

Direttore scientifico

Professore Pietro Perlingieri

Comitato Organizzatore

Professore Carlo Angelici

Professore Giovanni Bonilini

Notaio Francesco Paolo Lops

Notaio Gennaro Mariconda

Notaio Paolo Piccoli

Professore Vincenzo Ricciuto

Notaio Enrico Rocca

Professore Giovanni Tatarano

RENATO BORRUSO

GIANLUIGI CIACCI

DIRITTO CIVILE E INFORMATICA



Edizioni Scientifiche Italiane

zionalità, di economia e, al tempo stesso, di completezza. Se poi, sia egli un notaio, un avvocato o altro «operatore del diritto», tiene ben presenti, come ogni buon programmatore, le varie strutture che si possono realizzare nell'inserire istruzioni condizionate (c.d. «IF») in un software, sarà, per ciò stesso, spinto, anche quando non si tratta di compilare un software ma un qualsiasi testo scritto contenente regole, a immaginare tutta una serie di ipotesi particolari e a predisporre per ciascuna di esse una regolamentazione appropriata. Sarà – in altre parole – per ciò stesso spinto ad essere «bravo» nella compilazione di contratti come di qualsiasi altro regolamento, perché, in relazione ad essi, la «bravura» non consiste soltanto nell'essere inequivoci, ordinati e sintetici nell'espone, ma anche nel prevedere tutto ciò che realisticamente può accadere nello sviluppo di un determinato rapporto contrattuale e nel predisporre la più opportuna regolamentazione, sì che poi non sorgano tra i contraenti dubbi e controversie. Insomma, allo specialista nella redazione di contratti, qual è in sommo grado il notaio, non deve mancare una certa dose di fantasia: quella stessa fantasia che deve avere il programmatore. Imitarne i metodi, acquisirne l'«*habitus*» mentale è, quindi, anche per tutti gli «operatori del diritto» uno dei più preziosi vantaggi che possono trarre dall'accostamento all'informatica.

CAPITOLO V

L'IMPATTO DELL'INFORMATICA
SULL'OGGETTO DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 146. Definizioni e breve descrizione delle caratteristiche di un sistema informatico. – 147. La diffusione dell'elaboratore nella realtà economica italiana. Le prime difficoltà dovute alla differenza di cognizioni tra fornitori e utenti. – 148. Descrizione dei principali schemi contrattuali usati nella prassi. – 149. (segue) in particolare i contratti aventi ad oggetto il *software*. – 150. Le problematiche relative alle clausole vessatorie. – 151. La qualificazione giuridica dei contratti informatici: le fattispecie del contratto misto e del collegamento negoziale. – 152. La disciplina legislativa applicabile. La validità della categoria dei contratti informatici. – 153. I contratti aventi ad oggetto Internet ed i suoi servizi. – 154. I soggetti di Internet e i rapporti tra di essi. – 155. Il contratto tra gestore della linea di telecomunicazioni, provider e utenti. – 156. Il contratto tra provider e utenti. – 157. I contratti di fornitura dei servizi telematici tra gli utenti di Internet.

146. *Definizioni e breve descrizione delle caratteristiche di un sistema informatico.* – Volendo fornire una definizione di contratto ad oggetto informatico¹²⁸ che soddisfi esigenze puramente descrittive, possiamo dire che con tale termine si intende quella manifestazione di autonomia privata, rientrante nella categoria negoziale prevista dall'art. 1321 c.c., sulla quale viene ad influire quel particolare mezzo che è l'elaboratore elettronico (o computer che dir si voglia). Tale influenza può poi svolgersi sul contenuto degli accordi delle parti (elaboratore come oggetto del contratto), sulle modalità dell'adempimento, nel momento della conclusione del contratto (elaboratore come mezzo per concludere l'accordo), sulla forma della dichiarazione negoziale.

In questo capitolo verrà trattato in maniera particolareggiata il primo aspetto, quello relativo ai negozi aventi ad oggetto il computer¹²⁹.

¹²⁸ G. SCORZA, *I contratti ad oggetto informatico*, in *Il codice di diritto dell'informatica*, a cura di E. Pattaro, CEDAM, Padova 2000; G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova 1993.

¹²⁹ Per le altre ipotesi si veda quanto detto al capitolo precedente e, per la dottrina, R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Giuffrè, Milano 1985, p.

Per poter meglio comprendere le ragioni delle peculiarità dei problemi giuridici sollevati dai contratti informatici, è necessario propeudicamente definire ed analizzare, in forma estremamente semplificata e sintetica, le caratteristiche tecniche elementari relative al funzionamento di un sistema EDP (*Electronic Data Processing*).

Dal punto di vista funzionale, quest'ultimo consiste in un insieme di dispositivi e meccanismi complessi, che ricevono una serie di dati ed informazioni (*inputs*), per elaborarli secondo un predeterminato corpo di istruzioni (programma), e produrre quindi un certo risultato finale (*outputs*). Possiamo conseguentemente definire l'elaboratore elettronico come un «automa algoritmico universale», ossia una macchina teoricamente capace di svolgere qualsiasi lavoro definibile con un algoritmo¹³⁰.

Dal punto di vista strutturale, può essere invece descritto come una macchina costituita da un insieme di circuiti e di dispositivi meccanici, elettrici, magnetici ed elettronici (c.d. *hardware*, o parte fisica del computer) e dall'insieme dei programmi e delle funzioni da essi svolte (c.d. *software*, o struttura «morbida» dell'elaboratore). Questi due particolari beni, *hardware* e *software*, costituenti i due aspetti fondamentali di un sistema EDP, sono legati fra loro da un rapporto di intrinseca complementarietà, dato che un bene, sprovvisto dell'altro, è privo di qualsiasi utilità.

Per quanto riguarda in particolare il *software*, questo va ulteriormente distinto in: *software di base*, che permette il funzionamento intrinseco dell'*hardware*, coordinando le varie parti del sistema (per es. gestendo il colloquio tra calcolatore ed unità di supporto degli archivi dei dati), e che viene oramai considerato parte integrante dello stesso *hardware*; *software applicativo*, che comprende l'insieme dei

XII-176; E. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici dei fondi e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 191; F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, CEDAM, Padova 1987, pp. 140, e, più recentemente, A. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano 1997, e L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto mediante computers e sull'accettazione di un'offerta in Internet*, in *Giustizia civile*, 1997, II, p. 21 e ss., V. ZENO ZENCOVICH, *I contratti stipulati su Internet e la tutela del consumatore*, in *Temi Romana*, 2000, fasc. 1, pp. 98-104, G. PIZZIRUSSO, *L'e-commerce ed il contratto telematico*, in *Archivio civile*, 2002, 4, pp. 413-421.

¹³⁰ Per «algoritmo» si intende un metodo di soluzione dei problemi esprimibile mediante un numero finito di operazioni logiche successive, generali e non contraddittorie.

programmi destinati a svolgere le funzioni specifiche dell'utente (ad es. la gestione di un sistema contabile, un videogioco,...); *software* denominato sistema operativo, che supervisiona il funzionamento complessivo del calcolatore, svolgendo la funzione predominante di interfaccia fra l'architettura dell'*hardware* e l'architettura funzionale del *software* applicativo dell'utente (ne è un esempio il sistema MSDOS)¹³¹.

Occorre poi tenere presenti anche i prodotti creati dal sistema E.D.P., di differente natura e finalità, che autorevole dottrina ha definito quale «bene giuridico informatico», e che comprende diverse realtà: certamente il *software*, ma anche la banca dati, il prodotto multimediale, la pagina *web*, ... Come d'altro canto devono anche essere presi in considerazione i servizi resi possibili dall'informatica e dall'applicazione di questa alle telecomunicazioni, cioè dalla telematica.

Se l'*hardware* non pone particolari problemi con riferimento ad una sua classificazione (si tratteranno più avanti le conseguenze della sua intrinseca complementarietà funzionale con il *software*), essendo assimilabile a qualsiasi prodotto industriale di natura meccanica, il *software* presenta notevoli difficoltà di inquadramento concettuale a causa della sua ibrida natura giuridica. Infatti esso sostanzialmente comprende sia una serie di istruzioni in forma di processo (algoritmo) immateriale, sia i mezzi materiali in cui tali istruzioni vengono tradotte e incorporate (nastri, dischi magnetici e, nel caso del *firmware*, i componenti elettronici della macchina)¹³². E se tali difficoltà di inquadramento possono considerarsi minime per ciò che riguarda il *software* di base e quello operativo, nonché per il *firmware*, esse raggiungono la massima intensità con riferimento al *software* applicativo. Nello stesso senso si ripetono le difficoltà di inquadramento concettuale degli altri beni giuridici informatici, nonché quelle correlate alla disciplina dei servizi informatici e di quelli telematici.

Chiarito che l'utilizzazione di un sistema EDP implica l'uso di una pluralità di beni di diversa natura e funzione, si tratta ora di esaminare quali sono stati i principali problemi giuridici, in materia con-

¹³¹ Bisogna poi considerare il c.d. *firmware*, che si pone a metà fra *hardware* e *software*, cioè il programma direttamente incorporato nei componenti elettronici della macchina (microprocessori) o registrato in una memoria inalterabile di tipo ROM (*Read Only Memory*).

¹³² Essendo oramai respinta l'accezione più ampia di *software*, che vi fa rientrare ogni prodotto o servizio che non faccia parte dell'*hardware*, e quindi anche le istruzioni di programmazione, i manuali applicativi, i servizi di addestramento.

trattuale, che sono sorti nella realtà economica italiana, provocati dalla sempre maggiore diffusione dei beni informatici.

147. *La diffusione dell'elaboratore nella realtà economica italiana. Le prime difficoltà dovute alla differenza di cognizioni tra fornitori e utenti.* - Fino ai primi anni settanta circa, l'automazione dell'attività imprenditoriale nel nostro Paese era limitata alle grandi imprese, nelle quali l'informatica entrava per svolgere compiti di importanza marginale, prevalentemente quello del calcolo degli stipendi e della tenuta della contabilità¹³³. Per le piccole e medie imprese l'informaticizzazione delle strutture organizzative doveva essere necessariamente affidata ad aziende specializzate (c.d. società di servizi), centri elettronici di calcolo dotati di grossi elaboratori, la cui attività economica consisteva proprio nella gestione dei dati del cliente.

La contrattualistica non presenta in questa prima fase grandi problemi, sia perché in genere il rapporto negoziale si svolge tra due sole parti, con il costruttore che fornisce all'utente non solo l'*hardware*, ma anche il *software* ed i servizi ad esso connessi (sistema c.d. «*bundling*»); sia perché viene data maggiore importanza all'*hardware*, che rappresenta in questo momento la parte più costosa del sistema EDP; non ultimo per la scarsa diffusione di tali beni informatici, e conseguentemente dei negozi giuridici ad essi relativi.

Nella seconda metà degli anni settanta, la rapida evoluzione tecnologica dell'elettronica di base, con l'avvento della microelettronica, ha indotto varie conseguenze e trasformazioni nella tecnologia delle apparecchiature di elaborazione: si è passati, in pochissimo tempo, dai prototipi delle prime generazioni di calcolatori, ingombranti, costosi e poco versatili, agli attuali computer dotati di microprocessori a circuiti integrati di capacità pressoché illimitata, con l'aumento progressivo della potenza dei componenti elettronici di base e la concomitante drastica riduzione del loro costo.

