utilizzo dell'uno o dell'altro modello dipende da due aspetti principali: la sensibilità all'incremento dei costi di transazione e la difficoltà di determinare *a priori* il prezzo dei beni o dei servizi offerti⁶.

Un esempio può essere utile per chiarire le precedenti affermazioni. Nel caso in cui un soggetto si trovi ad acquistare una semplice scatola di biscotti all'interno di un supermercato, questi trova associato al bene il cartellino del prezzo che sarà tenuto a pagare alla cassa del supermercato. In questo caso, è utilizzato il sistema di indicazione del prezzo poiché il soggetto acquista un prodotto di massa, il cui valore economico è stato accuratamente determinato da parte del produttore in ragione dei propri costi di produzione e della domanda esistente⁷; inoltre, il costo unitario del bene è troppo limitato per indurre, sia l'acquirente, sia il produttore, a spendere tempo, energie e denaro per negoziare fra loro il prezzo. In altre parole, appare chiaramente inefficiente, in termini economici, l'uso del modello di negoziazione diretta per tutti quei beni il cui valore economico è piuttosto modesto.

Nel caso in cui, invece, ci si trovi di fronte ad un'impresa fornitrice di servizi tecnici che si adopera per vendere la propria attività professionale ad altre aziende, il prezzo di tale prestazione di servizi viene determinato attraverso la negoziazione fra le due parti. Questa conclusione deriva dal fatto che la combinazione dei servizi richiesti può essere diversa da contraente a contraente, e può richiedere gradi di complessità differenti per ogni ipotesi di contrattazione, perciò il costo dell'attività professionale non è determinato *a priori* in modo « autoritativo »; inoltre, il valore attribuito, da parte dell'acquirente, alle prestazioni professionali può variare e influenzare il prezzo finale. Quindi, in ragione della complessità del contratto e della sua entità economica, anche una durata prolungata della negoziazione è valutata come un efficiente impiego delle risorse da parte di entrambi i contraenti⁸.

⁵ R. CASSADY, *Auctions and Auctioneering*, University of California Press, Berkeley, 1967, riconosce l'esistenza di modelli d'asta già nell'antica Babilonia, quindi fin dal 500 a.C. Per una analisi più approfondita dell'utilizzo del modello d'asta nei diversi periodi storici si veda D. AMOR, *Aste Online - Il commercio dinamico di beni e servizi*, Tecniche nuove, Milano, 2001, p. 3 e ss.

⁶ E.J. PINKER, *The Design of Online Auctions: Business Issues and Current Research*, University of Rochester, Working Paper, 2001, p. 7; D. AMOR, *Aste Online*, cit., p. 31 e ss.; A. HAGIU, *Merchant or two-sided platform?*, in *Review of Network Economics*, 6, 2, 2007, p. 115 e ss.; E. BROUSSEAU e T. PENARD,

The economics of digital business models: a framework for analysing the economics of platforms, in *Review of Networks Economics*, 6, 2, p. 81 e ss.

⁷ Dato che anche il costo per il reperimento di tali informazioni incide sulla scelta, è possibile affermare che in questo caso i dati sono reperibili dal produttore con un impegno economico non eccessivo.

⁸ Per una analisi più approfondita delle tematiche riguardanti l'utilizzo del contratto quale strumento per raggiungere l'efficienza del mercato si veda R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole - Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 222 e ss.

Nel caso di una vendita all'asta, il meccanismo utilizzato ha l'obiettivo fondamentale di individuare il prezzo stesso del bene, poiché il processo per individuarlo attraverso la valutazione della domanda può essere troppo oneroso, oppure quasi impossibile a priori. Questo fatto è evidente nel caso in cui l'oggetto del contratto è un bene che possiede un carattere di unicità o di rarità, che può essere un valore sia intrinseco (come per esempio un mobile antico non più in produzione, oppure un quadro d'arte il cui autore è deceduto), sia esso estrinseco, ovvero attribuito soggettivamente dall'acquirente del bene (come per esempio un giocattolo cui è attribuito un legame sentimentale con l'infanzia da parte del singolo acquirente). In questo caso appare chiaro che il prezzo sarà determinato sia in base alla domanda attuale del bene — ovvero tanto più elevata sarà la domanda, tanto maggiore sarà l'incremento del prezzo finale — sia in base alla percezione soggettiva del valore del bene.

Con la diffusione delle tecnologie informatiche, si è reso accessibile un nuovo ambiente nel quale utilizzare il modello di vendita all'asta, appunto lo spazio virtuale. Tale possibilità ha determinato non pochi effetti sullo stesso modello, la cui qualificazione non può essere individuata univocamente in senso positivo o negativo⁹.

Gli aspetti peculiari che si presentano sono: *a*) una riduzione dei costi transattivi, *b*) la possibilità di condurre contemporaneamente più aste, le c.d. aste complesse, *c*) l'accessibilità di un numero maggiore di partecipanti, ed infine, *d*) la disponibilità di un maggiore numero di informazioni legate alle offerte disponibili¹⁰.

L'utilizzo delle tecnologie informatiche ha ormai ridotto il costo richiesto per presentare on-line l'offerta di beni e servizi, e ciò discende dalla evidente esiguità delle spese richieste al singolo utente per la connessione e la promozione del bene attraverso il mezzo stesso¹¹. D'altronde, anche la possibilità di valutare in modo rapido e su scala globale le diverse offerte presenti sul mercato telematico riduce il costo di informazione totale degli utenti circa la bontà dell'offerta (sub *a*). La stessa tecnologia supporta poi una maggiore complessità delle stesse modalità d'asta, quali per esempio le c.d. aste *multi-unit*¹², nelle quali un software di programmazione può gestire le offerte presentate da un numero elevato di utenti allocando

⁹ I mercati elettronici basati su siti web utilizzando il metodo di vendita all'asta sono diventati una delle forme più produttive per concludere negozi attraverso la rete Internet. Si veda in questo senso G. ROGNETTA, *Le aste on line*, in G. CASSANO, *Internet - Nuovi problemi e questioni controverse*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 147; L. BRESSAN, *Le aste on line*, cit., p. 303.

¹⁰ E.J. PINKER et al., *The Design of Online Auctions: Business Issues and Current Research*, cit., p. 3.

¹¹ Si veda, anche dal solo punto di vista europeo, la fiducia che è stata espressa nei confronti delle nuove tecnologie, in tal senso il Libro Verde della Commissione Europea sulla convergenza

tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni del 3 dicembre 1997, COM(1997) 623 Finale, e lo studio *Rethinking the European ICT Agenda — Ten ICT-breakthroughs for reaching Lisbon goals*, compiuto da Pricewaterhouse nell'agosto 2004, ed infine la Comunicazione al Consiglio europeo *Working together for growth and jobs — A new start for the Lisbon Strategy*, del febbraio 2005, COM(2005) 24 final.

¹² E.J. PINKER et al., *The Design of Online Auctions: Business Issues and Current Research*, cit., p. 22. Per la differenziazione dei diversi modelli di asta si veda *infra*.

in modo dinamico i beni richiesti valutando contemporaneamente la quantità richiesta, il prezzo proposto, il tempo di arrivo dell'offerta, ecc. (sub *b*).

Nel momento in cui l'asta viene condotta su Internet, inoltre, il numero dei soggetti che possono avere accesso ad essa si incrementa su scala globale (sub *c*), permettendo di costituire dei micro-mercati nei quali molteplici acquirenti interagiscono con un numero altrettanto elevato di venditori. In questo caso, ovviamente, il successo di ciascuno di essi è determinato dalla presenza di una sufficiente quantità di contratti e dalla partecipazione continuativa di un numero sufficiente di soggetti, e ciò può essere raggiunto attraverso lo stesso strumento tecnologico. Infatti, lo studio e la raccolta dei dati riguardanti lo svolgimento dell'asta — immagazzinati direttamente dalla piattaforma telematica sulla quale si realizza l'asta — può essere utile non solo per comprendere quale sia l'attuale domanda ed offerta di un determinato bene o servizio, ma può anche fornire interessanti elementi per comprendere il comportamento dei partecipanti alla stessa asta (sub *d*), consentendo non solo di modificare le caratteristiche dei beni utilizzati, ma anche le regole che disciplinano il comportamento degli utenti per poter meglio rispondere alle loro esigenze.

Le aste telematiche possono essere classificate attraverso diversi criteri di riferimento, fra i quali i principali sono quelli concernenti il numero e la qualità dei soggetti partecipanti, da un lato, e, dall'altro lato, la procedura di fissazione del prezzo di aggiudicazione¹³.

Nel primo caso può presentarsi una matrice con quattro possibili risultati combinando la posizione di venditore/acquirente con l'unicità o molteplicità dei soggetti agenti. Quindi può presentarsi l'ipotesi di un rapporto bilaterale fra un venditore e un acquirente (ricadendo così nella tipologia di vendita attraverso la negoziazione del prezzo del bene), oppure un venditore in relazione ad un numero superiore di potenziali acquirenti, o ancora un'ipotesi opposta — di un acquirente in relazione con una serie di potenziali venditori, ed infine un rapporto complesso nel quale si instaura un rapporto fra più venditori e più acquirenti¹⁴. Le fattispecie più diffuse nell'ambito telematico sono la seconda e la terza (i c.d. rapporti *one-to-many*), che possono qualificarsi, sulla base della qualità dei soggetti partecipanti, come rapporti prevalentemente Business-to-Consumer e Consumer-to-Consumer nella seconda categoria, e come rapporti Business-to-Business nella terza categoria individuata.

