

E-COMMERCE E TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

L'endemica e profonda crisi della giustizia civile italiana, determinata da tempi lunghissimi e da costi esorbitanti, crea gravi problemi di concreta accessibilità alla giustizia dei cittadini quale corollario essenziale dei diritti sostanziali¹. Le cause della situazione attuale sono da ricercarsi sia in fattori interni (organizzazione del sistema, ed *iter* procedimentale) che in fattori esterni (incessante modificarsi dell'evoluzione dei rapporti giuridici)². Non vi è dubbio che il modificarsi delle regole sostanziali, imponga nuove soluzioni che realizzino una tutela effettiva degli operatori giuridici.

a) Le ADR (*Alternative Dispute Resolutions*)

Per risolvere questi problemi già da tempo, anche e soprattutto dietro la spinta del legislatore comunitario, sono nate le cd. ADR. Sotto questo acronimo si vanno in generale ad indicare tutte quelle forme di soluzione delle controversie alternative alla giurisdizione ordinaria per la risoluzione delle

¹ L'inaugurazione dell'anno giudiziario 2005, nella relazione illustrata dal Procuratore Generale della Corte di Cassazione Francesco Favara, ha presentato dati inquietanti: il bilancio della giustizia italiana al 30/06/2004 vedeva pendenti 8.945.000 procedimenti (civili e penali), con una durata media del processo di 5 anni per i processi civili, e di 8 anni per quelli penali. Filippo Danovi, "La risoluzione stragiudiziale delle controversie: arbitrato e conciliazione" in Commercio Elettronico e Servizi della Società dell'Informazione, collana Diritto delle Nuove Tecnologie. Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, ed. 2003 a cura di E. Tosi.

liti commerciali. Solo nel nostro ordinamento, a titolo di esempio, rientrano nella categoria: l'arbitrato rituale, l'arbitrato libero, l'arbitraggio, la perizia contrattuale, la transazione, il biancosegno, il negozio di accertamento, la mediazione e la conciliazione³.

Si va quindi dalle forme negoziali e conciliative, a quelle arbitrali, a quelle intermedie ed ibride⁴. Cresce in tal modo la tendenza di stipulare contratti autosufficienti, per cui tutte le eventuali controversie sorte nello svolgimento del rapporto, vengono risolte con strumenti previsti all'interno del sistema negoziale⁵.

Le ADR costituiscono metodi che aiutano le parti a trovare una soluzione alla questione che sia soddisfacente per entrambe le parti: come è stato evidenziato “nella soluzione stragiudiziale

2. Filippo Danovi, op.cit. P.400 ss. Oltre a queste esistono anche altre forme più particolari e spesso importate dall'esperienza statunitense, quali ad esempio il *minitrial* (una sorta di processo sommario); il *rent a judge* (dove le parti affittano un ex giudice particolarmente competente); la cd. *arb-med* (combinazione tra l'*arbitration* e la *mediation* usata specialmente per la responsabilità medica, e in cui le parti concordano preventivamente che se la mediazione non avrà successo, si farà ricorso all'arbitrato) ecc.

⁴ Così Remo Danovi, in *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, Giurisprudenza Italiana 1997, P. 326 ss.

⁵ Non è mancato chi in dottrina ha evidenziato il pericolo della creazione di strumenti di risoluzione di controversie senza il controllo e senza le certezze del diritto positivo. Così A. Lisi, *Passaggio dall'ADR internazionale all'ADR On Line nel commercio elettronico*, intervento tenuto durante il convegno “arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie” – Torre dell'Orso (Le) 21/22 giugno 2002 – centro congressi Araba Fenice Village – sul sito www.notiziariogiuridicotelematico.it In materia di arbitrato si è sostenuta l'esigenza di non disancorare totalmente lo strumento dai sistemi giuridici nazionali, istituendo una sede che possa formalmente attribuire nazionalità all'arbitrato, dando vita ad arbitrati a-nazionali (cd. *floating arbitrations*). Così Filippo Danovi, op. cit. P. 416.

delle controversie, l'antitesi tra autorità e libertà, è risolta sulle basi del consenso"⁶.

I vantaggi del meccanismo sono notevoli: "la varietà di scelta è una delle ragioni del successo delle ADR, che possono essere accettate facilmente (quando le parti non sono ancora emotivamente coinvolte dalla lite), e promettono comunque di essere *faster, cheaper and less form than litigation*, e favoriscono la creatività in *resolution* ed assicurano la riservatezza e la flessibilità"⁷.

Le ADR sono strumenti particolarmente utili per le esigenze delle imprese in quanto permettono alle parti di conservare i rapporti commerciali o professionali, e consentono una soluzione delle liti evitando lo *strepitus fori*.