Tutto ciò ha portato ad una maggiore diffusione del processo di automazione, non solo limitato alle attività industriali e di produzione, ma esteso ad ogni attività lavorativa e non solo a quella. In questa fase anche le piccole e medie imprese possono munirsi di un sistema EDP, fatto che coinvolge una profonda modifica delle proprie strutture organizzative e lavorative.

¹³³ Non considerando volutamente la c.d. «robotizzazione» della fabbrica, cioè l'automazione del ciclo produttivo.

A tale diffusione di beni informatici segue un parallelo aumento dei rapporti giuridici ad essi afferenti. Non solo, ma a causa della diminuita importanza economica dell'*hardware* nell'architettura di un sistema EDP, e dell'aumento di quella del *software* che viene ora fornito, insieme ai servizi ad esso connessi, da soggetti diversi (sistema dell'«*unbundling*»), si verifica anche un frazionamento del contratto per la fornitura di un singolo sistema informatico in più contratti che ne regolano i vari aspetti. Tutto ciò provoca il sorgere o l'accentuarsi di molteplici problemi giuridici.

La prima grossa difficoltà che si incontra riguarda la disparità di informazione e competenza intercorrente tra soggetti utenti delle nuove tecnologie, che in genere entrano in contatto per la prima volta con il mondo dell'informatica, e operatori professionali del settore. Tale divario di conoscenze tra le parti comporta una serie di conseguenze.

Innanzitutto, si ha un'inevitabile totale affidamento dell'utente rispetto ai consigli e alle informazioni del fornitore, sia a livello tecnico (nel momento della scelta del prodotto), sia a livello giuridico (soprattutto per quanto riguarda la ripartizione del rischio contrattuale, o in genere in materia di garanzie e responsabilità).

Esiste, inoltre, un contrasto di fondo tra il rispettivo atteggiamento negoziale dei contraenti: da una parte l'utente, che si aspetta di ottenere dal sistema di elaborazione determinati risultati funzionali rispondenti alle proprie esigenze, prospettando quindi non uno scambio consistente in un «*do ut des*», ma integrandolo con un «*facias*» rappresentato dal conseguimento del risultato desiderato¹³⁴; dall'altra il fornitore, che prospetta invece la rispondenza del sistema a specifiche tecniche che risultano essere per l'utente prive di significato, ponendo in maggior rilievo le funzioni che esso può espletare in astratto, rispetto alla sua idoneità concreta allo scopo specifico.

Tale dicotomia ripropone la nota contrapposizione fra «obbligazione di mezzi» e «obbligazione di risultato», drammatizzata dal fatto che in tale caso il mancato perseguimento di determinati obiettivi funzionali equivale in pratica al completo fallimento del sistema, che si rende così privo di qualsiasi utilità economica¹³⁵.

¹³⁴ Così V. ZENO ZENCOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti informatici*, in AA.VV., *I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio*, a cura di Alpa e Zeno, Zencovich, Giuffrè, Milano 1987, p. 35.

¹³⁵ Sul punto si veda C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica. Spunti di rifles-*

Per risolvere queste difficoltà si ricorre inizialmente alle esperienze di Paesi maggiormente informatizzati, in particolare a quella ultradecennale degli U.S.A. Per le opere di dottrina, viste le differenti strutture degli ordinamenti giuridici, si considerano specificamente quelle che, soprattutto dal punto di vista pratico, possono aiutare l'utente nella stipulazione di un contratto non eccessivamente vessatorio¹³⁶. Vengono così recepite ed assimilate tutta una serie di clausole e di formulari che raccolgono ed applicano i vari consigli di esperti sui tre diversi momenti delle trattative, della stipulazione del contratto, dell'eventuale malfunzionamento del sinallagma¹³⁷.

Se tali opere a struttura prevalentemente pratica interessavano in maniera particolare gli utenti e gli operatori professionali del settore, è però soprattutto la giurisprudenza delle Corti statunitensi a porre le basi sulle quali si è poi iniziato a svolgere il dibattito dottrinale anche nel nostro Paese. È infatti grazie ad una serie di «*leading cases*» che viene tracciata la strada percorsa poi, con i dovuti adattamenti, anche nel nostro ordinamento giuridico per risolvere le prime difficoltà sollevate dalla diffusione dei beni informatici¹³⁸.

sione in comparazione con l'esperienza statunitense e francese, in AA.Vv., *I contratti di utilizzazione del computer*, Giuffrè, Milano 1984, p. 98.

¹³⁶ Tra le altre v. R.S. MORGAN, *Computer contracts*, London 1979; D.T. BROOKS, *Computer law: purchasing, leasing and licensing hardware, software and services*, Practising Law Institute, New York 1980; J. AUER-E. HARRIS, *Computer contract negotiations*, New York 1981; DENNIS S. DEUTSCH, *Protect yourself: a guide to understanding and negotiating contracts for business computer and software*, John Wiley & Son, New York 1984.

¹³⁷ Con riferimento alle trattative, si consiglia in genere l'assistenza di un consulente che permetta all'utente di colmare la mancanza di conoscenze specifiche in materia. Vengono indicati vari metodi per acquistare un sistema EDP, fra i quali il più interessante risulta essere l'R.F.P. (*Request For Proposal*): può essere definito come una dettagliata indicazione per iscritto dei «*business needs*» del compratore, rivolta ai potenziali venditori, di modo che essi possano rispondere indicando quale dei loro prodotti soddisfi i bisogni del compratore, per quali motivi e a quale prezzo. L'R.F.P. viene inviato a più venditori, ognuno dei quali, riempitolo, lo rispedisce al mittente, fornendo direttamente i dati del sistema, ed eliminando così confusione e possibili incomprensioni.

¹³⁸ In particolare I.B.M. v. Catamore <548 F2d 1065 (1976)>, che riguarda la portata degli obblighi del venditore rispetto alla fornitura dei programmi; Glovatorium, Inc. v. National Cash Register Corp. <N.D. Cal. may 1 st. 1981, reporter transcript of proceedings, 684 F 2d 658 (9th Cir. 1982)> e Earman Oil, Inc. v. Burrongs Corp. <625 F 2d 1291, 1300 (5th Cir. 1980)>, che riportano punti di vista contrapposti in materia di operatività dei vari esoneri di responsabilità contenuti

Iniziano così ad essere pubblicate anche in Italia le prime opere dottrinarie in questa materia¹³⁹.

In particolare, per superare le problematiche connesse al «gap» di informazione tecnologica fra le parti contraenti, è stato detto¹⁴⁰ che si deve anzitutto, nel momento della stipulazione dell'accordo, individuare nel modo più preciso possibile la prestazione oggetto del contratto. A causa di ciò, gravano su entrambe le parti precise incombenze: l'utente dovrà rendere noto al fornitore, in modo quanto più possibile preciso e dettagliato, le proprie necessità di automazione. Mentre in capo a quest'ultimo si individua il dovere di prestare tutta l'attività di consulenza e di informazione tecnica indispensabile affinché l'utente venga posto in grado di poter entrare nel merito delle previsioni contrattuali¹⁴¹.

Secondariamente, è necessario individuare esattamente i parametri relativi alla valutazione dell'adempimento, sotto il profilo, da una parte, dell'accertamento di una sua inesattezza o dell'esistenza di vizi e difformità e, dall'altra, dell'importanza dell'eventuale inadempimento nell'ambito del significato economico complessivo del negozio.

L'applicazione di questi due principi svolge un immediato effetto taumaturgico fin dal momento delle trattative, attirando l'attenzione dell'utente, e il suo intervento, su aspetti dell'accordo precedentemente lasciati alla completa discrezionalità del fornitore. Pone, quindi, in capo allo stesso utente l'onere di attivarsi per colmare il «gap» di cultura informatica che lo penalizza, allo scopo di stipulare un contratto adeguato alle proprie esigenze. Costituisce, infine, un rilevante

nel contratto: Triangle Underwriter v. Honeywell <604 F 2d 743>; Chatlos Sys, Inc. v. National Cash Register Co. <479 F. Supp. 738, 742 (DNJ 1979)>.

¹³⁹ Fra gli altri R. FRANCESCHIELLI, *Appunti sul contratto di utilizzazione del software di un calcolatore elettronico*, in *Riv. dir. ind.*, 1976, II, p. 87; G. CRISCUOLI, *Una nuova figura di appalto: il computer service contract*, in P. VERRUCOLI (a cura di), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, Milano 1978, p. 363 ss.; R. CLARIZIA, *Spunto per uno studio sui contratti di utilizzazione degli elaboratori*, in *Giur. it.*, 1983, IV, p. 302; G. ALPA, *I contratti di utilizzazione del computer*, cit., 1983, IV, p. 42; C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica*, cit., 1984, II, p. 145.

¹⁴⁰ C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica*, in AA.Vv., *I contratti di utilizzazione del computer*, cit., pp. 102-105.

¹⁴¹ Tale obbligo generale di informazione gravante sulle parti nella fase pre-negoziale, desumibile nel nostro ordinamento dall'art. 1337 cod. civ., rappresenta uno degli strumenti più efficaci di tutela dell'utente, privo di cognizioni tecniche, in eventuali controversie.

ausilio interpretativo del giudice, nell'eventualità si verifichi un contenzioso, il quale non viene in tal modo costretto ad estendere la propria cognizione alla fase pre-negoziale, nel tentativo di accertare il valore e la portata delle obbligazioni delle parti, con il rischio di non poter essere posto in grado di ben valutare l'effettiva incidenza dell'inadempimento sull'economia del rapporto.

A dimostrazione di ciò stanno le esigue pronunce giurisprudenziali su questo argomento¹⁴², le quali mostrano l'opportunità di accettare ed applicare i riferiti principi. Le fattispecie sono in genere molto simili¹⁴³ anche se, a causa delle difficoltà interpretative citate, vengono decise in modi talvolta opposti.

Così, una sentenza del Tribunale di Salerno del 1983, una volta accertato che la parte meccanica dell'elaboratore era esente da vizi, qualifica la mancata consegna dei programmi di un sistema EDP come inadempimento parziale di scarsa importanza, tale da giustificare la sospensione dell'esecuzione da parte del creditore, ma non la risoluzione del contratto: attribuendo, quindi, un ruolo secondario al software, nonostante che senza questo il sistema informatico fosse, totalmente o parzialmente, inutilizzabile¹⁴⁴.

Dello stesso tenore è la sentenza del Tribunale di Verbania datata 19 gennaio-16 febbraio 1984, poi riformata dalla Corte di Appello di Torino con sentenza 14 marzo 1985, che capovolge l'ottica con cui accostarsi a tali problematiche, prestando attenzione non tanto e non solo ai singoli aspetti della fornitura, quanto alla funzionalità globale di questa. Si legge nella massima che «... la mancata consegna all'acquirente di alcuni programmi integra un'ipotesi di vero e proprio inadempimento contrattuale, essendo l'intero software mo-

¹⁴² Oltre a quelle citate nel testo, v. anche Pret. Milano, 2 maggio 1983, in *Dir. Inf. Inf.*, 1985, p. 745, con nota di G. Restuccia, e Trib. Rovereto, 28 febbraio 1985, *Dir. Inf. Inf.*, 1986, p. 590.

¹⁴³ Il venditore, nel presentare le caratteristiche del sistema EDP, ne esalta determinate prestazioni, le quali risultano poi essere concretamente raggiungibili solo con l'ausilio di specifici programmi, che in genere non vengono forniti. Così l'utente, dopo l'installazione del sistema, incontra una serie di inconvenienti e disfunzioni causati dalla mancata o inappropriata fornitura del software; agisce quindi in giudizio per la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, prospettando un'ipotesi di consegna di cosa diversa da quella pattuita («*aliud pro alio*») o, in subordine, di cosa mancante delle qualità promesse o essenziali per l'uso cui è destinata (art. 1497 cod. civ.).