Per quanto riguarda, invece, il tipo di procedimento d'asta possono presentarsi anche in questo caso quattro tipologie fondamentali: l'asta c.d. inglese o al rialzo, nella quale le offerte dei potenziali acquirenti innalzano progressivamente il prezzo minimo indicato dal venditore; l'asta c.d. olan-

¹³ E.M. TRIPODI, *Vendita all'asta tramite Internet*, in AA.VV., *Vendita*, vol. XV, t. 1, cit., p. 151 e, prima, Id., *A proposito delle aste online: sono davvero vietate le aste su Internet?*, 10 gennaio 2002, reperibile sul sito <http://www.interlex.it>; G. ROGNETTA, *Le aste on line*, cit., p. 148; L. BRESSAN, *Le aste on line*, cit., p. 306; L. PONTI e P. PANELLA, *Negozi telematici a ti-*

tolo oneroso e gratuito, in AA.VV., *Computer e nuove tecnologie di comunicazione*, vol. IX, coll. *I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, cit., p. 298 e ss.; D. AMOR, *Aste online*, cit., p. 70 e ss.; R.E. HALL, *Digital dealing - Accordi digitali*, Egea, Milano, 2002, 1 e ss.

¹⁴ Si veda *supra* n. 10 per l'ipotesi di aste complesse.

dese o al ribasso, nella quale il prezzo iniziale indicato dal venditore subisce progressive diminuzioni fino a trovare un acquirente disposto a concludere il contratto; l'asta segreta al prezzo massimo (*first-price sealed bid*), nel quale ogni offerente presenta il proprio prezzo massimo di acquisto senza rendere pubblica la propria offerta, che viene valutata contestualmente a tutte le altre al termine del periodo di asta prefissato; l'asta c.d. Vickrey (*second-price sealed bid*), nella quale il procedimento segue quello precedente, ma l'aggiudicazione è compiuta nei confronti del miglior offerente al prezzo di acquisto presentato dalla seconda migliore offerta¹⁵. Fra queste ipotesi la più diffusa è l'asta inglese, soprattutto per quanto riguarda i rapporti Business-to-Consumer e Consumer-to-Consumer, mentre per i rapporti Business-to-Business è maggiormente utilizzata l'asta c.d. Vickrey¹⁶.

Dal punto di vista giuridico, un altro elemento acquista particolare importanza, quello relativo al coinvolgimento del gestore del sito in qualità di banditore d'asta. Infatti, possono proporsi ipotesi in cui l'asta è condotta direttamente dal banditore stesso per la vendita di beni di proprietà di quest'ultimo, oppure per la vendita di beni di proprietà di terzi, o ancora, il banditore d'asta si premura soltanto di mettere a disposizione il sito e la struttura per la vendita all'asta senza essere in alcun modo coinvolto nel processo di aggiudicazione. La differenziazione è utile per quanto riguarda il diritto italiano poiché nei primi due casi la disciplina applicabile sarà quella tradizionale riguardante la vendita all'incanto, mentre nell'ultima ipotesi in cui il banditore d'asta si limita a mettere a disposizione il servizio di contatto ovvero lo strumento tecnologico, senza intervenire direttamente nella gara può prospettarsi l'applicazione della disciplina relativa all'attività di mediazione¹⁷.

¹⁵ Si veda E.J. PINKER et al., *The Design of Online Auctions: Business Issues and Current Research*, cit., p. 12; E.M. TRIPODI, *A proposito delle aste online: sono davvero vietate le aste su Internet?*, cit.; R. DUH, K. JAMAL, S. SUNDER, *Control and Assurance in E-Commerce: Privacy, Integrity and Security at eBay*, Working Paper 2001, reperibile sul sito: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=254270, p. 6; C. E. HUANG CHUA e J. WAREHAM, *Self-regulation of online auctions: an analysis*, working paper, Georgia State University, 2001, p. 3; H.P. WIESEMAN e E. FALLETTI, *Internet Auctions and Harmonization. A comparison between Italy and Germany*, in *European Review of Private Law*, 2006, p. 6, dove gli Autori introducono anche « the so-called "power-shopping" or "co-shopping". Sometimes, it is also entitled as an Internet auction. This model is targeted at forming a group of buyers all interested in the same product. Exceeding a certain limit, the price of the product is lowered ».

¹⁶ D. LUCKING-REILEY, *Auctions on the Internet: what's being auctioned, and*

how?, Working paper, Vanderbilt University, 1999.

¹⁷ In tal caso si fa riferimento alla disciplina di cui alla legge 21 marzo 1958, n. 253 ovvero della legge 3 febbraio 1989, n. 39, ove sono comprese le attività per le quali è richiesta, sempre presso la competente Camera di commercio, l'iscrizione nel ruolo ordinario degli agenti di affari in mediazione. La disciplina della mediazione esclude la necessità per l'operatore della licenza TULPS. Tale esclusione sarebbe, peraltro, coerente con l'art. 4 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, che enuncia il principio di assenza di autorizzazione preventiva per l'esercizio dell'« attività di un prestatore di un servizio della società dell'informazione ». Per una più ampia e approfondita valutazione della disciplina applicabile si veda E. M. TRIPODI, *A proposito delle aste online: sono davvero vietate le aste su Internet?*, cit. Contra, G. ROGNETTA, *Le aste on line*, cit., p. 157, che riconosce piuttosto la presenza di un servizio di battitore d'asta fra l'utente e il gestore del sito, anche nel caso in cui quest'ultimo sia estraneo alla conclu-

È necessario osservare che, per assicurare un confronto concorrenziale corretto e trasparente fra i partecipanti all'asta, il legislatore ha ritenuto fondamentale improntare l'asta su principi di obiettività ed imparzialità del promotore rispetto agli stessi partecipanti. Dunque, fra i criteri che possono garantire tale risultato, sono stati preferiti quelli della localizzazione e della contestualità della procedura dell'asta¹⁸. A ciò è appunto finalizzata la previsione di cui all'art. 115 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, recante il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS), che prevede che « non possono aprirsi o condursi agenzie di prestiti su pegno o altre agenzie di affari, quali che siano l'oggetto e la durata, anche sotto forma di agenzie di vendita [...] senza la licenza del Questore » (comma 1). Il comma 3 di detto articolo stabilisce inoltre che « la licenza vale esclusivamente pei locali in essa indicati »¹⁹. Tale principio, però, ha avuto l'ovvia necessità di un aggiornamento alla luce delle moderne tecnologie applicate alle vendite all'asta, tuttavia ciò ha portato il legislatore al completo diniego della possibilità di operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione²⁰, ex art. 18, c. 5, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, c. 4, L. 15 marzo 1997, n. 59). Tuttavia, questo divieto si riferisce alle sole aste compiute nel quadro di vendite al dettaglio di prodotti non industriali, in altre parole sono esclusi dal divieto le aste occasionali compiute da venditori al dettaglio, le aste compiute dai venditori all'ingrosso, le aste di prodotti negoziati tra operatori commerciali, le aste gestite non direttamente dal commerciante al dettaglio ma da intermediari o mediatori, ed infine le aste di servizi²¹.

sione del contratto fra i diversi utenti del sito d'asta.

Un diverso approccio è stato utilizzato nel sistema giuridico tedesco nel quale le aste telematiche non sono ascrivibili alla categoria tradizionale di asta, poiché, a differenza di quest'ultima dove l'aggiudicazione si determina con il colpo di martello compiuto dal banditore, nell'asta telematica il momento di aggiudicazione coincide con il termine temporale dedicato all'asta stessa. Per un'analisi comparativa della disciplina applicata in Germania, si veda H.P. WIESE-MANN e E. FALLETTI, *Internet Auctions and Harmonization. A comparison between Italy and Germany*, cit., p. 7 e ss. Per una analisi dei diversi sistemi legali europei sul tema si veda R. MANNO, *Aste online e miopia legislativa*, 10 marzo 2003, reperibile sul sito www.interlex.it.

¹⁸ Si veda G. ROGNETTA, *Aste on line*, cit., p. 153 e ss., e E. SINATRA, *La vendita all'asta*, cit., p. 394 e ss., per la giurisprudenza in materia di aste concluse attraverso il mezzo televisivo, le cui conclusioni sono analogicamente applicabili al mezzo Internet.

¹⁹ Nei casi di aste in cui il banditore

d'asta svolge un ruolo di intermediario, trattandosi di una agenzia di vendita mediante pubblico incanto, la competenza al rilascio della licenza deve dunque intendersi rimasta in capo al Questore, al quale l'interessato deve richiedere il rilascio della licenza indicando, secondo quanto previsto dall'art. 204 del Regolamento di esecuzione del TULPS:

— la natura degli affari a cui si vuole attendere;

— la tariffa delle operazioni;

— la sede dell'esercizio e l'insegna.