È vero che in alcune sue forme le decisioni non sono vincolanti, ma è difficile che un'impresa si discosti dalla decisione del giudice privato dato che sono in gioco la sua reputazione e la sua immagine.

Il problema delle lungaggini della giustizia ordinaria, e pertanto l'esigenza di far ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle liti, si aggrava negli scambi telematici. La complessità di Internet è data dal fatto che collega quasi tutti i

⁶ E. M. Tripodi, *I sistemi di conciliazione on line; dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, nella rivista *Diritto dell'Internet*, n. 2/2005 p. 205 ss P. 205.

⁷ Remo Danovi, *op. cit.* P. 328.

punti vendita rendendo possibile l'istantanea ed immediata circolazione internazionale dei messaggi immessi nella rete in tutti i paesi in cui vi sia un *provider* di accesso o la possibilità di connettersi ad un *provider*. Da tempo si discute circa l'opportunità di cercare direttamente in rete la soluzione delle liti che ivi sono sorte con innegabili vantaggi di riduzione dei tempi e dei costi⁸.

Con riferimento ai contratti *on line*, si è efficacemente sostenuto che “sussiste quindi la sensazione che l'impiego dei mezzi telematici venga considerato come primario elemento per assicurare ai mezzi di tutela stragiudiziale quel carattere di effettività che si è visto essere essenziale, tanto più nella indicata prospettiva delle innegabile rapidità con la quale in questo settore si producono danni agli utenti”⁹.

b) Dalle ADR alle ODR (On Line Dispute Resolution)

È necessario esaminare la possibilità di trasporre i sistemi alternativi di risoluzione delle liti al *cyberspazio*, superando tutti i problemi di natura spaziale (e temporale) tra le parti, non

⁸ Da questo punto di vista si possono distinguere le controversie contrattuali, da quelle non contrattuali. Appartengono alla prima categoria le liti concernenti i contratti stipulati tra imprese che mettono a disposizione le infrastrutture della rete ed imprese che vogliono utilizzarle per offrire beni e servizi, diversi o competitivi, a soggetti terzi. Si tratta dei cd. accordi di interconnessione.

Per quanto concerne la seconda categoria, riguarda gli accordi tra *users* della rete ed imprese che forniscono accesso ad essa, vi rientrano ad esempio i contratti per servizi di telecomunicazione e quelli con gli *Internet service provider*, circa le condizioni di accesso o di programma, gli obblighi ed i comportamenti delle parti la responsabilità *dell'Internet service provider* ecc.

⁹ Filippo Danovi, op. cit. P. 413.

dimenticando che la tendenziale transnazionalità della rete, impone l'adozione di regole e procedure non contrastanti con nessuna legislazione nazionali delle parti¹⁰.

Usualmente si distinguono in proposito:

- le controversie *di* Internet, dove la rete è intesa in senso territoriale come ambiente dove può sorgere un possibile contenzioso;
- le controversie *con* Internet, dove la rete è intesa in senso strumentale, quale mezzo tecnico con cui dirimere la controversie¹¹.

Per questi contenziosi si è discusso circa l'opportunità di introdurre le cd. ODR (*On line Dispute Resolution*), ed a queste discussioni, che non sono rimaste sterili di risultati, è seguita la nascita di vari siti ed organismi a ciò preposti¹².

¹⁰ M. F. Tarì, Ruolo delle Alternative Dispute Resolution on line e nel commercio elettronico, sul sito www.altalex.com/index.php?idnot=5784.

¹¹ M. F. Dotti, *La soluzione delle controversie su Internet*, intervento al convegno "CYBERLAW- problemi giuridici connessi allo sviluppo di Internet" Roma, 09/07/1998 consultabile sul sito info@cyberiura.com.

¹² R. Sali, *Risolvi on line della Camera Arbitrale di Milano: il modello e la procedura*, tratto dal sito www.camera-arbitrale.com/articoli.htm, evidenzia che le ADR si adattano e nascono soprattutto per risolvere controversie relative a rapporti sorti *on line*, ed in special modo le liti nate in materia di contratti di consumo e per la tutela dei consumatori. Il modello e la procedura, nel sito della Camera Arbitrale milanese, distingue tre fasi nella nascita e nello sviluppo delle ADR: la prima (1996-1998) in cui il *web* viene utilizzato nel commercio principalmente come vetrina, ma già le principali agenzie di ADR iniziano a offrire *on line* le loro prestazioni; la seconda (1999-2000) in cui nuovi *provider*, per lo più americani e privati offrono *ex novo* strumenti di ODR aprendo un nuovo potenziali mercati; la terza (2000-2001) in cui la *old economy* dei centri di ADR inizia ad offrire strumenti di ODR, mentre dal punto di vista istituzionale si principia a regolamentare il fenomeno: in America dalla *Federal Trade Commission* e dal *Departement of Commerce*; in Europa, dalla Commissione europea, con 2 specifiche Raccomandazioni nel 1998 (98/257/CE), e 2001 (2001/310/CE).