¹⁴⁴ Trib. Salerno, 2 gennaio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1131, con nota di M. Monina.

mento indefettibile per il raggiungimento degli scopi voluti dall'acquirente e quindi essenziale al sinallagma negoziale. La sanzione di tale comportamento è costituita dalla risoluzione del contratto...»¹⁴⁵.

Proseguendo in questa specie di «excursus storico» sull'evoluzione della diffusione dell'informatica nel nostro Paese, e parallelamente delle problematiche giuridiche sollevate in materia di contratti aventi ad oggetto i sistemi E.D.P., si arriva a ridosso della «rivoluzione» sociale e culturale portata dalla rete Internet.

Prima, negli anni ottanta, il continuo aumento della c.d. «cultura informatica» aveva portato sempre più i soggetti utenti delle nuove tecnologie a colmare quella disparità di conoscenze tecniche che inizialmente li aveva fortemente penalizzati. Questo, mentre da un lato provocava un'evidente diminuzione delle difficoltà finora analizzate¹⁴⁶, dall'altro ne faceva sorgere di nuove. Se, infatti, fino a quel momento nella stipulazione dei contratti si era fatto ricorso in genere a formulari derivanti dalle esperienze degli ordinamenti giuridici stranieri, opportunamente adattati, o si era cercato di fare uso delle categorie tipiche previste dal codice civile, modificandole secondo le prestazioni che le parti intendevano eseguire, successivamente si iniziò a predisporre e ad utilizzare appositi schemi. Tutto ciò fece sorgere nuovi problemi giuridici, soprattutto con riferimento alla validità di tali nuove forme negoziali ai sensi dei principi generali di meritevolezza ex art. 1322 cod. civ. e rispetto alla disciplina da applicare loro in concreto. Questo perché l'utilizzazione di un computer implica l'uso di una pluralità di beni di diversa natura e funzione, caratterizzati da una intrinseca complementarità, che tra l'altro per la loro complessità e importanza necessitano di un servizio di manutenzione ed assistenza, ol-

¹⁴⁵ App. Torino, 14 marzo 1985, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1985, p. 1041, con nota di Rossello.

¹⁴⁶ Il Tribunale di Milano, il 20 ottobre 1988 (decisione pubblicata in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1989, p. 546 e ss.), accoglie la domanda di risoluzione di un contratto di sviluppo e di manutenzione software sulla base della considerazione che la mancata consegna della documentazione relativa agli interventi effettuati costituisce una giusta causa per far cessare il rapporto tra le parti; anche la Pretura di Monza il 21 marzo 1991 (in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1991, p. 936 e ss.) decide di accogliere la domanda di reintegra di un'impresa spogliata del possesso dei manuali di istruzione del sistema operativo e dei supporti magnetici con le copie dei programmi forniti: in entrambi i casi si considera la rilevante importanza di tutti gli aspetti che coinvolgono un sistema informatico, a prescindere dalla loro eventuale accessorietà, dimostrando in questo modo una maggiore consapevolezza della tecnologia.

tre a quello della formazione degli utenti relativa al loro uso, o ancora rispetto ad un loro aggiornamento e/o sviluppo. Tale caratteristica si ripercuote a livello negoziale, dove si possono avere contratti unitari che prevedono una pluralità di prestazioni eterogenee, oppure una serie di contratti separati per ognuna prestazione, che si influenzano reciprocamente, causa la loro stretta connessione funzionale. Si presentano così le problematiche dei *contratti misti*, nonché quelle del *collegamento giuridico* di più negozi distinti, oltre a quelle relative all'applicazione, anche alla nuova realtà, delle categorie giuridiche tradizionali, esplicitate o meno in norme di legge: si pensi a tale proposito alla necessità di adeguare o meno il contratto informatico alla disciplina codicistica delle clausole vessatorie, o a quella dei vizi della volontà, o ancora, nel caso di compravendita di un bene informatico, quella dell'estensione della garanzia per i vizi della cosa. Rimandando l'analisi di questi temi ad un momento successivo della trattazione, si porta ora l'attenzione ad uno dei momenti fondamentali del passaggio dall'informatica «*accentrata*», per pochi, a quella c.d. «*distribuita*», cioè per un gran numero di soggetti interessati alle più diverse applicazioni, da analizzare con l'attenzione del giurista. Ci si riferisce in particolare all'avvento di una nuova forma di comunicazione a distanza, svolta attraverso l'uso dell'elaboratore elettronico, più importante ed alto esempio di telematica al giorno d'oggi.

Infatti ad ulteriore conferma della stretta connessione tra l'evoluzione esponenziale della tecnologia, la sua diffusione, la cultura e consapevolezza dei vari utenti della stessa, e quindi le problematiche giuridiche coinvolte, tutti fattori interdipendenti e reciprocamente influenzati, si pone il fenomeno Internet.

Da un punto di vista tecnico, Internet è una rete di telecomunicazione, o meglio un insieme di reti di telecomunicazione che sfruttano particolari tecnologie (nella specie la commutazione di pacchetto ed il c.d. *routing dinamico*¹⁴⁷) per ottimizzare, sia a livello di effi-

¹⁴⁷ La «commutazione di pacchetto» è una tecnica di trasmissione di dati che permette di ottimizzare la gestione della linea di telecomunicazioni, mediante la sua condivisione tra diversi (e numerosissimi) utenti: questo attraverso l'«impacchettamento» delle informazioni inviate nella rete (contenenti la fonte e la destinazione delle stesse), e la loro spedizione insieme a quelli di altri utenti, consentendo quindi un flusso continuo di dati (all'arrivo tali pacchetti vengono poi ricomposti ed inviati al destinatario).

Per *routing dinamico* si intende quella particolare applicazione telematica che

cienza, sia a livello economico, la trasmissione di dati, di informazioni (siano esse rappresentate da documenti, suoni o immagini) in tutto il mondo in tempo reale, cioè quasi simultaneamente alla loro messa in linea. La particolare duttilità, economicità ed efficienza di tali tecnologie ha fatto sì che l'indicato metodo in cui avviene la gestione delle informazioni, e la loro diffusione (tecnicamente indicato con il nome di protocollo *TCP/IP*), fosse poi adottato da tutte le altre reti di telecomunicazione esistenti nel mondo, portando ad una standardizzazione «di fatto» nel settore della telematica: chiunque voglia oggi installare una rete al fine di collegare i vari sistemi informatici di propria gestione usa il linguaggio, il protocollo di Internet, ed in questo modo, oltre ad avere la massima economicità ed efficienza tecnica, si trova a «parlare» lo stesso linguaggio, e quindi a poter comunicare con la quasi totalità delle altre reti nel mondo che sicuramente hanno scelto la stessa tecnologia.

Da un punto di vista sociale, Internet può essere considerato un nuovo *medium* di comunicazione, anzi, il *medium* di comunicazione, che probabilmente integrerà e sostituirà tutti gli altri *media* a noi familiari¹⁴⁸. Internet rappresenta, infatti, un nuovo modo di comunicare e di vivere, una nuova tecnologia che sta rivoluzionando, che ha rivoluzionato la nostra vita proprio come hanno fatto il telefono e la televisione e, sul piano professionale, il telefax. Oggi più di 100 milioni di persone nel mondo sono in contatto tra loro e agiscono sulla Rete, originando di conseguenza una mescolanza di informazioni, esperienze, culture che implicano cambiamenti reali in tutti i settori dell'attività umana. Comunicare, reperire, veicolare e diffondere le informazioni senza barriere di tempo e di spazio: queste le principali attività che Internet ha trasformato in una realtà facile ed accessibile a tutti¹⁴⁹.

permette di indirizzare le informazioni su Internet in modo da utilizzare strade alternative in caso di interruzione e blocco di quella principale.

¹⁴⁸ Si intende, come spiegato nel testo, il telefono, il telefax, la radio, la televisione, ma anche la posta nel suo formato cartaceo.

¹⁴⁹ Per non generare ambiguità, e conseguenti confusioni, una dottrina ritiene che sia opportuno guardare questa rete di reti come una combinazione di tre spazi, ciascuno con la sua propria configurazione e architettura o topologia: 1) lo spazio fisico, ovvero l'*infrastruttura*, 2) lo spazio digitale, ovvero la *piattaforma di memoria*, 3) lo spazio semantico, ovvero il *cyberspazio*. La combinazione di questi tre spazi rende possibile l'implementazione di tre funzioni essenziali: la posta elettronica (*e-mail*), il controllo a distanza di altri computer, e la piena creazione/gestione/comunicazione di archivi di documenti. Queste tre funzioni trasformano Internet in uno

Gli aspetti appena indicati, tecnici o sociali, hanno comunque fatto sì che la diffusione dell'informatica, e dunque la consapevolezza della stessa, aumentasse esponenzialmente, anche nel nostro Paese: il computer, grazie all'esplosione del fenomeno della Rete delle reti, entra finalmente davvero nella maggioranza degli uffici e in moltissime case. E questo con una stretta influenza, tra l'altro, sui regolamenti contrattuali adottati nella prassi, che passano nella maggioranza ad essere rappresentati da formulari standardizzati, almeno per l'informatica maggiormente «di consumo». E, ai contratti informatici, si aggiungono quelli telematici, che vengono distinti in *contratti telematici in senso stretto* e in *contratti per la fornitura dei servizi telematici*. Nel primo caso si usa parlare di contratto telematico per indicare quel particolare tipo di accordo concluso a distanza per mezzo dell'elaboratore: sono in genere negozi comuni, ad esempio compravendite, che di particolare hanno il modo di formazione, che è appunto tramite due computer situati distanti l'uno dall'altro, ma collegati fra loro mediante rete di telecomunicazioni¹⁵⁰. Si distinguono da tali contratti quegli accordi che pur non essendo conclusi in via telematica, ma secondo un più ordinario modo di formazione, ad esempio mediante sottoscrizione di un modulo, tuttavia di telematico hanno la concreta attuazione. È una situazione specularmente rovesciata rispetto alla precedente, dove si aveva la formazione telematica

straordinario strumento di comunicazione e gestione di qualsiasi informazione digitale a livello globale (così L. FLORIDI, *Internet*, Il Saggiatore, Milano 1997, p. 15).