Per l'attività svolta attraverso Internet, dovrebbero essere quindi indicati il tipo di beni che si intende porre in vendita all'asta (o consentire di porre in vendita), il compenso previsto per le operazioni di intermediazione, la sede legale ed il nome di dominio che identifica il sito web utilizzato.

²⁰ Fra cui è unanimemente ricompresa la possibilità di aste concluse attraverso Internet.

²¹ E. TOSI, *I problemi giuridici di Internet - Dall'e-commerce all'e-business*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 48; L. PONTI e P. PANELLA, *Negozi telematici a titolo oneroso e gratuito*, cit., p. 300; L. BRES-

3. IL MODELLO DI ASTA DI EBAY.

eBay è un sito web diffuso a livello globale, nel quale il gestore del sito presenta uno spazio dedicato unicamente alla conclusione di vendite per mezzo di aste²². L'utente che accede al sito, per poter utilizzare il servizio, compie una registrazione fornendo i propri dati personali e selezionando uno pseudonimo con il quale operare nel sito stesso. Dopo aver portato a termine questo procedimento, l'utente può immediatamente iniziare ad acquistare o vendere i propri beni. Nel momento in cui il bene è presentato nella vetrina virtuale, gli altri utenti, attraverso una ricerca per categorie di beni o per venditori, possono visionare la descrizione del prodotto (ed eventualmente avere accesso ad un'immagine digitale dello stesso) e presentare una offerta per l'acquisto. Al termine del periodo individuato a priori per l'asta — che varia da sette a dieci giorni, durante i quali l'asta è continuativamente aperta — l'oggetto viene aggiudicato a colui che ha presentato l'offerta più elevata.

Appare evidente, quindi, che il modello di aggiudicazione utilizzato è quello di asta inglese nella quale, il negozio viene concluso solo ed unicamente fra il venditore e il miglior offerente, senza alcuna interazione con il gestore della piattaforma telematica. Infatti, nel momento in cui ciascun utente completa la propria registrazione fornisce contestualmente il proprio consenso all'accordo per gli utenti e alle regole sul trattamento dei dati personali predefinite da eBay²³. Proprio all'interno dell'accordo per gli utenti, è presente uno specifico articolo che nega la qualificazione di eBay come una casa d'aste:

SAN, *Le aste on line*, cit., p. 322; E.M. TRIPOLI, *A proposito delle aste online: sono davvero vietate le aste su Internet?*, cit.

Si veda peraltro il conflitto fra il divieto di cui all'art. 18, c. 5 del D.Lgs. 114/1998 e l'art. 2 lett. e) del D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 di attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti laddove si definisce il campo di applicazione del decreto stesso escludendo i contratti a distanza conclusi in occasione di vendite all'asta, quindi riconoscendo implicitamente la liceità di tali contratti. La soluzione di tale antinomia, proposta da una parte della dottrina, è quella di estendere la protezione dei consumatori di cui al decreto del 1999 a tutte quelle attività negoziali diverse, ma in qualche misura accessorie alla (vietata) vendita all'asta tramite mezzi di comunicazione a distanza. Più approfonditamente in M. T. ANNECCA, Art. 2, in M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza - Commento al D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 92.

²² È interessante osservare che il sito web ha da poco compiuto dieci anni di at-

tività, poiché è stato ideato nel 1995 da un giovane francese Pierre Omydar quasi per gioco, chiamandolo inizialmente AuctionWeb (l'attuale denominazione risale al 1997). Dopo un primo periodo di bassa affluenza di utenti, la struttura conquistò i navigatori telematici permettendo non solo un continuo incremento di contratti conclusi all'interno del sito, ma anche di superare indenne il momento di estrema crisi delle dot.com avvenuto nel 2000. Si veda più approfonditamente in A. GUADAMUZ GONZALES, *Pay Pal and eBay: the legal implications of the C2C electronic commerce model*, paper presentato alla 18ma Conferenza BILETA: *Controlling Information in the Online Environment*, 2003, p. 3; H.P. WIESEMANN e E. FALLETTI, *Internet Auctions and Harmonization. A comparison between Italy and Germany*, cit., p. 4.

²³ L'Accordo per gli utenti è il documento che contiene le condizioni generali che disciplinano il rapporto fra gli utenti ed eBay, illustrando i servizi, la politica relativa alle tariffe, la politica relativa alla privacy, ed i rapporti fra acquirenti e venditori in relazione alle inserzioni e relative offerte su eBay.

« Nonostante eBay sia spesso identificato come un sito di aste on-line, è importante comprendere che non svolgiamo alcuna attività di intermediazione né siamo un « banditore d'asta » nel senso tradizionale del termine. Il nostro sito è un luogo che offre ai propri utenti la possibilità di vendere e comprare oggetti, in qualsiasi momento, da qualunque postazione Internet e con diverse modalità, [...]. eBay non ha nessun controllo o responsabilità in merito alla qualità, sicurezza, liceità dei beni messi in vendita sul sito. Non può inoltre verificare la veridicità e l'accuratezza delle inserzioni o la capacità degli utenti di vendere, acquistare e fare offerte. eBay non ha alcun ruolo nella compravendita che si svolge tra gli utenti a seguito della loro attività sul sito »²⁴.

La terzietà del sito eBay viene quindi affermata in modo molto chiaro²⁵, ed è stata confermata anche indirettamente attraverso l'intervento giurisprudenziale, per quanto non di origine nazionale. Nel caso *eBay v. Gettry*²⁶, infatti, la Corte di Appello californiana ha riconosciuto che eBay operi soltanto come un *facilitator*, ovvero un soggetto che non ha alcuna responsabilità per i beni offerti dai propri utenti, né garantisce in alcun modo la genuinità delle descrizioni fornite²⁷. Lo stesso risultato è stato recentemente raggiunto anche da una corte europea. Il Tribunale di Grenoble ha infatti escluso la responsabilità del sito eBay per gli atti illeciti dei propri utenti a danno di altri utenti dello stesso servizio d'asta²⁸. Queste conclusioni potrebbero essere raggiunte anche nel quadro giuridico italiano alla luce della disciplina prevista dal D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, di attuazione della direttiva europea n. 2000/31/CE dell'8 giugno 2000,

²⁴ Art. 3. 1. dell'accordo per gli utenti, <http://pages.ebay.it/help/community/png-user.html>. Ciò è confermato anche nelle pagine relative alle Frequently Asked Questions, fra le quali è inserita la domanda « Che significa che eBay è soltanto un luogo? », alla quale il sito risponde ribadendo la propria estraneità al contratto fra compratore e venditore, in base alla quale non può essere richiesto allo stesso sito un controllo circa il corretto svolgimento della negoziazione sia in relazione ai beni offerti, sia il relazione al comportamento dei soggetti partecipanti al di fuori del proprio sito.

²⁵ Il ruolo svolto dal sito eBay ricade in una delle definizioni fornite dalla dottrina economica in tema di mediatori, fra i quali sono differenziate due tipologie: « (1) *merchant intermediaries who buy and sell goods in a market and therefore realise their profits from the spread in buying and selling prices (market-makers)*, and (2) *broker intermediaries who facilitate the exchange of goods by matching buyers and sellers and are paid by a revenue-sharing commission (matchmakers)* », così in S. GRUNDMANN, W. KERBER, *Information Intermediaries and party autonomy — The example of securities and insurance markets*, in S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERHILL (a cura di),

Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, BERLIN, WALTER DE GRUYTER, 2001, p. 267; nello stesso senso anche in E. BROUSSEAU e T. PENARD, *The economics of digital assembling*, working paper, 2005.

²⁶ Court of Appeal, Fourth District, Division 1, California, n. GIC 746980, 1/18/01, San Diego City. Per un approfondimento si veda H.P. WIESEMANN e E. FALLETTI, *Internet Auctions and Harmonization. A comparison between Italy and Germany*, cit., p. 6; A. GUADAMUZ GONZALES, *Pay Pal and eBay: the legal implications of the C2C electronic commerce model*, cit.

²⁷ C. DAVIS, *Court Dismisses Class Action Against eBay in Counterfeit Sports Memorabilia Case*, in *Internet Law Journal*, 8 Marzo 2001, reperibile all'indirizzo: <http://www.tilj.com/content/litigationheadline03080101.htm>

²⁸ Tribunal d'Instance de Grenoble, 1 febbraio 2007, J.-P. Contoz c. eBay International AG, in *Il diritto dell'Internet*, 4, 2007, 339, con commento di M. BERLIRI e P. LA GUMINA. Nel testo anche gli Autori riconoscono che le scelte operate dal legislatore francese coincidono con quelle del legislatore italiano, ipotizzando una conclusione pressoché identica qualora lo stesso caso si presenti nel sistema giuridico italiano.

ex art. 16, nel quale il comportamento del sito web è qualificato come *hosting*, e fintantoché l'attività rimane tale, non è previsto alcun obbligo di sorveglianza dei contenuti veicolati attraverso il sito²⁹.