L'ODR consiste nell'uso di Internet per la risoluzione di controversie direttamente *on line* o, se necessario, con alcune fasi *off line*.

Con riferimento al commercio elettronico è di recente emanazione la direttiva 2000/31/Ce concernente alcuni aspetti della società dell'informazione¹³. Per una miglior tutela dei contraenti telematici il legislatore comunitario da un lato, incoraggia la predisposizione di codici di condotta, dall'altro, introduce strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie riconoscendo espressamente alcune forme anche telematiche nella conduzione di sistemi alternativi di risoluzione delle liti.

Nella Direttiva si prende atto della necessità di adeguamento dei mezzi di tutela, e si incoraggia espressamente l'uso di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie anche "per vie elettroniche adeguate"¹⁴.

In particolare l'art. 19 della direttiva prevede che il prestatore dei servizi di società dell'informazione ed il destinatario

¹³ L'interesse delle Comunità europee per l'incremento dell'uso di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie trova conferma, da un lato, nella predisposizione di una rete europea extragiudiziale, cd. *EEJ-net*, allo scopo di collegare in rete i vari organismi che forniscono questo servizio (Com 1198, 198 def. P. 10); dall'altro con la predisposizione di un Libro Verde come preparazione di un futuro provvedimento armonizzante in materia.

¹⁴ In tal senso si cfr. art. 17, par. 1 Direttiva 31/2000/Ce.

possono adire organi di composizione extragiudiziale delle liti, operanti anche per via telematica¹⁵.

Purtroppo nella attuazione della stessa, con il D. Lgs. 70/2003, il legislatore interno non ha tenuto in debita considerazione quanto espresso in sede comunitaria.

c) ADR e ODR: differenze tra i due istituti

La ragione che ha indotto, prima i pratici, e quindi i legislatori nazionali e comunitari, a prevedere delle forme di soluzione delle controversie *on line*, è riconducibile all'esigenza di favorire lo sviluppo di un mercato telematico; ed infatti indubbi sono i vantaggi di questo strumento sia nei rapporti tra imprese, che nei rapporti con i consumatori e utenti.

¹⁵ Il considerando n. 52 della direttiva prende atto che l'esercizio effettivo delle libertà del mercato interno rende necessario garantire alle vittime un accesso efficace alla soluzione delle controversie: i danni che possono verificarsi nell'ambito dei servizi della società dell'informazione sono caratterizzati sia dalla loro rapidità, che dalla loro estensione geografica. Stante questa peculiarità, oltre alla necessità di vigilare affinché le autorità nazionali non rimettano in questione la fiducia che esse dovrebbero reciprocamente avere, la presente direttiva dispone che gli stati membri garantiscano la possibilità di azioni giuridiche appropriate. Gli stati membri dovrebbero esaminare la necessità di dare accesso ai procedimenti giudiziari mediante appropriati strumenti elettronici. Le soluzioni stragiudiziali delle controversie si caratterizzano per garantire lo svolgimento di procedure a basso costo, con procedure rapide ed informali. L'importanza dello strumento è stata poi ribadita anche in successivi interventi della comunità, ed in particolare nella Raccomandazione adottata il 30/03/1998, e nella Raccomandazione 2001/310/Ce della Commissione europea del 04/04/2000. In particolar modo nel 6° considerando viene evidenziato che "le nuove tecnologie possono contribuire allo sviluppo di sistemi elettronici di composizione delle controversie costituendo un organismo volto a risolvere efficacemente le controversie che interessano diverse giurisdizioni senza il bisogno di una comparizione fisica delle parti e andrebbero quindi incoraggiati mediante principi volti ad assicurare standard coerenti ed affidabili atti a suscitare la fiducia degli utenti".

In proposito si rileva che le ODR non consistono in una mera trasposizione in rete delle ADR, in quanto:

- le ADR rispondono alla esigenza di una maggiore accessibilità alla giustizia, specialmente dal punto di vista economico;
- le ODR danno risposta alla necessità di adeguare la soluzione delle liti ai tempi ed alle modalità dello strumento telematico, evitando alle parti incontratesi telematicamente (e spesso residenti in Stati diversi), di doversi incontrare fisicamente.

In ogni caso si ritiene che più la procedura si svolge nella rete, più fuoriesce dall'arbitrio umano e maggiormente obiettivo risulta l'esito¹⁶.

ODR: AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVA

Dal punto di vista soggettivo le ODR sono strumenti estremamente utili sia nel B2B che nel B2C dato che evitano le lentezze del procedimento giudiziale rese difficoltose dalla necessaria ricerca della giurisdizione competente, ed onerose per la sopportazione dei costi richiesti dalle liti internazionali¹⁷.