¹⁵⁰ Si tratta cioè di contratti il cui modo di formazione è telematico, ma la cui attuazione avviene secondo il regime comune del tipo di accordo in cui si inquadra, sia essa a sua volta telematica o ad esecuzione «reale»: ne costituiscono esempi le differenti applicazioni del c.d. commercio elettronico, come ad esempio l'abbonamento *on line* ad una banca dati (conclusione quindi telematica, ed esecuzione della stessa natura – accedo cioè alle informazioni sempre attraverso il computer –), oppure l'acquisto su Internet dei biglietti per assistere ad un concerto (in questo caso la conclusione, incluso il pagamento, avviene in via telematica, ma poi l'esecuzione – la possibilità di assistere al concerto – avviene secondo modalità tradizionali). Su tale materia si vedano gli scritti di E. ROPPO, *I contratti per la fornitura di servizi telematici*, in AA.VV., *I contratti informatici*, a cura di Alpa e Zeno Zencovich, Giuffrè, Milano 1987, p. 298, R. SPECIALE, *Sulla configurazione giuridica dei servizi telematici. Appunti e problemi*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, pp. 359-374, G. CIACCI, *I Contratti per la fornitura dei servizi telematici*, in *Economia e diritto del terziario*, 1, 1990, pp. 73-117. In altra parte del presente volume si procede ad un'ulteriore distinzione a seconda che l'elaboratore elettronico venga utilizzato come semplice mezzo per trasmettere volontà, oppure vada esso stesso a formare la volontà: nel secondo caso si parlerebbe di contratti «cibernetic».

di un contratto ad esecuzione non telematica. In questo caso, invece, è la formazione dell'accordo ad essere non telematica, mentre l'attuazione, o più correttamente, la prestazione (in genere informativa) dedotta in contratto è telematica¹⁵¹. Chiaramente le due categorie appena riportate, distinte al fine di un'esposizione maggiormente sistematica della materia, nella pratica degli affari, ed in conseguenza dello sviluppo della contrattualistica *on line* sono spesso sovrapposte e confuse tra loro. Infatti si può considerare anche una categoria intermedia, sempre più diffusa nella pratica degli affari, che è quella che vede sia nella conclusione, sia nell'esecuzione del contratto, la presenza di computer collegati a distanza: è il caso del *commercio elettronico c.d. diretto*¹⁵², ambiente in cui si sono sviluppate nella prassi fattispecie negoziali di rilevante importanza ed interesse (si pensi al fenomeno del c.d. *e-procurement*, cioè qualsiasi attività connessa agli acquisti – approvvigionamenti – svolta attraverso Internet, sia da consumatori privati che da aziende, con 3 obiettivi: maggiore efficienza nel processo abituale di acquisti; aprire nuovi canali commerciali più convenienti; organizzare gare e aste pubbliche per forniture di valore rilevante).

Vari sono i problemi giuridici sollevati da tali negozi: ad esempio, rispetto alla congruenza tra proposta ed accettazione, al momento del loro incontro, all'imputazione delle «dichiarazioni contrattuali»

¹⁵¹ «Storicamente» ne costituiscono esempi il contratto relativo al servizio Videotel, e in genere i servizi di accesso a banche dati (relativamente a tali contratti, nelle loro prime applicazioni, si vedano gli scritti citati nella precedente nota. Oggi l'ipotesi più comune di contratto di accesso a servizi telematici è l'abbonamento a Internet, su cui vedi lo scritto di G. DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo «*Internet: profili giuridici*», pubblicato in AIDA, V, Giuffrè, Milano 1996, p. 39.

¹⁵² È quello che consiste nell'acquisto e nella spedizione *on line* di beni e servizi immateriali, come software, musica, informazioni, ...: sue ipotesi particolari sono poi l'*electronic trading* (scambi elettronici) in cui il fornitore effettua una prestazione di beni o servizi ad un cliente in cambio del pagamento di un prezzo, e l'*electronic retailing* (vendita elettronica al minuto), nel caso il cliente sia un consumatore ordinario piuttosto che un'altra impresa. Per quanto riguarda in generale l'*e-commerce*, la Commissione europea, nella comunicazione «Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico» [Com (97) 157] lo definisce come «lo svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica che comprende attività diverse quali: la commercializzazione di beni e servizi per via elettronica; la distribuzione *on-line* di contenuti digitali; l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa; gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo delle Pubbliche Amministrazioni». Per consultare la Comunicazione si veda al sito <http://www.cordis.lu/esprit/src/ecomcom.htm> visitato il 21 giugno 2003.

ed alla capacità rispetto ad esse (si pensi al bambino particolarmente precoce che, usando la linea telematica all'insaputa del padre, ordina in un grande magazzino costosi beni di varia natura¹⁵³); ma anche, e con maggiore attinenza al tema trattato nel presente capitolo, alle difficoltà di individuazione degli obblighi delle parti, delle loro responsabilità, alla qualificazione giuridica dei negozi adottati concretamente nella prassi, e quindi della conseguente applicabilità ad essi di categorie giuridiche tradizionali, come ad esempio quella delle clausole vessatorie. Aspetti particolari possono poi essere incontrati, in genere con riferimento ai contratti che implicano lo svolgimento di un servizio, a seconda della specifica fattispecie oggetto del contratto: si pensi ad esempio alle clausole dedicate alla disciplina dell'attività di trattamento di dati personali, necessariamente da collegare al disposto del D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196. Vista poi l'importanza assunta oggi da Internet, a qualsiasi livello ed in qualsiasi ambiente, professionale o meno, risulta sicuramente necessario approfondire l'analisi della contrattualistica relativa e connessa a tale fenomeno, indagine che permetterebbe anche di esaminare in concreto gli aspetti problematici più in generale dell'intera categoria dei contratti informatici. Per procedere in tale indagine, occorre però muovere da una descrizione sintetica degli schemi negoziali usati per regolare i rapporti relativi all'utilizzazione di un elaboratore, per poi verificare come, i rilievi generali riportati, vanno a concretizzarsi in uno dei maggiori esempi di contratto informatico del nostro tempo.

148. Descrizione dei principali schemi contrattuali usati nella prassi.

– Si devono distinguere, secondo l'oggetto della prestazione, tre situazioni tipiche, suscettibili di varie combinazioni tra loro: *a*) la fornitura delle varie parti dell'elaboratore elettronico; *b*) l'utilizzazione dei soli servizi forniti attraverso l'utilizzo di sistemi di elaborazione dati, collegati o meno a distanza attraverso reti di telecomunicazioni;

¹⁵³ Sul punto devono essere valutate comunque le novità apportate dall'introduzione, nel nostro ordinamento, di un articolato sistema di firma digitale, attraverso il D.P.R. 513/1997, oggi assorbito nel T.U. 445/2000. Relativamente alla firma digitale e, più in generale, al sistema adottato nel nostro Paese per la validazione giuridica dell'attività di documentazione elettronica, si veda il cap. VII del presente scritto, oltre a fare riferimento, tra gli altri, a G. CIACCI, *La firma digitale*, 2ª ed., Il Sole 24 Ore, Milano 2000, pp. 1-226, E.M. TRIPODI-M. GASPARI, *Firma digitale e documento informatico*, Buffetti Ed., Roma 1998; M. MICCOLI, *Documento e commercio telematico*, IPSOA, Milano 1998.

c) l'esecuzione di prestazioni che si potrebbero dire «accessorie», quali ad esempio la formazione del personale dell'utente, e/o la manutenzione ed assistenza, nonché l'aggiornamento e lo sviluppo del sistema informatico.

Per ciò che riguarda i contratti relativi all'ipotesi sub *b*), quelli cioè relativi alla fornitura di servizi, informatici o telematici o entrambi, nella inaggior parte dei casi essi non presentano particolari difficoltà di qualificazione, trattandosi in genere di figure che possono essere fatte rientrare nello schema civilistico dell'appalto di servizi (come disciplinato dall'art. 1677 c.c.). Occorre solo verificare la compatibilità delle singole clausole pattizie con la disciplina tipica, con particolare riguardo alle norme inderogabili¹⁵⁴, e riscontrare la loro legittimità con riferimento ad aspetti particolari che possono essere coinvolti nella specifica attività: come già detto, si pensi al caso dell'azienda che chiede ad una società di servizi informatici esterna alla propria struttura di fornire l'elaborazione di paghe e stipendi dei propri dipendenti, motivo per cui questa viene a conoscere informazioni personali degli impiegati della prima, fattispecie che porta all'applicazione di quanto disposto dal D.lgs. 196/2003, e che, quindi, deve essere tenuta presente nell'esame dell'accordo negoziale tra le parti.

Anche per l'esecuzione di prestazioni di manutenzione ed altre più o meno accessorie – ipotesi sub *c*) –, la stipulazione dell'accordo avviene normalmente secondo schemi affini a quello dell'appalto di servizi¹⁵⁵, o ad altre figure giuridiche comunque collegate all'attività in concreto richiesta e prestata (si pensi ad esempio all'attività di formazione del cliente, che potrebbe essere inquadrata nella prestazione di opera intellettuale); ma in tale caso le difficoltà si verificano per la stretta connessione ai contratti relativi alla fornitura delle varie parti del sistema EDP, circa l'eventualità di un collegamento giuridico fra negozi.

A seconda di quale parte del sistema costituisca oggetto della pre-

¹⁵⁴ Sull'argomento v. G. CRISCUOLI, *op. cit.*; v. inoltre, in maniera più approfondita, con un'analisi delle singole clausole dei contratti, G. CIACCI, L. GRISOSTOMI, M. MARCUCCI, e altri, *I contratti di computer services*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1988, pp. 177-196.

¹⁵⁵ Specificamente v. G. DI GIANDOMENICO, *L'utilizzazione dei programmi e i contratti di assistenza e manutenzione*, in AA.VV. *I programmi per elaboratori: tutela degli utenti e delle software houses*, a cura di L. Russi e V. Zeno Zencovich, Giuffrè, Milano 1987, pp. 73 ss.

stazione, occorre ulteriormente distinguere le situazioni previste sub a). Per la fornitura di *hardware* si ricorre normalmente a contratti di compravendita, di locazione o di *leasing*, che non presentano particolari peculiarità: le clausole più significative, ed economicamente rilevanti, sono quelle che attengono alla disciplina della consegna, nonché delle garanzie e responsabilità del fornitore¹⁵⁶. Forse è però l'ampia diffusione dei contratti aventi ad oggetto tali beni che porta ad un'accelerazione nella nota produzione dell'Unione europea volta a tutelare il consumatore nell'ambito di diverse realtà e con riferimento a specifiche fattispecie, come ad esempio quella relativa alle clausole vessatorie, definite abusive, che hanno portato prima alla Direttiva 93/13/CEE, e poi alla legge di attuazione 6 febbraio 1996, n. 52; o ancora, come per la Direttiva 99/44/CE in tema di garanzia legale e garanzie commerciali, attuata dal decreto legislativo 2 febbraio 2002 n. 24, che ha modificato gli articoli 1519 *bis* e seguenti del cod. civ.¹⁵⁷.

149. (segue) *in particolare i contratti aventi ad oggetto il software*.
 – Maggiori problemi provocano, invece, i rapporti negoziali relativi al *software* a causa della già ricordata difficoltà di inquadramento concettuale per la sua ibrida natura giuridica¹⁵⁸. Risulta fondamentale stabilire se i programmi debbano essere considerati beni materiali o immateriali: e, quindi, se il relativo contratto debba essere qualificato compravendita, locazione o appalto, per poi poter scegliere la disciplina da applicare in materia di garanzie e di responsabilità¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Per quanto riguarda la consegna, in genere il venditore non accetta termini essenziali. È frequente poi la clausola secondo la quale la prestazione del fornitore si considera adempiuta mediante il deposito della macchina in corrispondenza del piano stradale esterno, riversando sull'acquirente i successivi rischi e spese, di trasporto e di installazione.

Con riferimento alle clausole che riguardano le garanzie e la responsabilità per vizi o difetti di funzionamento, le condizioni generali di contratto tendono a circoscrivere entro limiti molto ristretti la responsabilità del fornitore (così R. LANZILLO, *I contratti di fornitura di elaboratori*, in AA.Vv., *I contratti di utilizzazione del computer*, cit., pp. 41-52).

¹⁵⁷ In materia di garanzie, prima della modifica citata nel testo, si veda la sentenza del 15 giugno 2000 Cass. n. 8153.