Tuttavia, per salvaguardare gli interessi degli utenti e per agevolare il corretto svolgersi delle negoziazioni, il sito riconosce un ruolo fondamentale nell'attività di controllo ai singoli utenti, richiedendo a ciascuno di essi una valutazione circa il complessivo svolgersi del rapporto negoziale³⁰. Infatti, a seguito dell'avvenuta conclusione ed esecuzione del contratto, i due contraenti sono invitati ad esprimere il proprio giudizio circa il comportamento tenuto dalla controparte, indicando generalmente se esso sia stato positivo o negativo e aggiungendo anche un commento personale. Ciascuno di questi *feedback* è registrato dal sito e strutturato in modo tale da coordinarsi con i precedenti commenti, andando a delineare un profilo correlato a ciascun soggetto. Tali profili sono poi resi disponibili on-line e aggiornati ad ogni nuovo contratto stipulato: sulla stessa pagina nella quale si trovano i prodotti offerti, se si tratta di un venditore, affiancati ad ogni offerta presentata, se si tratta di un acquirente.

²⁹ L'art. 16 prevede appunto che «1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a. non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;

b. non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

In questo senso si esprimono S.S. DE-SANTI, *The Evolution of Electronic B2b Marketplaces*, ALI-ABA 201, p. 206; P. LYMAN, *The Article 2b Debate and the Sociology of the Information Age*, in *13 Berkeley Tech. L.J.*, p. 1079; P.J. HARNOUR, *B2b Basics and Antitrust Issues*, ALI-ABA 193, p. 681.

Una ulteriore applicazione giurisprudenziale di questo principio è riscontrabile nel sistema giuridico tedesco, con la decisione Rolex del marzo 2004, nella quale la Corte fatta salva l'assenza di obblighi di controllo continuativi, e di conseguenza di responsabilità, per la piattaforma telematica che fornisce il servizio d'asta, ha emesso una ingiunzione nei confronti dello stesso sito finalizzata alla rimozione dell'offerta riconosciuta in violazione della disciplina a tutela dei marchi registrati. Cfr. Bundesgerichtshof, Urteil vom 11 marzo 2004, I ZR 304/01, *Multimedia Recht* 2004, p. 668, e in *NJW* 2004, p. 3102. Un altro caso tedesco che affronta un tema affine è il caso Ricardo nel quale il Bundesgerichtshof si è trovato di fronte alla decisione circa la possibilità di ritenere incluse nel contratto stipulato fra il venditore e l'acquirente anche le condizioni generali previste nel contratto fra utente e sito fornitore del servizio d'asta (ovvero ritenerle capaci di influenzare l'interpretazione del contratto principale). La corte ha ritenuto che tali norme non possono essere considerate parte del contratto fra gli utenti, giacché l'efficacia di tali regole è valida soltanto nei rapporti diretti fra utente e sito, salva comunque la possibilità, in caso di ambiguità delle dichiarazioni degli utenti, di essere utilizzate come criterio utile di interpretazione. Si veda la decisione c.d. Ricardo, Bundesgerichtshof, Urteil vom 7 novembre 2001, VII ZR 13/01, *NJW* 2002, p. 363.

³⁰ Si veda sul sito: <http://pages.ebay.it/help/account/feedback-overview.html>

Questo strumento, da un lato, coadiuva i partecipanti all'asta nella valutazione circa la serietà della controparte, giacché un soggetto con un *feedback* quasi unanimemente positivo sarà sicuramente più affidabile rispetto ad un altro soggetto che raggiunge una percentuale positiva meno elevata; dall'altro lato, consente al gestore della piattaforma telematica di dimostrare in modo indiretto la propria professionalità, poiché se esiste un meccanismo di controllo, per quanto indiretto, gli utenti saranno incentivati a comportarsi in modo corretto incrementando il livello di affidabilità del gestore stesso³¹.

Peraltro, in relazione al contratto di fornitura di servizi stipulato con gli utenti del sito, eBay non esclude l'irrogazione di sanzioni nei confronti di essi, nel caso in cui intervengano delle violazioni alle regole previste dall'accordo, ovvero non sia possibile verificare l'autenticità delle informazioni fornite dall'utente in sede di registrazione o durante l'utilizzo del servizio, oppure nel caso in cui l'utente ponga in essere comportamenti tali da arrecare danni economicamente rilevanti o responsabilità civile a carico di eBay o di altri utenti³². La sanzione si esplicita in una sospensione a tempo determinato o indeterminato dell'utente, che giustifica l'interruzione della fornitura dei servizi³³. La stessa sanzione può essere inflitta nel caso in cui l'utente si trovi ad avere un punteggio negativo di *feedback*. In altre parole: nel caso in cui la differenza matematica fra le contrattazioni avvenute che hanno ottenuto un *feedback* positivo e negativo ha un risultato negativo pari a quattro l'utente verrà sospeso e inabilitato per la futura attività all'interno del sito.

Qualora, invece, si configuri un conflitto fra gli utenti, causato da una divergenza fra la descrizione del bene e l'oggetto ricevuto, oppure causato dal mancato ricevimento del bene da parte del venditore o del pagamento da parte dell'acquirente, o ancora in caso di richiesta di modifica del *feedback* negativo ricevuto, il sito eBay stesso propone un sistema alternativo di risoluzione della controversia intervenendo come mediatore fra le parti. Questo c.d. « programma di protezione » contempla due possibili soluzioni: la conclusione positiva della mediazione per cui gli utenti si accordano

³¹ Tale fenomeno è denominato anche come « reputation transfer », così in S. GRUNDMANN e W. KERBER, *Information intermediaries and Party autonomy*, cit., p. 273.

Si veda anche E. KATSH, J. RIFKIN, A. GAITENBY, *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of « eBay Law »*, in *Ohio State Journal on Dispute resolution*, 15, 2000, p. 708, in cui si afferma che « After any transaction is completed, buyers and sellers may post feedback as to the conduct of the buyer or seller. The "feedback rating" system is a software-supported reputational system, and anyone's feedback rating is accessible from the page advertising any item for sale. Checking on a seller's feedback rating is probably the first step any user takes before considering whether to bid on an item, and acquiring a positive feedback rating is thus

highly important. Protecting one's feedback rating looms large in any eBay user's mind. As one guidebook to eBay points out, on eBay, all you have is your reputation ».

³² Si veda l'art. 9 dell'accordo per gli utenti per gli utenti, <http://pages.ebay.it/help/community/png-user.html>.

³³ In caso di controversie derivanti dall'accordo, comprese quelle concernenti la validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione sono devolute al tentativo di conciliazione previsto dal servizio di Mediazione e Conciliazione On-line della Camera Arbitrale di Milano, e in caso di mancata conciliazione, la controversia sarà risolta in arbitrato, in conformità al Regolamento Internazionale Arbitrale della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, da un arbitro unico, in via rituale e secondo diritto (art. 17.2 dell'accordo).

sulla risoluzione delle problematiche sorte, oppure la richiesta di rimborso da parte dell'utente rimasto insoddisfatto³⁴.

È interessante osservare che, nel corrispondente sito statunitense, l'eventuale controversia può essere risolta anche attraverso una mediazione imparziale gestita dall'Internet provider Square Trade³⁵. Questo soggetto si definisce come « *the leading provider of online shopping services addressing the "trust deficit" in e-commerce* » poiché offre ai propri utenti, per la maggior parte imprese commerciali, un servizio di certificazione, di tutela post-vendita e, soprattutto, un sistema alternativo di risoluzione di controversie che ambisce ad essere estremamente rapido ed efficiente. Infatti, gli utenti di eBay che presentano nel proprio profilo il marchio di fiducia di Square Trade, assicurano la loro adesione al codice di condotta stabilito dal provider stesso (il quale peraltro non differisce di molto dalle regole di comportamento individuate da eBay), ed accettano che, in caso di controversie con le proprie controparti contrattuali, queste possano fruire della mediazione proposta da Square Trade. Inoltre, qualora la mediazione giunga ad un risultato positivo, la parte che si fregia del marchio di Square Trade, garantisce altresì la propria adesione alla soluzione raggiunta.

4. IL SISTEMA « GIURIDICO » DI EBAY.

4.1. *La normatività del sistema di eBay.*

Sulla base di quanto presentato nel paragrafo precedente è possibile riconoscere nella piattaforma telematica gestita da eBay un sistema di autoregolazione tale da individuare un proprio spazio normativo, nel quale è applicata la c.d. legge di eBay³⁶. Per giustificare questa affermazione, è necessario valutare se il sistema di regolazione in questione è qualificato dalla presenza di peculiari elementi.

Un sistema di regolazione si definisce tale se contempla nella sua struttura le tre funzioni fondamentali: produzione delle regole, controllo circa l'osservanza delle stesse regole e applicazione delle regole anche in caso di conflitti tra i soggetti sottoposti alla regolazione³⁷. L'enumerazione è una generalizzazione delle tradizionali categorie individuate da Montesquieu come costitutive di un sistema giuridico, ovvero le funzioni di *pou-*

³⁴ Si veda sul sito <http://pages.ebay.it/help/tp/problems-dispute-resolution.html>

³⁵ Si vedano le informazioni fornite sul sito <http://www.squaretrade.com/cnt/jsp/abt/aboutus.jsp>.

Si veda anche G. K. HADFIELD, *Delivering legality on the Internet: Developing principles for the private provision of commercial law*, *American Law and Economics Review*, 6, 2004, p. 167, e l'intervista fatta a S. ABERNETHY, PDG di Square Trade in G. KAUFMANN-KOHLER e T. SCHULTZ, *Online Dispute resolution: chal-*

lenges for contemporary justice, Kluwer, 2004, p. 321 e ss.