¹⁶ Con riferimento al rapporto tra telematica e giustizia la dottrina ha rilevato che "l'apparente neutralità di tale scenario (il processo telematico n.d.r.) sembra in parte riconducibile alla "neutralità" dell'interlocutore che per la prima volta compare con ruoli e strategie così precise sulla scena del diritto: la tecnologia, e soprattutto la tecnologia informatica, si avvicina al processo e all'organizzazione giudiziaria con il mandato efficientista del modernizzatore, fiducioso nei propri mezzi e nella immediatezza del risultato". P. Liccardo, dal sito www.ilprocessotelematico.it/Dottrina/Pasquale%20Liccardo.htm.

¹⁷ Vi è comunque chi non condivide, né auspica, una totale dematerializzazione delle procedure giudiziarie ordinarie, per non rischiare di

Sebbene le procedure alternative di soluzione delle liti nascano e trovino il loro terreno naturale per le controversie in materia di consumo tra consumatori ed imprenditori, nulla osta all'applicazione dei meccanismi stragiudiziali anche alle controversie tra imprese.

Anzi tale volontà è fatta propria dal legislatore.

In tal senso la legge 29/12/1993 n. 580 attribuisce alle CCIAA il compito di “promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie *tra imprese* e tra imprese e consumatori ed utenti” (art. 2, comma 4).

Tale orientamento viene ribadito nella legge del 18 giugno 1998 n. 192, sulla disciplina della subfornitura nelle attività produttive, la quale prevede espressamente l'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione tra le imprese prima di adire l'autorità giudiziaria ordinaria.

Indubbi sono i vantaggi delle ODR nel B2B.

In primo luogo, il meccanismo garantisce una maggiore efficienza aziendale permettendo una maggior autoregolamentazione alle imprese: *on line* si trovano le condizioni generali del contratto; *on line* soventemente vengono

privare le parti di loro diritti fondamentali. In particolare la critica concerne il fatto che con le ODR non si garantisce che le parti abbiano reale parità di accesso agli strumenti telematici. Così F. Sarzana di S. Ippolito, *I problemi di giurisdizione e di soluzione delle controversie mediante conciliazione ed arbitrato*, in Manuale di commercio elettronico a cura di Tripodi, Santoro e Messineo, ed. Giuffrè 2000.

conclusi gli accordi; ed ora *on line* potranno essere risolte le dispute.

La clausola che prevede il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle liti sarà solitamente contenuta in condizioni generali del contratto, ossia verrà predisposta unilateralmente.

Questa tuttavia non deve essere vista come una pratica negativa in quanto il rischio della predisposizione di un modello contrattuale resta a carico dell'imprenditore predisponente, e questo ha conseguenze verso il suo *business*, sia nel suo *front office* (il contratto tipo predisposto è il biglietto da visita verso l'esterno, specialmente in un rapporto "tra pari"), che nel *back office* (l'uso di clausole *standard* riduce i costi ed i rischi dell'impresa predisponente, facendoli gravare *pro quota* verso la massa dei contraenti).

Si può sostanzialmente dire che le condizioni generali del contratto *on line* determinano la stessa dinamica commerciale dell'impresa.

Le ODR tra imprenditori si differenziano profondamente da quelle con i consumatori:

- da un lato sono più semplici, in quanto garantiscono maggiormente l'adempimento dell'ordine del giudice privato fondata su esigenze di tutela della reputazione commerciale, che sarebbe altrimenti irrimediabilmente compromessa;

- dall'altro lato sono invece più complesse dato che, il ricorso alle conciliazioni ed agli arbitrati amministrati, è concretamente applicabile meramente nelle controversie di minima entità, mentre nei rapporti tra imprese le relazioni sono troppo importanti e complesse per far ricorso a tali strumenti.

Come si è osservato in dottrina, nelle dinamiche di mercato tra imprese, serve un sistema non tanto per dare giustizia, quanto per conservare il rapporto, riconducendo la risposta ad un soluzione profittevole per entrambe le imprese contraenti.

Nelle controversie tra imprese potranno trovare opportuna applicazione, più che i meccanismi conciliativi (dove il termine è usato in senso lato per ricomprendere tutte le vari figure createsi nella prassi negli ultimi anni), gli strumenti arbitrari (intesi in senso tecnico)¹⁸.

¹⁸ I vantaggi sono indubbi anche nell'uso di strumenti conciliativi dato che, essendo questi strumenti negoziali, si determina una sostanziale rinegoziazione del contratto. In tal senso, interessante è l'esperimento di ODR nel B2B del *Virtual Magistrate*, il quale prevede l'obbligo di un tentativo di conciliazione *on line*, che, se fallisce da luogo ad un vero e proprio arbitrato.