¹⁵⁸ Sul punto vedi in particolare G. DI GIANDOMENICO, *Gli aspetti contrattuali del software*, edizione provvisoria, 1989, pp. 84.

¹⁵⁹ Con riferimento specifico al sistema del nostro codice civile, se si qualifica il contratto come compravendita assumeranno una particolare rilevanza le norme che si riferiscono alla garanzia per vizi, cioè gli artt. 1490 e 1494 cod. civ., ma soprattutto l'art. 1497 (mancanza delle qualità promesse o di quelle essenziali per cui la

Per la fornitura di *software* applicativi¹⁶⁰, si deve distinguere l'ipotesi in cui l'utente richiama la predisposizione di programmi appositi, che vengono specificamente preparati per soddisfare le sue esigenze, da quella in cui l'utente ricorra a *software* già confezionati e distribuiti sul mercato in maniera del tutto standardizzata. Ricorre nel primo caso il contratto «di sviluppo *software*», in cui indubbiamente prevalgono i caratteri di prestazione di «*facere*» (essenzialmente intellettuale) tipici dell'appalto di servizi e della prestazione d'opera. Nel secondo caso si ha, invece, il contratto «di licenza di *software*», dove vengono maggiormente in evidenza i profili relativi al trasferimento e alla concessione in godimento di beni determinati e preconstituiti, che fanno rientrare il negozio nella disciplina della locazione, qualora oggetto del contratto sia il solo trasferimento del diritto di godimento del software, con l'obbligo di restituzione dello stesso al termine del contratto, e il contratto «di licenza d'uso di *software*» se si concede anche il diritto di sfruttamento economico del bene¹⁶¹.

Nel contratto «di sviluppo *software*»¹⁶² è determinante, al fine di individuare il regime giuridico applicabile, la qualifica che riveste il soggetto incaricato: infatti, nel caso in cui a sviluppare il prodotto sia un imprenditore (come avviene per le software-house) la disciplina è

cosa venduta è destinata) e l'art. 1512 (garanzia di buon funzionamento). Qualificando, invece, il contratto come appalto di servizi, si applicherà la differente disciplina configurata dagli artt. 1667 e 1668 cod. civ. (garanzia per difformità e vizi dell'opera), il cui contenuto è sensibilmente diverso da quello relativo alla compravendita (per es. con riferimento ai termini per la denuncia dei vizi e per la proposizione dell'azione). Si applicheranno poi gli artt. 1578 e seguenti cod. civ., se si qualifica il negozio come locazione (v. ROSSELLO, *op. cit.*, pp. 102-105).

¹⁶⁰ Non si considera il *software* di base, reputato una componente dell'*hardware*.

¹⁶¹ Con riferimento alle facoltà dell'utente, bisogna distinguere fra i due diversi tipi di contratto di fornitura *software*. Per quanto riguarda il contratto di sviluppo *software*, è previsto che il programma appositamente predisposto divenga di proprietà dell'utente, anche se poi l'impresa produttrice si riserva il diritto di riprodurlo ed usarlo a sua volta: entrambe le parti possono quindi svolgere tali attività, salvo l'obbligo di pagare una «royalty» sugli introiti alla controparte. Per quanto riguarda il contratto di licenza d'uso *software*, il diritto concesso all'utente non è esclusivo e non è trasferibile da quest'ultimo: egli è inoltre vincolato dalle clausole contrattuali a mantenere il segreto circa il contenuto del programma, a non estrarne copie né a riprodurlo in alcun modo, neppure per uso personale senza il preventivo assenso del licenziatario, a non cederlo né a darlo comunque in uso a terzi, neppure a titolo gratuito (così R. LANZILLO, *op. cit.*, pp. 52-53).

¹⁶² Si veda in proposito P. SAMMARCO, «Appalto di *software* e trasferimento dei diritti», in *Giustizia civile*, 1998, 3, 2, pp. 97-106.

riconducibile all'appalto¹⁶³, con una conseguente obbligazione di risultato del fornitore, verso il quale il committente potrà vantare le garanzie a lui riconosciute dagli articoli 1667-1668 cod. civ.. Qualora, invece, lo sviluppatore sia qualificabile come professionista, la fattispecie contrattuale cui riferirsi sarà quella della prestazione d'opera intellettuale, in cui il fornitore non è più obbligato al conseguimento di un determinato risultato, bensì ad adottare qualsiasi mezzo che possa risultare il più idoneo a realizzare quanto il committente abbia richiesto. In quest'ultimo caso la responsabilità del fornitore dell'opera sarà regolata dall'articolo 2236 del cod. civ., che individua nel dolo e nella colpa grave la fonte di responsabilità del prestatore d'opera al fine del risarcimento dell'eventuale danno causato dal software.

Il contratto «di licenza d'uso di *software*», di gran lunga più diffuso del contratto «di licenza di *software*», realizza il duplice fine di assicurare il godimento del software al licenziatario, che diventa proprietario del solo supporto hardware in cui sia eventualmente registrato il programma, e di riconoscere in capo all'autore tutti i diritti di utilizzo del bene, dallo sfruttamento patrimoniale al diritto di riproduzione. Perché l'acquirente possa godere del bene avuto in licenza occorre in primo luogo che le modalità di utilizzo siano chiaramente spiegate nell'accordo mediante una descrizione accurata delle possibili applicazioni del programma, nonché delle limitazioni d'uso che l'autore voglia eventualmente imporre all'utente. Tali clausole, per essere considerate valide, devono essere conoscibili dal licenziatario anteriormente alla conclusione del contratto secondo le regole generali. I limiti che più frequentemente vengono imposti dall'autore, nell'esercizio delle facoltà a lui riconosciute dalla legge 633 del 22 aprile 1941¹⁶⁴, sono quelli di utilizzo di un software oggetto di un'unica licenza su più macchine: l'autore del software in questi casi impedisce che, con l'acquisto di un'unica licenza, l'applicativo sia installato su più sistemi hardware-software contemporaneamente. Le software-house più grandi hanno, a tal proposito, previsto la concessione di *licenze multiple* del medesimo prodotto per un numero determinato di sistemi, dietro il pagamento di un corrispettivo forfettario.

Altro elemento che in genere si riscontra nell'analisi di tale spe-

¹⁶³ Si veda a tale proposito Cassazione del 6 aprile 1987 consultabile in *Il foro padano*, anno 1987, p. 386.

¹⁶⁴ Si veda ancora Cassazione del 20 novembre 1987 consultabile in *Giustizia civile*, anno 1988, p. 782.

cie di negozi riguarda il c.d. *collaudo*, cioè una procedura automatizzata che consenta di rilevare ed eliminare i difetti contenuti nel programma, nonché di verificarne la reale corrispondenza alle proprie esigenze. Se nei contratti di sviluppo software il collaudo è da considerarsi parte integrante dell'obbligazione del fornitore, caratterizzandosi questa per la personalizzazione del bene, nel contratto di licenza d'uso viene spesso realizzato rendendo disponibile all'utente una «demo» del programma tesa all'illustrazione delle possibili applicazioni del prodotto.

Natura atipica è stata poi riconosciuta dalla Cassazione¹⁶⁵ al contratto di *leasing* avente ad oggetto il software, in quanto, in tale ipotesi, causa del contratto è il finanziamento: risulta quindi peculiare il persistere, nel caso in cui il software divenga obsoleto o, comunque, inutilizzabile, dell'obbligazione del conduttore che, quindi, continuerà a corrispondere il quantum dedotto in contratto, nonostante magari cessi addirittura di usare il programma oggetto della fornitura. Per questo motivo l'indicata fattispecie è in genere di rara applicazione.

In ultimo merita un breve cenno un'altra tipologia di contratti aventi ad oggetto il software, i *contratti di manutenzione*. Questi sono spesso parte integrante del contratto di cessione in godimento o di sviluppo del programma, e non hanno in tal caso natura autonoma rispetto a questi ultimi contratti: in tale fattispecie il servizio di manutenzione sarà unificato alla fornitura di beni e servizi, oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto, in base all'articolo 1559 del cod. civ.. Qualora, invece, la manutenzione sia oggetto di un contratto diverso ed autonomo, si dovrà applicare la normativa dettata per il contratto di appalto di servizi dall'articolo 1665 del cod. civ.

150. *Le problematiche relative alle clausole vessatorie.* – La predisposizione di appositi formulari per regolare le varie espressioni di autonomia privata nell'utilizzazione dell'elaboratore elettronico ha ispirato notevoli dibattiti nella dottrina italiana, a causa dei vari problemi giuridici da essi sollevati: nei contratti informatici, infatti, è proprio l'equilibrio sinallagmatico ad essere modificato completamente, a fronte delle più volte ricordate peculiarità del loro oggetto, tanto da provocare un vero e proprio problema di controllo sui contenuti

¹⁶⁵ In tal senso Cassazione, sentenza del 28 ottobre 1983 n. 6390 e sentenza n. 3023 del 6 maggio 1986.

del contratto, oltre alla più volte ricordata difficoltà relativa all'individuazione della disciplina applicabile¹⁶⁶.

Caratteristica comune di tutti i formulari è la loro predisposizione fatta dalla parte più forte del rapporto contrattuale, il fornitore¹⁶⁷, e si può constatare che rispetto a questi contratti si presenta costantemente la nota problematica disciplinata dagli artt. 1341 e 1342 cod. civ.. Le condizioni generali saranno quindi efficaci, in linea di massima, sulla base della mera conoscibilità mediante l'ordinaria diligenza indipendentemente da una espressa accettazione (art. 1341, I comma, cod. civ.). L'aspetto significativo in questo caso è rappresentato dall'ampio numero delle clausole vessatorie (art. 1341, II comma, cod. civ.), che non di rado sono la maggioranza: questo perché in tale fattispecie la principale preoccupazione del fornitore/produttore è quella di individuare e circoscrivere l'ambito di responsabilità, di fissare in ambiti precisi e rigorosi i termini per la denuncia dei vizi, di ricondurre a certi fatti e circostanze l'esclusione di ogni forma di responsabilità, oltre a richiedere l'inserimento delle clausole consuete in tema di competenza territoriale, di deroga alla giurisdizione ordinaria e simili. Nel contesto legislativo precedente all'intervento comunitario avvenuto con la Direttiva 1993/13/CE, recepita nel nostro Paese con la l. 6 dicembre 1996 n. 52, in mancanza di controlli amministrativi e di limiti all'efficacia dei formulari tipo, la frequenza delle clausole vessatorie non aveva però molto rilievo nell'ambito dell'individuazione dell'equilibrio contrattuale delle parti. Questo perché, sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale, il requisito della approvazione specifica ex art. 1341, II comma, cod. civ., si riduceva semplicemente alla duplice sottoscrizione del testo contrattuale¹⁶⁸.

¹⁶⁶ In tal senso P. DI SALVATORE, *I contratti informatici*, Simone Ed., Napoli 2000, p. 29.

¹⁶⁷ In realtà nel caso in cui l'accordo venga stipulato con la Pubblica Amministrazione, è quest'ultima, e non il fornitore, a rappresentare la parte dotata di maggiore forza contrattuale.