³⁶ E. KATSH et al., *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of « eBay Law »*, cit., p. 705.

³⁷ F. CAFAGGI, *La responsabilità dei regolatori privati. Un itinerario di ricerca tra mercati finanziari e servizi professionali*, in Mercato Concorrenza e Regole, 2006, n. 1, p. 5; e prima Id., *Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés*, in RIDE, 109, 2004, p. 23; Id., *Reframing self-regulation*, Kluwer, 2006, 5.

*voir legislatif, pouvoir jurisdictionnel e pouvoir executif*³⁸, che nella attuale letteratura sul tema della regolazione sono qualificate secondo la terminologia anglofona di *rule-making, monitoring ed enforcement*³⁹.

Tali attività possono essere svolte sia da soggetti pubblici che da soggetti privati, includendo nella prima categoria le autorità o gli organi legislativi istituzionali — in altre parole lo stato nelle sue molteplici espressioni — e nella seconda categoria gli operatori economici, le parti sociali, le organizzazioni non governative, le associazioni, ecc. I due soggetti possono compiere le funzioni sopra elencate in modo autonomo o coordinato⁴⁰, dando luogo alle diverse forme di regolazione, in prima istanza distinguibili nelle forme della regolazione pubblica, co-regolazione, e autoregolazione o regolazione privata⁴¹. Nelle ipotesi appena menzionate i diversi attori che partecipano all'attività di regolazione possono svolgere ruoli diversi in relazione alle scelte operate in sede di coordinamento, per esempio, il regolatore pubblico può svolgere la funzione di produzione delle norme, lasciando l'attività di controllo e di applicazione delle norme agli operatori economici⁴², ma può proporsi anche il caso di una associazione di categoria che svolge complessivamente tutte e tre le funzioni, tuttavia, al suo interno sono individuate diverse entità incaricate di compiere singolarmente le diverse funzioni.

Nel caso di eBay quella che si presenta è una ipotesi di autoregolazione nella quale le tre funzioni principali non sono svolte univocamente dal sito stesso, che come abbiamo già accennato si presenta come mero fornitore della piattaforma tecnologica, ma l'intera struttura gode della cooperazione attiva degli stessi soggetti partecipanti al sito e di terzi non coinvolti direttamente nel principale servizio di asta.

Per quanto riguarda l'attività di produzione delle norme che regolano il comportamento degli utenti, possiamo senza dubbio affermare che questo ruolo viene svolto dalla struttura organizzativa di eBay, la quale indica nel proprio accordo per la fornitura del servizio non soltanto le caratteristiche del servizio d'asta e le modalità con le quali esso sarà reso disponibile all'utente, ma anche una serie di indicazioni che qualificano i compor-

³⁸ CHARLES DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, 1° ed., 1748, p. 174.

³⁹ A. OBUS, *Regulation, Legal form and economic theory*, Hart, Oxford, 2005; ID., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, p. 97; C. PARKER and J. BRAITHWAITE, *Regulation*, in P. CANE e M. TUSHNET (a cura di), *The Oxford Handbook on Legal Studies*, OUP, Oxford, 2003, p. 126; I. AYRES and J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation, transcending the deregulation debate*, OUP, Oxford, 1992; F. CAFAGGI, *Reframing self-regulation*, cit.

⁴⁰ Per un'approfondimento circa le ragioni che portano alla necessità di autonomia o di collaborazione si veda F. CAFAGGI, *Reframing self-regulation*, cit.

⁴¹ Per la distinzione nell'ambito della

regolazione privata tra autoregolazione e regolazione privata partecipata, si veda F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione?*, *Pol. Dir.*, 2004, p. 205 ss. Per un criterio di distinzione tra autoregolazione e co-regolazione abbastanza consolidato cfr. rispettivamente i punti 18 ss. e 22 ss. del Progetto Interistituzionale «Legiferare Meglio», *G.U.C.E* 31 dicembre 2003 C 321/3.

⁴² Ciò appare in modo chiaro nel caso di co-regolazione laddove la funzione di produzione di regole è svolta dal soggetto pubblico, demandando le funzioni di controllo e di risoluzione delle controversie ai soggetti privati, come accade per esempio nel settore dell'attività giornalistica in Italia. Sul tema della coregolazione si veda anche Y. Poullet, *Les aspects juridiques des systèmes d'information*, *Lex Electronica*, 10, 2006.

tamenti ritenuti corretti sia da parte del venditore sia da parte dell'acquirente. A queste regole sono poi affiancate le limitazioni concernenti i beni che possono essere posti in vendita — per i quali esiste un ricco elenco di divieti e limitazioni, che vanno dai prodotti farmaceutici ai tabacchi, ai generi alimentari⁴³, ecc. — sono poi previste delle norme di comportamento per la partecipazione ai forum predisposti dal sito stesso, nonché le regole applicate da eBay per la tutela della privacy⁴⁴, ecc.⁴⁵

Prima di affrontare il momento dedicato al controllo della conformità agli standard di comportamento previsti dal gestore del sito, è opportuno valutare la terza funzione che è svolta all'interno di un sistema normativo, quella relativa al momento patologico del rapporto contrattuale cui deve seguire la risoluzione della controversia che sorge fra gli utenti. Questo tema è stato già affrontato nella letteratura giuridica, ed ha portato ad affermare l'importanza sostanziale di questo aspetto per poter sostenere il carattere di normatività di una struttura organizzata, quale quella operante nel sito eBay. Infatti, uno studio risalente al 2000⁴⁶ ha ritenuto di poter affermare l'applicabilità di un vero e proprio « diritto di eBay » alle controversie risolte attraverso un sistema di mediazione, proposto su eBay da un centro di ricerca statunitense per la durata di due settimane⁴⁷. L'analisi dei casi ha reso palese agli studiosi coinvolti nel progetto, che i soggetti partecipanti per giungere a richiedere l'intervento di un terzo per la risoluzione della propria controversia avevano compiuto una interiorizzazione delle regole previste da parte del sito (indipendentemente dalle norme vigenti nel sistema giuridico di residenza), e quindi avevano riconosciuto la legittimità della propria richiesta proprio alla luce delle regole stabilite dal sito⁴⁸. Dalla prospettiva degli utenti, il comportamento

⁴³ Si veda alla pagina web: <http://pages.ebay.it/help/policies/items-ov.html>.

⁴⁴ Si veda alla pagina web: <http://pages.ebay.it/help/policies/privacy-policy.html>.

⁴⁵ Si veda poi la disciplina individuata dagli altri link ipertestuali previsti ex art. 18 dell'accordo.

⁴⁶ Lo studio è stato compiuto dal *Center for Information Technology and Dispute Resolution* dell'Università del Massachusetts in collaborazione con il sito web eBay, proponendo una procedura di risoluzione delle controversie attraverso mediazione all'interno di una delle pagine web appartenenti al sito d'aste americano. Si veda E. KATSH et al., *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of « eBay Law »*, cit., 705 e ss.

⁴⁷ Il numero di controversie prospettate al servizio di mediazione sono state 225 nel corso delle due settimane di attività, fra queste 144 sono state quelle che hanno proseguito nel processo di mediazione (le restanti sono state per lo più risolte autonomamente dagli utenti), e soltanto un terzo di queste ultime non hanno rice-

vuto la risposta positiva della controparte al procedimento di risoluzione alternativa della controversia esistente. Si veda E. KATSH et al., *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of « eBay Law »*, cit., p. 711.

L'approccio di questo studio, ovvero il metodo empirico basato sui casi (*case study*) che, rifuggendo dalle categorie di dogmatica giuridica, è finalizzato a porre in evidenza il funzionamento concreto delle procedure di risoluzione dei conflitti, è tipico della tradizione giuridica americana, soprattutto per quanto riguarda gli studi di antropologia del diritto. Questi hanno come obiettivo fondamentale, infatti, la dimostrazione dell'esistenza di livelli normativi alternativi o complementari rispetto a quello statale (il riferimento principe è il testo di K. LLEWELYN e A. HOEBEL, *The Cheyenne Way*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941).

⁴⁸ Si veda J.-F. PERRIN, *La médiation: un mode alternatif de résolution des litiges?*, *Schulthess*, 1992, 315, citato in T. SCHULTZ, *eBay: un système juridique en formation?*, in *Revue du droit des technologies de l'information*, 22, 2005, p. 33.

conforme discende dal potere che indirettamente eBay esercita nei loro confronti: se la risoluzione di una qualsiasi controversia dipende dalla cornice nella quale le parti si muovono⁴⁹, allora in questo caso le controversie sorgono in un ambiente che si basa sulle indicazioni tecniche e di comportamento del gestore eBay. Gli utenti sono dunque coscienti del fatto che ogni contratto che sfocia in una controversia, può rappresentare un elemento negativo per la futura attività svolta all'interno dello stesso mercato telematico. Di conseguenza, da un lato, la scelta di giungere alla risoluzione della lite attraverso il sistema che viene promosso direttamente da eBay rappresenta la volontà di aderire completamente alle scelte del micro-sistema nel quale il proprio rapporto commerciale viene ad esistenza; dall'altro, il raggiungimento dell'accordo è, altresì, sollecitato dalla volontà di non essere sottoposto a successive ripercussioni negative sulla propria reputazione e quindi sulla propria attività economica⁵⁰.

Il fattore determinato dall'interesse a mantenere la propria reputazione si concretizza su un duplice livello, quello concernente i singoli utenti (che come abbiamo appena evidenziato ha un impatto rilevante anche nel momento di risoluzione delle controversie), e quello concernente il sito eBay stesso. Ciò appare chiaramente quando si osserva come viene risolta l'attività di *monitoring*. Per quanto riguarda il primo livello, opera il sistema di *rating*, secondo il quale i contraenti di ogni singolo contratto sono invitati a definire il proprio livello di soddisfazione rispetto al complessivo comportamento della controparte e — nel caso di un acquirente — rispetto alle proprie aspettative nei confronti del bene acquistato, che, indirettamente, dipende dalla capacità e volontà del venditore di descrivere in modo corretto la propria offerta. In questo senso, l'attività di controllo della conformità alle regole del sito viene compiuta dai singoli utenti segnalando all'intera comunità se il soggetto con il quale il negozio si è concluso è meritevole di fiducia per un successivo rapporto contrattuale⁵¹.

⁴⁹ Il contesto può influenzare direttamente le aspettative delle parti, la tempistica con la quale la controversia è risolta, l'urgenza con la quale la stessa è percepita, le conseguenze e le possibili alternative, tanto da affermare che « *dispute and dispute resolution do not occur in a vacuum* », così in E. KATSH et al., *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of « eBay Law »*, cit., p. 706.

⁵⁰ Tale analisi mostra i caratteri fondamentali per applicare la teoria della c.d. ombra del diritto, secondo la quale il comportamento dei soggetti in sede di controversia risente direttamente della legge che questi ritengono applicabile alla propria posizione di diritto, e ciò consente di osservare che nella pratica, la disciplina giuridica riconosciuta non sempre è quella del proprio sistema giuridico di riferimento. Per maggiore approfondimento si veda R. COOTER, *Bargaining in the shadow of law: a testable model of strategic behavior*, *J. Legal Stud.*, 11, 1982, 225.

Per un'analisi, invece, dell'incidenza

delle sanzioni di tipo reputazionale e del bilanciamento in ragione del comportamento lesivo, si veda V. ZENO-ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in questa *Rivista*, 2007, p. 264 e ss.

⁵¹ Si tenga comunque presente che sussistono anche delle ipotesi non cooperative: per esempio non tutti gli utenti forniscono tale valutazione sia per « pigrizia », sia per non fornire una valutazione negativa tale da aprire la strada verso una controversia; oppure alcuni utenti forniscono valutazioni negative senza la concreta giustificazione per la sola finalità di ledere la reputazione altrui, ecc. Si vedano i comportamenti fraudolenti elencati da C. E. HUANG CHUA e J. WAREHAM, *Self-regulation of online auctions: an analysis*, cit., p. 6, e l'analisi economica dei comportamenti cooperativi e non, compiuta da P. RESNICK e R. ZECKHAUSER, *Trust among strangers in Internet transactions: empirical analysis of eBay reputation system*, *Working Paper*, 2001.

Per l'analisi giuridica dei meccanismi

La reputazione degli utenti non viene certificata solo in base al livello di *feedback*, ma anche attraverso una serie di segnali di riconoscimento i quali differenziano, all'interno della sola categoria dei venditori, due tipologie: i venditori *standard* e i *powersellers*⁵². Anche in questo caso vigono dei criteri di selezione che permettono di mantenere la qualifica di *power-seller* — un elevato volume di affari, il rispetto continuativo delle regole del sito, un servizio di vendita corretto e preciso — cui sono ovviamente legati dei particolari vantaggi⁵³.

In entrambi i casi, comunque, si presuppone la contestuale esistenza di una struttura tecnologica adatta e affidabile, nella quale le indicazioni fornite dai singoli utenti possano essere riscontrate in modo rapido e tangibile. Dunque, si può affermare che anche lo strumento tecnologico prescelto da parte del sito fornitore del servizio deve essere indirizzato alla creazione ed al consolidamento dei profili personali dei singoli utenti, e deve altresì includere una forma di controllo compiuta dal gestore del sito, che possa potenzialmente reagire ai risultati prospettati dagli strumenti tecnici⁵⁴.

Dal punto di vista del sito eBay, la reputazione non è un aspetto meno importante. I mezzi con i quali eBay aspira a mantenere il livello di affidabilità raggiunto nel corso di questo decennio sono numerosi e operano su diversi piani, tali da riconoscere l'applicabilità di una « architettura carismatica »⁵⁵ nella quale la struttura operativa presenta a ciascun membro

reputazionali si veda anche T. WEIN, *Consumer Information Problems - Causes and Consequences*, in S. GRUNDMANN et alii, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, cit., 87 e ss.

⁵² I PowerSeller sono venditori che hanno elevati volumi di vendite mensili e almeno il 98% di commenti di *feedback* positivi. Si tratta dei migliori venditori eBay che si contraddistinguono per l'alta qualità del servizio offerto e il continuativo rispetto delle regole di comportamento previste da eBay, si veda la pagina web: <http://pages.ebay.it/help/confidence/know-seller-powersellers.html> e <http://pages.ebay.it/services/buyandsell/powerseller/criteria.html>.

⁵³ Si veda la pagina web: <http://pages.ebay.it/services/buyandsell/powerseller/benefits.html>. Tuttavia, si tenga presente che, le tariffe applicate ai powersellers, salve rare eccezioni, sono le medesime proposte ai singoli utenti non qualificati, sulla base di una politica ereditata dalla originale struttura del sito.

⁵⁴ Si veda ancora E. KATSCH et al., *E-commerce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of « eBay Law »*, cit., 711, « While online auctions try to limit potential liability by creating distance between the auction site and those doing business in the auction site, the site owners are the designers and administrators of the process of creating identities and esta-

blishing reputations. This is a formidable power and, while it might appear that the auction site owners are merely making a process available and then letting users employ it, there are terms and conditions governing these data collection and data distribution processes, and these rules are made and administered by eBay and other proprietors of auction sites. A somewhat less obvious eBay law or legal process concerns the power of exclusion, a power that, in the context of eBay, is a power over existence ».

Si veda contra, L. LESSIG, *The zones of cyberspace*, 48 Stanf.L.R. 1043, 1996, nel quale l'Autore riconosce la possibilità di utilizzare anche strumenti tecnologici per indurre alla limitazione delle scelte di comportamento prospettabili all'utente, tuttavia, in questo caso tale ipotesi non è applicabile poiché, per quanto eBay determini autonomamente la struttura tecnologica del sito non utilizza strumenti di tal genere per ridurre né l'accesso, né l'attività interna al sito.

⁵⁵ La teoria del « charismatic code » è stata espressa da Strahilevitz, (in *Charismatic code, social norms, and the emergence of cooperation on the file-swapping networks*, in *Chicago Working Paper series*, reperibile sul sito http://ssrn.com/abstract_id=329700), in relazione al comportamento tenuto dagli utenti che operano nelle comunità di file-swapping.

della comunità una immagine distorta tale da enfatizzare il comportamento cooperativo e da celare i comportamenti non cooperativi. Infatti, nel caso in cui vi siano soggetti che non operano in modo conforme ai criteri previsti dal sito, questi sono completamente esclusi o sospesi dalle contrattazioni, quindi, ciò che è visibile alla generalità degli utenti sono i soli comportamenti conformi, mentre sono resi pressoché invisibili i comportamenti che non rispondono alle regole, tanto da affermare che non esistono utenti che abbiano un profilo negativo. Un altro elemento che dimostra tale procedimento è la possibilità fornita agli utenti, che hanno ricevuto un *feedback* negativo, di modificare tale risultato attraverso l'intermediazione tecnica di eBay nella comunicazione⁵⁶, tale da risolvere sul nascere qualsiasi ipotesi di decremento della reputazione complessiva del singolo utente. L'intervento di eBay si realizza anche nei confronti dei *powersellers* i quali sono sostenuti in modo continuativo, dal momento in cui acquistano tale qualifica, al fine di incrementare la loro professionalità, giacché non sempre questi soggetti sono dei venditori professionisti anche nell'attività off-line. In tal senso, i *powersellers* ricevono da un lato una consulenza tecnica per la stesura e l'organizzazione delle proprie offerte sul sito, dall'altro una consulenza legale tale da rendere edotti i soggetti in questione circa le norme giuridiche applicabili alle fattispecie di vendita on-line⁵⁷.

Sia per quanto riguarda gli utenti, sia per quanto riguarda eBay, il momento di controllo della applicazione delle regole rappresenta il momento di conferma indiretta del livello di reputazione del sito, tale appunto da salvaguardare la partecipazione e la futura attività nel mercato telematico per gli uni, e tale da incrementare il numero di contratti compiuti e il flusso di utenti che progressivamente aderiscono al sito, per l'altro.