¹⁶⁸ Secondo la giurisprudenza, infatti, la specifica approvazione delle clausole vessatorie vuole garantire che l'aderente sia stato posto in grado di conoscere dette clausole, e che quindi su di esse sia stata richiamata la sua attenzione: «Il legislatore ha richiesto la specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose da parte dell'accettante, in modo che risulti certo che quest'ultimo abbia preso effettiva conoscenza delle clausole stesse e che quindi l'accettazione di esse sia stata cosciente e volontaria» (Cassazione 12 settembre 1970, n. 1412, in *Foro italiano*, 1970, I, 2391). E in tale prospettiva si pone anche la dottrina prevalente (così tra gli altri A. GENO-

Causa tale insufficienza della passata disciplina, la tutela del contraente più debole si riduceva in passato ad essere affidata ad un semplice criterio interpretativo, offerto dall'art. 1370 cod. civ. (secondo il quale le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto, o in moduli o formulari, si interpretano, nel dubbio, a favore della parte che non le ha predisposte)¹⁶⁹; ed il sistema, proprio con riferimento alla fattispecie dei contratti ad oggetto informatico, in cui la parte più debole veniva anche danneggiata dalla mancanza di cultura della nuova tecnologia, mostrava tutti i suoi limiti.

Da qui l'innovazione portata dal legislatore comunitario, che con la nuova disciplina introdotta direttiva 93/13/CEE, e recepita nel nostro ordinamento grazie alla citata legge 52/1996: con l'inserimento di cinque articoli (da 1469 *bis* a 1469 *sexies*) nel codice civile, in esecuzione dell'art. 25 della legge n. 52, ha previsto, in materia di contratti tra professionista e consumatore, numerose altre ipotesi di clausole abusive, considerandole direttamente inefficaci¹⁷⁰, fermo restando pienamente valido il resto del contratto (sempre che questo possa chiaramente produrre i suoi effetti anche senza le indicate clausole). Il principio di conservazione, a cui si è ispirato il legislatore comunitario, rileva poi anche riferimento al diritto di recesso, che viene collegato in tale fattispecie ad una scarsa informazione fornita al consumatore: sulla stessa linea anche i rimedi della sostituzione della prestazione in luogo della risoluzione del contratto, o l'adattamento del negozio al posto dell'annullamento dello stesso¹⁷¹.

151. *La qualificazione giuridica dei contratti informatici: le fattispecie del contratto misto e del collegamento negoziale.* - Altra ca-

VESE, *Condizioni generali di contratto*, in *Enciclopedia del Diritto*, e C.M. BIANCA, *Diritto Civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano 1987, p. 359).

¹⁶⁹ Così G. SBISA, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers*, in *I contratti di utilizzazione del computer*, cit., pp. 26-27.

¹⁷⁰ Sul punto si veda G. ALPA, *I contratti dei consumatori. L'iter normativo degli artt. 1469 bis-sexies del codice civile*, SEAM Ed., Roma 1997, pp. 7-152; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Il foro italiano*, 1996, pp. 145-176; G. ALPA, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, pp. 1065-1077; L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469 bis comma 1 cod. civ. - Clausole vessatorie nel contratto fra professionista e consumatore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, pp. 792-803; M. NUZZO, *Inefficacia. Art. 1469 quinquies commi 1 e 3 cod. civ.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, pp. 1211-1223.

¹⁷¹ In tal senso ancora P. DI SALVATORE, *op. cit.*, p. 33.

ratteristica degli schemi negoziali in esame è rappresentata dal fatto che nella maggioranza essi prevedono come oggetto del contratto una pluralità di prestazioni fra loro eterogenee. Ne costituiscono esempi: la compravendita dell'*hardware* che, oltre al trasferimento della proprietà, implica talvolta anche l'installazione o l'addestramento del personale; e, con riferimento al *software*, il caso in cui si prevede in alcuni contratti l'aggiornamento e la modificazione dei programmi, con riferimento sia ad aspetti tecnici interni, che a variabili esterne, nonché il loro eventuale sviluppo.

Quando queste prestazioni di varia natura vengono disciplinate in un unico contratto, si presenta la problematica tipica dei *contratti misti o complessi*¹⁷². È dibattuta in dottrina la scelta della disciplina giuridica da applicare a questo tipo di contratti. È notorio che ci si muove nell'ambito di due teorie: quella dell'assorbimento, secondo la quale si deve assegnare al rapporto la disciplina complessiva corrispondente alla prestazione prevalente sotto il profilo economico o qualitativo; quella della combinazione, secondo la quale si deve aver riguardo alla natura della singola prestazione rispetto alla quale è sorto il contrasto, o scomponendo il contenuto globale dell'accordo in tante discipline specifiche quante sono le diverse utilità che ne formano il contenuto¹⁷³. Anche rispetto al tema qui trattato, la scelta della disciplina da applicarsi va fatta nell'ambito di queste due teorie¹⁷⁴.

¹⁷² Secondo l'orientamento più accreditato il *contratto misto* deriva dalla unificazione di clausole che costituiscono frammenti di più contratti tipici, mentre si ha un *contratto complesso* quando distinti schemi negoziali, considerati nella loro globalità, vengono fusi in un unico contratto, realizzato dalla commistione degli elementi causali dei contratti che concorrono alla formazione del rapporto unitario in dipendenza di un unico nesso funzionale.

¹⁷³ Si veda a tale proposito G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli 1983, p. 58 ss., il quale espone esaurientemente tali due teorie, oltre a quella detta dell'applicazione analogica, secondo la quale ai contratti misti occorrerebbe applicare le norme sugli istituti affini (v. anche M.R. SPALLAROSSA, *In tema di contratto misto*, in *Foro It.*, 1972, I, 2309).

¹⁷⁴ Secondo una tesi (G. SBISÀ, *op. cit.*, pp. 29-30), «...la soluzione dei conflitti, nascenti dallo svolgimento di rapporti che consistono nell'attuazione di più operazioni, non dipende tanto dall'individuazione dello schema applicabile in base ad una valutazione di sintesi, quanto piuttosto dall'identificazione della singola prestazione rispetto alla quale è sorto il contrasto. La disciplina complessiva, perciò, non sarà quella di un unico schema tipico, corrispondente alla prestazione prevalente, quantitativamente o economicamente, bensì la somma di tante discipline specifiche quante sono le diverse utilità che formano il contenuto globale dell'accordo. (...) Ciò non significa, ovviamente, che non si debba tenere conto dell'unitarietà dell'operazione

Conseguenza diretta della intrinseca complementarità dei vari beni componenti il sistema EDP è la nascita, anche in questa materia, di una discussione dottrinale sulla figura del collegamento giuridico, il quale presuppone una pluralità di negozi e di cause distinte (e in ciò si differenzia dal contratto misto o complesso), per quanto teleologicamente connesse.

Ci si è chiesti se fosse opportuno considerare i contratti relativi alle diverse prestazioni (ad es. di vendita dell'*hardware*, di licenza d'uso *software*, di manutenzione od assistenza) tra loro distinti ed autonomi, come si presentano nelle operazioni economiche e nei moduli proposti dall'impresa all'utente; oppure se, data l'esistenza di un collegamento di carattere tecnico fra loro, e un'identità spesso completa di soggetti, fosse meglio ritenerli collegati anche giuridicamente¹⁷⁵.

A prescindere dalle varie clausole che negli schemi negoziali prevedono espressamente un collegamento di tale genere, il nesso tra i vari contratti può rinvenirsi utilizzando il criterio interpretativo della buona fede in senso oggettivo, in relazione cioè al significato che i negozi assumono nell'ambiente sociale in cui si trovano ad operare. Esso si desume dall'unitarietà della funzione perseguita, ossia si rinviene quando i vari rapporti negoziali posti in essere tendono a realizzare un fine pratico unitario.

La conseguenza che discende dal collegamento dei vari contratti è rappresentata da una loro influenza reciproca, ma con un limite: le vicende di un negozio invalido si estendono ad un altro negozio collegato e valido solo in quanto quest'ultimo sia divenuto inutile, dal momento che non è più qualificato dalla destinazione al risultato unitario¹⁷⁶.

...» (nello stesso senso G. MIRABELLI, *I contratti di informatica: modelli, tipicità, collegamento*, in AA.Vv., *I contratti di informatica*, cit., pp. 3 ss.). Un'altra tesi (G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in AA.Vv., *I contratti di informatica*, cit., p. 26) critica tale teoria, affermando che «... per individuare la disciplina applicabile ad un contratto è necessario procedere ad una qualificazione preliminare del contratto in esame (...) sarà possibile - quindi - procedere all'individuazione della disciplina, ed anche al richiamo contemporaneo - *pro parte* - di più discipline tipiche: ma sempre alla luce dell'originaria qualificazione unitaria».

¹⁷⁵ Le esigenze di libertà del mercato sono soddisfatte dal principio della pluralità dei contratti, ma l'esigenza di tutela dell'utente vengono soddisfatte dal principio del collegamento (così F. GALGANO, *La cultura giuridica italiana di fronte ai problemi informatici - considerazioni di sintesi*, in *I contratti di informatica*, cit., p. 386).

¹⁷⁶ Sul punto v. AA.Vv., *Condizioni generali dei contratti di utilizzazione del computer*, in *Dir. Inf. Inf.*, 1986, p. 269.

Su tale argomento, nella sua specifica applicazione nella materia in esame nel presente capitolo, è intervenuta anche la giurisprudenza, con diverse pronunce. In particolare, il Tribunale di Torino il 13 marzo 1993, nel giudicare relativamente ad una richiesta di risoluzione di un contratto avente ad oggetto la fornitura di un sistema informatico munito di specifici *software* sviluppati appositamente per il cliente, affermava: innanzitutto l'irrilevanza del modo in cui le parti avevano definito nel testo dell'accordo quel precipuo negozio; la qualificazione dello stesso quale «contratto atipico unitario (contratto misto) di fornitura di un sistema informatico»; l'inquadramento dell'obbligazione oggetto della prestazione del fornitore del sistema quale «obbligazione di risultato», che porterebbe quindi alla risoluzione del contratto nel caso in cui tale risultato non riuscisse ad essere acquisito¹⁷⁷. Qualche anno dopo è il Tribunale di Massa Carrara ad affermare che «il contratto concluso da una impresa fornitrice di software non è da qualificarsi come tipica vendita, bensì come negozio atipico, misto, di vendita con contestuale obbligo di prestazione di servizi (saltuari o continuativi), idonei a consentire, come nella fattispecie, l'ottimizzazione della gestione di un ramo aziendale»¹⁷⁸. Sull'argomento si è poi pronunciata anche la Suprema Corte, che ha affermato che «la fornitura di un completo sistema computerizzato, comprensivo di software e hardware, con garanzia, per un determinato tempo, di compatibilità e funzionalità, può configurare un contratto atipico e complesso, a causa mista, costituito dal concorso del contratto di vendita (del sistema) e di appalto (prestazione di assistenza tecnica necessaria alla garanzia, obbligo di risultato) disciplinato dalle norme sulla vendita perché contratto prevalente, sì che è ammissibile, senza necessità di assegnazione di un termine per adempiere, in caso di cattivo funzionamento del sistema, la domanda dell'acquirente di risoluzione per inadempimento all'obbligo contrattuale di garanzia della res vendita, mentre spetta al fornitore provare che esso dipende da fatti imputabili all'utilizzatore, idonei a giustificare il ritardo di detto adempimento, in rapporto alla durata della garanzia»¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Tribunale di Torino, 13 marzo 1993, in *Dir. Inf. Inf.*, 1995, II, p. 382, con nota di E. Tosi, *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*.

¹⁷⁸ Tribunale di Massa Carrara, 26 marzo 1996, in *Archivio Civile*, anno 1996, pp. 1296 e ss.