Alla luce dell'analisi appena presentata, appare evidente come il sistema normativo di eBay è già strutturato in modo tale da gestire al suo interno la totalità delle funzioni di regolazione, senza che l'assenza di un intervento esterno di natura pubblica comporti una carente operatività del sito; anzi il sistema in se stesso, pur in assenza di forme coercitive per l'applicazione delle proprie regole, riesce a raggiungere un livello di affidabilità e di sicurezza sufficientemente elevato ed efficace⁵⁸. Tuttavia, esso pre-

⁵⁶ Si veda la pagina web: <http://pages.ebay.it/help/policies/feedback-removal.html>

⁵⁷ Dall'applicazione del diritto di recesso degli acquirenti, alla tutela del copyright nelle immagini di presentazione dell'offerta, ecc.

⁵⁸ Si veda T. SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne — Une approche critique*, Cahier du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2005, dove l'Autore afferma che « [o]n entrevoit ainsi que, dans l'hypothèse la plus radicale, toute la chaîne de production du droit [...] peut être soustraite aux États. Par exemple, les obligations découlant du contrat peuvent être déterminées en applica-

tion de principes élaborés, par hypothèse, par une place de marché électronique ou par un organisme délivrant un label de qualité. Le droit de fond est donc d'origine privée, et potentiellement élaboré par l'institution fournissant les services d'ODR. Puis le litige est résolu en ligne, lors d'une procédure entièrement privée, développée par l'institution d'ODR. Enfin, la décision ou l'accord conclu est exécuté par un mécanisme d'autoexécution soumis au contrôle de cette même institution. Toute la chaîne de production du droit, et les trois pouvoirs, législatif (énoncé de la norme), juridictionnel (application de la norme) et d'exécution (mise en oeuvre de la norme appliquée à un cas concret), se forment hors de l'État ».

senta un basso livello di democraticità derivante dall'impossibilità per gli utenti di contrattare le clausole contenute nel contratto stipulato con il gestore del servizio d'asta. Questo aspetto potrebbe condurre alla contestazione della conformità della negoziazione alla luce della disciplina europea sulle clausole contrattuali vessatorie⁵⁹. Ad esempio, potrebbe essere contestabile la clausola di arbitrato che è inserita nel contratto di adesione al servizio, che, in Italia, vincola la risoluzione delle controversie fra eBay e i propri utenti al tentativo di conciliazione presso la Camera Arbitrale di Milano, e, in caso di mancata conciliazione, la controversia sarà risolta dalla stessa Camera in arbitrato⁶⁰. Sino ad ora non vi sono stati casi, né in Italia né in Europa, che abbiano affrontato specificamente tale aspetto, ma un'indicazione giurisprudenziale circa la questione di clausole inserite nel contratto senza una specifica negoziazione con la controparte contrattuale è reperibile in un recente caso statunitense fra gli utenti del servizio di pagamento on-line PayPal e lo stesso fornitore del servizio⁶¹. Il contratto di servizio che lega tali soggetti, infatti, include una clausola arbitrale che vincola la risoluzione delle controversie alla legge della California, su base individuale e senza la possibilità di consolidare i singoli lodi arbitrali⁶². Nella *class action* presentata alla Corte Californiana, i ricorrenti contestavano dunque la reale accettazione della clausola arbitrale all'interno del contratto di adesione al servizio PayPal, affermando che l'avvenuta adesione doveva ritenersi « *unconscionable* »⁶³. Gli aspetti che la Corte ha analizzato per valutare la ragionevolezza della clausola sono stati i seguenti: la mancanza di reciprocità nel contratto di adesione, le conseguenze concrete che si producono attraverso la clausola arbitrale in relazione alla consolidazione dei singoli ricorsi, il costo dell'arbitrato e il foro arbitrale prescelto. In ciascuno di tali aspetti la Corte ha riconosciuto che la clausola arbitrale poneva condizioni « *so harsh to be substantively unconscionable* »⁶⁴.

Alla luce di questa sentenza d'oltreoceano è possibile osservare che, il problema della vincolatività delle clausole contrattuali, in particolare in

⁵⁹ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GUCE L 95 del 21 aprile 1993). Si veda anche A. GUADAMUZ GONZALES, *Pay Pal and eBay: the legal implications of the C2C electronic commerce model*, cit.

⁶⁰ Cfr. supra nota 31.

⁶¹ *Comb and Toher v PayPal, Inc.* (US District Court, ND Cal, San Jose Div), 2004. Si noti che il sistema di pagamento PayPal è una delle opzioni disponibili anche all'interno del servizio di asta di eBay.

⁶² Il testo della clausola prevedeva infatti che « *Any controversy or claim arising out of or relating to this Agreement of the provision of Services shall be settled by binding arbitration in accordance with the commercial arbitration rules of the American Arbitration Association. Any such controversy or claim shall be arbitra-*

ted on an individual basis, and shall not be consolidated in any arbitration with any claim or controversy of any other party. The arbitration shall be conducted in Santa Clara County, California, and judgement on the arbitration award may be entered in any court having jurisdiction thereof », (Art. 17 del contratto di adesione).

⁶³ Il concetto di *unconscionability* rappresenta nei sistemi di common law si veda H. COLLINS, *The Law of contract*, Lexis Nexis, Londra, 2003; J. CHITTY, *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, Londra, 2004; G.H. TREITEL, *The law of contract*, Sweet & Maxwell, Londra, 2003.

⁶⁴ Per una analisi più approfondita degli elementi del caso citato si veda P. MOTION, *Article 17: Encouragement of Alternative Dispute Resolution*, in L. EDWARDS (a cura di), *The new legal framework for E-Commerce in Europe*, Hart, Oxford, 2005, 152.

tema di risoluzione arbitrale, può e deve ragionevolmente attendersi una maggiore attenzione della giurisprudenza circa l'esistenza di una reale negoziazione fra le parti contrattuali, appunto alla luce della disciplina europea concernente le clausole vessatorie⁶⁵.

4.2. *Il « sistema giuridico » di eBay.*

Nel momento in cui si voglia riconoscere il sistema normativo di eBay come un sistema giuridico (comunque in formazione⁶⁶), non è necessario soltanto riconoscere all'interno del sistema le tre funzioni fondamentali di produzione, controllo e applicazione delle norme, ma è indispensabile riconoscere tale sistema come autonomo e alternativo, e non soltanto complementare, a quello statale. Tale rapporto si basa sulla teoria del pluralismo giuridico, che riconosce « *la situazione di coesistenza di una molteplicità di sistemi giuridici (o ordinamenti, o livelli, o insiemi ordinati di regole) che interagiscono su di un medesimo territorio* »⁶⁷. Rifacendosi precipuamente alla definizione proposta da Gunther Teubner, il concetto di pluralismo giuridico si esplica non tanto come un insieme di norme sociali confliggenti fra loro, quanto come una molteplicità di diversi processi comunicativi che, in uno specifico ambiente sociale, valutano i comporta-

⁶⁵ Si veda l'art. 3, c. 1, che prevede che « *una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto* », in particolare in relazione alla lettera q) dell'Allegato I alla direttiva che elenca una serie di clausole che possono presumersi abusive, fra cui « *sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto* ».

⁶⁶ T. SCHULTZ, *eBay: un système juridique en formation?*, cit.

⁶⁷ M. GUADAGNI, *Legal Pluralism*, in P. NEWMAN (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Stockton Press, New York, 1998, p. 542.

Il maggiore studioso italiano che ha affrontato la questione del pluralismo giuridico è Santi Romano, nei testi editi nella prima metà del XX secolo (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1947; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*,

Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico della R. Università di Pisa, Tipografia Vannucchi, Pisa, 1909, ora nel volume con lo stesso titolo, Giuffrè, Milano, 1969; S. ROMANO, *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, rist. 1990). Nei quali, appunto, si afferma che sono osservabili nella realtà numerose organizzazioni dotate di un proprio ordine effettivo, spesso simile a quella dello Stato poiché mosso dalle stesse esigenze. Lo studioso osserva che « *in seno ad esso [lo Stato], e sovente, contro di esso, si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta tendono a unirsi e collegarsi fra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutti hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl'individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro interesse economico, [...] tuttavia negarne la giuridicità costituisce un apprezzamento di carattere etico: il giurista ne constata l'esistenza obbiettiva e ne osserva — se ne è interessato — l'organizzazione. Tuttavia lo Stato si occupa di tali organizzazioni sociali dotate di « regolamenti interni », se una misura disciplinare — interna — ha leso gli interessi di qualcuno, che ricorre alla giustizia statale; dunque l'ordinamento giuridico delle organizzazioni sociali è regolato da quello statale solo per una certa parte, restando autonomo per il resto* ».

menti ivi tenuti attraverso il codice binario di legale/illegale⁶⁸. Attraverso tale definizione è possibile identificare le fattispecie di sistemi normativi che operano a livello transnazionale senza essere necessariamente legati ad uno specifico sistema giuridico nazionale.