¹⁷⁹ Cassazione, sez. II Civile, 22 marzo 1999 n. 2661, in *I Contratti*, 1999, fasc.

152. *La disciplina legislativa applicabile. La validità della categoria dei contratti informatici.* – Uno dei temi che è risultato essere dei meno problematici è quello che si riferisce alle normative applicabili a questo genere di contratti: in particolare, all'opportunità di regolare con nuove leggi la materia, oppure di ritenere sufficiente l'applicazione della disciplina tipica prevista nel codice.

È oramai pacifica in dottrina l'opinione secondo la quale non occorre in questa materia un intervento legislativo, essendo sufficiente un'adeguata applicazione dei principi vigenti per la disciplina di questi nuovi fenomeni¹⁸⁰.

Recentemente si è poi discusso circa l'opportunità di attribuire alla categoria dei contratti di informatica una autonomia concettuale e sistematica rispetto a contratti di altro genere, o aventi diverso «oggetto».

Ricorrendo la maggior parte di questi negozi che riguardano beni informatici a tecniche giuridiche tradizionali, molti sono gli autori che negano validità a tale autonomia, e che ritengono erroneo l'impiego della nuova terminologia. A tali opinioni si può aggiungere la considerazione che l'espressione «contratti di informatica» si presenta insufficientemente definita nella sua estensione, essendo infatti estremamente opinabile quali contratti essa comprenda: considerata la concreta illimitatezza delle applicazioni dell'informatica ai più svariati beni di natura ordinaria (orologi, impianti telefonici, televisori,...), senza contare le infinite utilizzazioni industriali, si avrà in ogni caso un «contratto informatico»?

Si potrebbero considerare sufficienti tali rilievi per frustrare l'ipotesi di una categoria «speciale» di contratti, con regole proprie ed originali, giacché l'incertezza dell'ambito di applicazione sembra determinare maggiore confusione che migliore comprensione e disciplina della materia.

Nonostante ciò, bisogna dire che, se da un lato vi sono molte buone ragioni per evitare classificazioni vaghe ed infeconde, da un altro ciò non osta a che in talune forme contrattuali si ricerchino elementi di specificità e paradigmaticità per meglio comprendere la realtà che si intende analizzare e per meglio cogliere alcune tendenze in atto nelle prassi contrattuali.

11, con nota di M. MAGGI, *Il contratto di fornitura di un sistema informatico come contratto unitario*, pp. 995-998.

¹⁸⁰ Così G. MIRABELLI, *op. cit.*, e F. GALGANO, *op. cit.*, p. 374.

Ma, in questo come in altri casi, in fatto di linguaggio, anche giuridico, l'imporsi dell'uso è prevalso sulle sottigliezze accademiche. Così oggi comunemente viene utilizzato il termine contratto di informatica, come particolare aspetto di un più generale diritto dell'informatica. E, come si è detto, nell'ambito di questa categoria di negozi che vede in qualche modo l'interferenza delle nuove tecnologie, in particolare relativamente al suo oggetto, rivestono una particolare importanza quei contratti aventi ad oggetto Internet ed i suoi servizi: questo sia per l'ampia diffusione di questa nuova forma di informazione e comunicazione, sia per le peculiarità che le sono proprie. Per questi motivi si procederà ora ad un'attenta analisi di tali negozi, occasione per verificare in pratica come le indicate problematiche si sviluppino e risolvono.

153. *I contratti aventi ad oggetto Internet ed i suoi servizi.* – Per meglio comprendere la categoria di negozi che si procederà ora ad esaminare, occorre premettere un breve cenno relativamente ai servizi di internet ed ai soggetti che li rendono possibili o che ne usufruiscono.

Occorre, dunque, inizialmente distinguere tra Internet come rete di telecomunicazione, di telematica, quindi come «connessione», di cui si è già parlato, dai servizi che sono resi possibili da tale rete: applicazioni informatiche per svolgere diverse funzioni, comunque in genere riferibili alla trasmissione di informazioni (termine da intendere in senso ampio), e rese possibili grazie all'integrazione tra i servizi di telecomunicazione (la connessione) e i servizi informatici (l'elaborazione), che ha avuto come conseguenza la realizzazione di una forte interazione tra chi offre e chi utilizza i contenuti posti in linea¹⁸¹. Tra le applicazioni offerte dal nuovo *media* è possibile poi effettuare un'ulteriore distinzione tra servizi informativi e servizi telematici veri e propri, siano essi originali e peculiari di Internet, oppure comuni ad altre realtà. Tra i primi possono essere fatti rientrare quelli che vengono usufruiti attraverso il *world wide web* (anche se

¹⁸¹ «La diffusa disponibilità di collegamenti elettronici bidirezionali avrà un impatto rivoluzionario su ogni aspetto della nostra vita. La Rete sottrarrà potere ai governi centrali, ai *mass media* ed alle grandi industrie. (...) È quasi impossibile che i governi centrali riescano a regolamentarla, ma ha un grande bisogno di essere controllata dall'interno (...)»: così E. DYSON, *Release 2.0. Come vivere nell'era digitale*, Mondadori, Milano 1997, p. 8.

oggi sul *web* si svolgono sempre più numerosi anche gli altri servizi telematici)¹⁸², quelli attraverso le *mailing list*¹⁸³ o i *newsgroup*¹⁸⁴, ed anche, almeno in parte (presentando diversi elementi di commistione con i secondi), le *chat*¹⁸⁵. Tra i servizi telematici si ritiene rientrino,

¹⁸² Il *World Wide Web* («WWW», ovvero semplicemente *Web*), la cd «ragnatela ipermediale», nuovo rivoluzionario mezzo di informazione e di conoscenza, integra tecnologie multimediali per consentire una comunicazione aperta su Internet: tra i servizi della Rete, insieme alla posta elettronica, è quello che maggiormente può essere considerato la causa della diffusione repentina ed esponenziale del fenomeno. Esso costituisce un vero e proprio organo di informazione, rappresenta infatti la sede in cui è possibile visionare, ascoltare, comunicare apertamente sulla Rete delle reti, attraverso pagine di testo, illustrazioni, clip sonori. Tali pagine, che costituiscono il cd «sito», possono essere pubblicate da chiunque abbia accesso ad uno spazio di memoria su un computer «ospite» collegato alla Rete (in genere quello dello stesso *provider*, cioè colui che fornisce a livello tecnico l'accesso al mondo di Internet e che allo stesso tempo concede l'uso, gratuitamente o a pagamento, di tale spazio di memoria), il cosiddetto «*Web server*», che utilizza l'opportuno software. I contenuti dei siti possono essere i più diversi, ludici o professionali, informativi o di servizio, leciti o meno. In genere comunque tali contenuti vedono connessioni con beni giuridici informatici: dal software che può essere distribuito proprio attraverso il *web* (a tale proposito, a parte i servizi di questo tipo offerti dai vari *provider*, volendo riportare un esempio significativo, può essere fatto riferimento al sito <http://www.tucows.com>), ai file musicali (si pensi alla musica in formato MP3, resa famosa dalla vicenda *Napster*), a quelli multimediali, alle pagine *html* (quelle dei vari siti *web*, intese quali opere complesse contenenti diverse realtà, quali fotografie, animazioni, *link* ipertestuali, ..., tutelabili autonomamente o nel loro insieme). Colui che gestisce il sito, graficamente e/o a livello contenutistico, è il cd «*webmaster*».

¹⁸³ Le *mailing list* sono delle «rubriche» dedicate, alle quali un soggetto si iscrive per essere informato circa un determinato argomento: le informazioni relative a tale argomento vengono reperite grazie agli altri iscritti alla lista che, magari attraverso la posta elettronica, e grazie ad un coordinamento centralizzato che provvede a smistare le varie comunicazioni tra i partecipanti, svolgono un ruolo interattivo, e non più solamente passivo (come nel *media* tradizionale), rispetto al servizio.

¹⁸⁴ Il servizio di *newsgroup* è molto simile a quello delle *mailing list*.

¹⁸⁵ È forse il servizio di Internet diventato più famoso nella fantasia popolare grazie alle sue applicazioni erotiche: uno spazio di memoria del computer di chi fornisce il servizio (anche in questo caso il *provider*) viene messo questa volta a disposizione per registrare, e quindi leggere, in tempo reale, i messaggi di varie persone dislocate in posti geografici diversi, che «chiacchierano» sui più differenti temi (è una specie di «bacheca elettronica» pubblica).

¹⁸⁶ Grazie a specifici *software*, ed alle autorità che coordinano Internet nel mondo (assegnando gli indirizzi dei vari utenti senza possibilità di cronoe duplicazioni: sulle autorità di Internet v. lo scritto di D. SARTI, *I soggetti di Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo «*Internet: profili giuridici*», pubblicato in AIDA, V, 1996, Giuffrè, Milano, pp. 5-37), si è sviluppato un servizio di messaggistica elettronica (cioè di posta formata, recapitata e letta attra-

invece, la posta elettronica¹⁸⁶, il trasferimento dei *file*¹⁸⁷, il collegamento a computer remoti¹⁸⁸ e tutti i servizi loro connessi (si pensi ai contatori degli accessi per le pagine *web*, che permettono di rilevare il numero di persone che consulta un determinato sito).

Tali servizi, informativi o telematici, possono ancora essere distinti a seconda che la comunicazione avvenga in maniera ristretta o ampia: nel primo caso è possibile effettuare una scelta relativamente al destinatario del messaggio; nel secondo caso, invece, la comunicazione è destinata ad un pubblico indifferenziato e non selezionato o selezionabile. Esempio del primo tipo di servizio è chiaramente la posta elettronica, mentre si ha una comunicazione «ampia» certamente nel caso del *world wide web*.

Indicati, seppure a livello esemplificativo e in maniera schematica, i servizi resi possibili da Internet, di qualsiasi natura essi siano, commerciali o meno, vedono alla loro base la presenza di una serie di soggetti che svolgono funzioni di natura e finalità diversa, ma che in questa sede possono essere descritti come segue.

154. *I soggetti di Internet e i rapporti tra di essi.* – I soggetti fondamentali del rapporto contrattuale che regola l'accesso alla rete Internet sono essenzialmente tre, uno dei quali in realtà comprende due diverse tipologie di operatore. Ad essi poi se ne possono aggiungere numerosi altri, comunque eventuali e facenti capo alle diverse strutture organizzative dell'operatore che accede alla Rete: se ne può poi prendere in considerazione un altro, *sui generis*.

Da una parte abbiamo, quindi, il *vettore delle informazioni*, sog-

verso un computer) a diffusione globale: servizio che sempre più sta diventando uno standard di comunicazione che mina l'esistenza stessa della tradizionale «*snail mail*» (la lenta posta cartacea), e che ben si adatta alle modalità pratiche di commercio elettronico, come si vedrà oltre.

¹⁸⁷ È il servizio *FTP* (*File Transfer Protocol*), uno standard che consente di trasferire *file* eterogenei da un computer all'altro: oggi nuovo mezzo per diffondere prodotti di consumo di natura immateriale (come nel caso del commercio elettronico ed diretto, su cui si veda G. CIACCI, *I contratti del commercio elettronico*, intervento alla conferenza *I contratti elettronici negoziati a distanza*, Milano, 5 novembre 1997), evitando tempi e costi dei conosciuti sistemi distributivi.