Per poter ascrivere un carattere di giuridicità nei confronti di tali sistemi, occorre quindi riconoscere che la norma che regola il comportamento degli utenti all'interno del sito eBay, pur essendo di natura contrattuale e non riconducibile ad un unico sistema giuridico, tuttavia sia capace di superare il c.d. paradosso della auto-convalidazione del contratto⁶⁹. Infatti, nel caso in questione il contratto di adesione al servizio dovrebbe poter « giustificare se stesso » senza avere radici in uno specifico sistema giuridico, in altre parole è lo stesso accordo fra le parti che qualifica la validità del contenuto dell'accordo⁷⁰ e per giungere a tale risultato possono essere utilizzati diversi strumenti. Un elemento fondamentale in questo senso è la creazione di una gerarchia interna fra le norme⁷¹, che rappresenta, secondo il concetto individuato originariamente da Hart, il processo di *secondarizzazione* delle norme, ovvero la produzione di norme che non soltanto impongono un comportamento (norme primarie) ma anche la produzione di norme che stabiliscono le modalità secondo le quali deve essere operata l'interpretazione e l'applicazione delle precedenti (norme secondarie)⁷².

All'interno del sistema oggetto della presente analisi, tale elemento non è chiaramente riconoscibile, poiché il gestore del sito eBay non definisce nel contratto con l'utente alcuna norma che possa essere qualificata come secondaria, né pretende, in caso di conflitto fra gli utenti in relazione al comportamento tenuto all'interno del sito, di risolvere la controversia in modo autoritativo, piuttosto fornisce un meccanismo interno al sito stesso che permette agli utenti di comunicare direttamente per poter eventualmente giungere ad un compromesso, per quanto ciò avvenga solo ed

⁶⁸ G. TEUBNER, *Global Bukowina*, cit., 13. Laddove l'Autore specificache « Purely economic calculations are excluded from it as are the sheer pressures of power and merely conventional or moral norms, transactional patterns or organizational routines. But whenever such non-legal phenomena are communicatively observed under the distinction directrice legal/illegal they play a part in the game of legal pluralism. It is the implicit or explicit invocation of the legal code which constitutes phenomena of legal pluralism, ranging from the official law of the state to the unofficial laws of world markets [...] It is neither structure nor function but the binary code which defines what is the *lex proprium* in local or global legal pluralism ».

⁶⁹ La domanda fondamentale è appunto « given the absence of a global political system and the absence of global legal institutions, how has it been possible to establish a global legal discourse, based on the binary code of the law and a global

symbol of validity without its being rooted in national law? », G. TEUBNER, *Global Bukowina*, cit., p. 13.

⁷⁰ « Any selfvalidation of contract leads directly into the paradox of self-reference, into the contractual version of the Cretan liar paradox. In the positive version (We agree that our agreement is valid), it is a pure tautology. In the negative version (We agree that our agreement is not valid) it is the typical selfreferential paradox which leads to nothing but endless oscillation (valid — not valid — valid ...) and blockage. The result is undecidability », *ibid.*, p. 13.

⁷¹ Si tenga presente che i meccanismi che Teubner propone sono tre, la citata gerarchizzazione, l'utilizzo di una scansione temporale che crei un flusso lineare e non circolare delle norme, e l'esternalizzazione del processo finalizzato alla convalidazione delle stesse norme, così in G. TEUBNER, *Global Bukowina*, cit., p. 15.

⁷² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit.

esclusivamente sulla base della volontà delle parti⁷³. Infatti, da un lato, è possibile osservare come nella pratica delle controversie gli utenti, senza alcuna costrizione formale da parte di eBay, hanno non soltanto partecipato di propria volontà al processo di mediazione, ma il loro livello di adesione alle decisioni prese all'interno di questo processo si è rivelato estremamente elevato⁷⁴. D'altra parte, il sito non si colloca al di fuori dello spazio giuridico individuato dai singoli sistemi nazionali, anzi non soltanto sottopone (pur utilizzando un procedimento arbitrale) al diritto nazionale le controversie che coinvolgono i rapporti fra gestore e utente⁷⁵, ma si fa anche indiretto promotore delle norme giuridiche vigenti in tale sistema attraverso l'inclusione di specifiche clausole all'interno dell'accordo di adesione, quali per esempio quelle che tutelano i diritti d'autore e i segni distintivi, ovvero le norme a protezione dei dati personali degli utenti⁷⁶.

5. CONCLUSIONI.

Nell'ambito telematico, l'operatore commerciale, sia esso venditore o acquirente, si trova sprovvisto dei suoi tradizionali punti di riferimento, dalla possibilità di visionare il bene venduto o acquistato al contatto diretto con la controparte, dalla percezione della domanda reale di un bene alla capacità di fruire delle esperienze di altri soggetti appartenenti alla propria categoria. Infatti, nel momento in cui l'utente telematico inizia la propria navigazione su Internet si trova solo davanti al proprio computer, e tale solitudine si mantiene anche nello spazio virtuale. Questa condizione può essere distinta in tre diverse problematiche: la dematerializzazione dell'ambiente nel quale gli utenti operano, la desocializzazione, cioè l'impossibilità di riconoscersi parte di un gruppo di persone, ed infine la degiuridificazione, derivante dalla difficoltà degli utenti di ottenere una rapida ed economica risoluzione delle controversie bagatellari che si presentano nella maggioranza dei casi su Internet⁷⁷.

Ciò ha portato alla necessità di costituire delle comunità telematiche nelle quali possano essere ripristinati i punti di riferimento tradizionali oppure sostituire questi ultimi attraverso nuovi meccanismi. Lo stesso strumento elettronico può essere utile ad avviare ai problemi appena accennati, infatti, è possibile proporre l'apposizione di marchi di fiducia sulle pagine web dei singoli utenti che operano all'interno della comunità, cui

⁷³ Si veda la pagina web: <http://sicurezza.ebay.it/vendita/dispute.html>

⁷⁴ Per esempio, nello studio compiuto dal *Center for Information Technology and Dispute Resolution* dell'Università del Massachusetts la percentuale di controversie prospettate al servizio di mediazione e quindi proseguite nel processo di mediazione è stata del 60% rispetto al totale, di cui soltanto un terzo non hanno ricevuto la risposta positiva dalla controparte nel procedimento di risoluzione alternativa della controversia. Si veda E. KATSH et al., *E-commer-*

ce, E-dispute, and E-dispute resolution: in the shadow of «eBay Law», cit., p. 711.

⁷⁵ Ciò si basa sul presupposto che l'utente preferisca l'utilizzo della propria lingua madre nell'accedere al servizio di asta, cui si collega la dimostrazione della propria nazionalità e di conseguenza del sistema giuridico di residenza.

⁷⁶ Rispettivamente artt. 18.7 e 18.1 dell'accordo di adesione.

⁷⁷ G. KAUFMANN-KOHLER e T. SCHULTZ, *Online Dispute resolution: challenges for contemporary justice*, cit., p. 76.

consegue l'adesione a determinate regole; oppure può essere utilizzato un sistema reputazionale, nel quale ciascun utente può beneficiare dell'esperienza degli altri o rendere disponibile un sistema di risoluzione alternativa delle controversie che consenta di raggiungere in modo più veloce e meno costoso l'accordo fra le parti in conflitto. Attraverso questi meccanismi è possibile costituire una piattaforma telematica nella quale gli utenti si sentono parte di una comunità, nella quale sono vigenti delle regole e dei principi specifici cui ciascuno è tenuto a conformarsi.

Uno degli esempi di maggiore diffusione è quello dei siti di asta on-line, nei quali il gestore della piattaforma telematica imposta la struttura tecnica nella quale operano gli utenti registrati. Le forme e le modalità di organizzazione e di accesso sono molteplici, così come la selezione delle tipologie di soggetti partecipanti, ma in ogni caso il sistema che si presenta all'interprete dimostra sempre un carattere di normatività.

Il passaggio al superiore livello di sistema giuridico non può però considerarsi compiuto anche nell'esempio più noto ed evoluto rappresentato dal sito eBay poiché, alla luce dei dati presentati, si osserva come esso si proponga comunque come un sistema normativo non alternativo, ma ancora complementare alla struttura giuridica nazionale, che appunto rafforza e garantisce l'applicazione delle norme contrattuali che regolano il rapporto fra gestore e utenti.

In ogni caso, appare chiaro che la rilevanza di tali forme di regolazione all'intero spazio telematico, quali insiemi di micro-cosmi normativi⁷⁸, pre-tende una più ampia e approfondita analisi da parte dello studioso del diritto.

⁷⁸ Si veda la definizione fornita da Post dei c.d. *rule-set*, ovvero degli insiemi di regole che disciplinano il comportamento delle comunità telematiche, cui i singoli membri decidono di aderire o no al momento della partecipazione alla comunità stessa: « *online entities rather than territorially-based states, become the essential units of governance; users in effect delegate the task of rule-making to them — confer sovereignty on them — and choose among them according to their own individual views of the constituent elements of an ordered society. The “law of the Internet” thus emerges, not from the decision of*

some higher authority, but as the aggregate of the choices made by individual system operators about what rules to impose, and by individual users about which online communities to join. Mobility — our ability to move unhindered into and out of these individual networks with their distinct rule-sets — is a powerful guarantee that the resulting distribution of rules is a just one; indeed, our very conception of what constitutes justice may change as we observe the kind of law that emerges from uncoerced individual choice», così in D. POST, *Governing Cyberspace*, in Wayne L. Rev., 43, 1992, p. 167.