¹⁸⁸ Il servizio *Telnet* consente di collegarsi grazie ad Internet ad un computer remoto, entrare nel suo sistema, utilizzarne le potenzialità: si immagini l'archivio contenuto nel sistema informatico di una determinata biblioteca, consultabile attraverso il proprio computer anche a distanza, lavorando direttamente sull'elaboratore che lo ospita.

getto che opera come titolare e gestore della rete di trasmissione dei dati che, in tale specifico caso, a fronte del processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni, risulta essere non più solo l'ex concessionario, la Telecom, ma una qualsiasi delle società che svolgono tale attività economica¹⁸⁹.

Al gestore della linea di telecomunicazione si collega il secondo soggetto, che svolge comunque un ruolo essenziale per l'utilizzo della Rete. Infatti il fornitore dell'accesso, il c.d. *provider*, mediante la propria organizzazione ed il proprio *hardware*, consente all'utente di trasmettere le sue richieste e informazioni su Internet, evitando che sia quest'ultimo a dover sostenere i costi per rendere il proprio sistema in grado di uniformarsi agli standard comunicativi della Rete. I *provider* possono poi essere distinti a seconda che forniscano un accesso diretto ad Internet (e potrebbero quindi essere chiamati di I livello), oppure, a loro volta, siano collegati ad un altro *provider* (in questo caso sarebbero di II livello). Altra distinzione è tra *Network Service provider* (N.S.P.) e *Internet Service Provider* (I.S.P.), a seconda della dimensione della struttura e degli investimenti effettuati da una parte, del *target* a cui si rivolge la loro offerta dall'altra: così i primi (circa 500 nel mondo) sono quelli di maggiori dimensioni ed importanza, che gestiscono le grandi linee nazionali o internazionali di telecomunicazioni, e offrono la connessione ai secondi, che invece raggiungono il pubblico degli utenti finali, privati o aziende.

Ad entrambi deve collegarsi poi il terzo soggetto, l'*utente*, che in realtà comprende due soggetti diversi, per attività e finalità di accesso alla rete: l'*utente-fornitore* di informazioni¹⁹⁰ e l'*utente-acquisitore* delle stesse. Essi stipulano autonomi contratti per poter usufruire del servizio con scopi diversi: il primo quelli di commercializzare e offrire al pubblico servizi consistenti nella prestazione di informazioni o nella possibilità accordata all'utente di compiere operazioni; il secondo essenzialmente quello di poter usufruire del servizio di cui

¹⁸⁹ Il settore delle telecomunicazioni è in costante evoluzione, strettamente collegato alle iniziative normative comunitarie (e conseguentemente a quelle nazionali), che via via stanno «normalizzando» le varie discipline dei singoli Paesi verso un generale regime di libera concorrenza, e quindi in continuo cambiamento. Al momento attuale i principali soggetti che operano in Italia, oltre alla Telecom, sono tra gli altri Albacom, Infostrada, Tele 2, Wind, Blu, etc...

¹⁹⁰ Talvolta è lo stesso *provider* che, per rendere maggiormente competitiva la propria offerta, fornisce anche i servizi informativi, i contenuti, creando una commistione di ruoli che complica non poco il compito dell'interprete.

di volta in volta ha bisogno, quale semplice utente, anche se non totalmente passivo, come è stato fino ad ora per i *media* tradizionali¹⁹¹. Talvolta, per alcuni tipi di applicazioni, può accadere che le due parti utenti stipulino un autonomo contratto fra loro, sul quale, come si vedrà, può influire poi quello concluso da entrambe con il *provider*: anzi, tale eventualità può essere considerata sempre più comune, ed alla base di numerose modalità del nuovo mercato elettronico.

Ai due tipi di utente può poi accostarsi tutta una serie di *altri soggetti* che forniscono un ausilio, a diversi livelli, alla loro «presenza» in rete: nel caso dell'utente fornitore sono ad esempio il produttore, l'autore, l'assemblatore del singolo servizio (si immagini la predisposizione di un sito *web* ricco di elementi grafici); nel caso dell'utente acquirente (si pensi ad uno studio professionale) tale ausiliario potrebbe essere un *broker* di informazione (cioè un soggetto incaricato di reperire l'informazione specifica nell'enorme quantità di dati che circolano sulla Rete).

Il soggetto *sui generis* di cui si è parlato è rappresentato dalle *Autorità di coordinamento di Internet*¹⁹². Soggetto *sui generis* perché, in realtà, ha struttura associativa ad adesione spontanea, con il compito di promuovere lo sviluppo ed il coordinamento nell'ambito della Rete: per evitare, ad esempio, il verificarsi di commistioni nell'assegnazione degli indirizzi di posta elettronica e per i siti *web*¹⁹³.

Individuati i soggetti che operano sulla rete Internet, occorre ora procedere nell'analisi dei rapporti che vengono a crearsi tra di essi¹⁹⁴.

¹⁹¹ Infatti anche l'utente acquirente, a fronte delle notevoli caratteristiche interattive di Internet, può contribuire con la propria attività ad un determinato servizio: ad es. partecipando ad una determinata *chat*, oppure iscrivendosi ad un *Newsgroup*, caricando in Rete i propri *file* e rendendoli disponibili a tutti gli altri utenti, etc. Attività che in concreto raddoppia le possibilità lesive dei beni giuridici informatici del nuovo *media*: saranno infatti entrambe le tipologie di utenti ad avere gli strumenti adatti per violare eventuali privative dei vari autori.

¹⁹² Attualmente tali organismi internazionali sono quattro. La struttura che si trova, per così dire, al vertice è la Internet Society (ISOC) la quale si occupa degli indirizzi generali, sovrintendendo il lavoro degli altri organismi. Le altre società sono l'Internet Architecture Board (IAB) che funge da consigliere tecnico, l'Internet Engineering Steering Group (IESG) e l'Internet Engineering Task Force (IETF). Così da F. CARLINI, *Internet, Pinocchio e il gendarme*, Manifesto Libri, Roma 1996, p. 83.

¹⁹³ E questo è forse l'unico obbligo a cui deve sottostare rigidamente chiunque voglia andare in Rete: il divieto di assegnare o richiedere lo stesso indirizzo che ha già un altro utente.

¹⁹⁴ Si specifica che non verranno presi in considerazione i rapporti, di natura

- *tra il gestore della rete di telecomunicazioni, il provider e gli utenti*

Così, l'ipotesi più semplice è il rapporto tra il gestore della linea di telecomunicazione, da una parte, e, dall'altra, il *provider* che permette l'accesso ad Internet e l'utente, sempre inteso in senso ampio (e quindi sia chi fornisce servizi ed informazioni, sia chi accede semplicemente alla Rete usufruendone): rapporti di natura contrattuale, che in genere corrispondono a quelli di utenza telefonica (o, meglio, telematica), e che comunque per nulla si differenziano dalle ipotesi estranee alla realtà telematica qui in esame.

- *tra il provider e gli utenti*

Anche il rapporto tra *provider* ed utente è di natura contrattuale, e si configura come un contratto di fornitura di *servizi* telematici, in genere inquadrato dalla dottrina nella tipologia «appalto di servizi»¹⁹⁵.

Occorre comunque procedere ad alcune specificazioni, a seconda del singolo servizio offerto attraverso *Internet* che viene preso in considerazione: ad esempio, contemplando il caso di un utente abbonato ad un *provider* per l'accesso ad Internet, ma che usufruisce occasionalmente dei servizi di un altro *provider* (si immagini la partecipazione ad una *chat*, oppure la spedizione di un messaggio di posta elettronica), o di un suo fornitore. In questa ipotesi nessun rapporto obbligatorio precostituito intercorre tra il secondo gestore dell'accesso alla Rete e l'utente, mentre si potrebbe creare un rapporto contrattuale con il fornitore di servizi ed informazioni ospitato da quest'ultimo *provider*.

Infatti il fornitore di servizi ed informazioni (ed ogni *provider* ne ospita numerosi) in genere, come già indicato in precedenza, svolge questa attività in maniera gratuita oppure a pagamento: ed annovera tra i suoi *utenti* sia chi usufruisce del servizio dello stesso *provider*, sia chi proviene da *provider* diversi. La sua struttura potrà avere diversi livelli di complessità, ma in genere si può sempre identificare un responsabile dell'intero sito, il c.d. *webmaster*, e diversi incaricati di specifici settori (le singole rubriche o i singoli servizi).

- *tra utente-fornitore e utente-acquisitore*

associativa, che si vengono a creare tra coloro che accedono ad Internet e le autorità di coordinamento del sistema della Rete. Su tale argomento v. D. SARTI, *I soggetti di Internet*, intervento al Convegno di Pavia del 4-5 ottobre 1996 dal titolo «Internet: profili giuridici», pubblicato in AIDA, V, 1996, Giuffrè, Milano, p. 5.

¹⁹⁵ Sul punto vedi comunque oltre nel testo.

È il caso del rapporto che viene ad instaurarsi tra l'utente che «naviga» nella Rete nei siti *web* di vario contenuto, e il *fornitore* di informazioni e servizi, che li predispone. In genere non si creano particolari rapporti obbligatori precostituiti tra i due soggetti, se non quella conseguenza del generico dovere del *neminem ledere* in capo a colui che pubblica pagine informative o fornisce servizi su un mezzo di comunicazione a grandissima diffusione, su area praticamente mondiale, come Internet. Ma potrebbe anche verificarsi l'ipotesi che i due soggetti si leghino con un apposito contratto, che l'utente-acquisitore si decida a stipulare per accedere al sito del fornitore, contenente informazioni ad alto valore aggiunto, tali da giustificare il pagamento di una somma per poterle ottenere.

- *tra gli utenti*

Infine rapporti possono crearsi anche tra l'utente-navigatore e gli altri utenti della stessa specie, nel momento in cui *questo* diventa anche soggetto attivo dei servizi o delle informazioni che vengono gestite in Rete: si immagini il partecipante ad un *newsgroup* che invia informazioni agli altri destinatari o iscritti. In tal caso i rapporti giuridici che si creeranno avranno sicuramente natura extracontrattuale, ma non è da escludere che tramite il «contatto telematico» possono poi nascere veri e propri rapporti negoziali.

Dall'esposizione precedentemente fatta risulta, quindi, che i diversi soggetti che operano sulla Rete sono frequentemente legati da rapporti giuridici, in genere di natura contrattuale. Rapporti giuridici che possono così essere classificati.

155. *Il contratto tra gestore della linea di telecomunicazioni, provider e utenti.* – I rapporti tra tali soggetti sono, come è stato verificato, di natura negoziale, ed in genere corrispondono ai normali contratti di utenza telefonica.

Nel caso del rapporto tra gestore e *provider*, ipotesi di maggior rilevanza e che si realizza in numero limitato, verrà stipulato più esattamente un particolare contratto di utenza telematica, di fornitura di servizi telematici, con prevalenza nella specie dell'aspetto trasmissivo. L'importanza dell'attività economica del fornitore di accesso ad Internet influisce sul contratto a livello formale e per alcuni contenuti. Si tratta, infatti, non di un accordo per adesione standardizzato, come nel caso del contratto di utenza telefonica (ipotesi quindi che intercorre tra gestore ed utenti), ma di un negozio frutto di una specifica trattativa, il cui oggetto consiste nella messa a disposizione di im-

pianti e linee ad alta qualità e capacità: che vede, quindi, la precisa individuazione di oneri e responsabilità delle parti, nella specie di quelle del gestore della linea di telecomunicazioni per l'aspetto trasmissivo, del *provider* per tutto ciò che è strettamente dipendente dalla sua attività soprattutto nei rapporti con i terzi¹⁹⁶.

Nel caso del rapporto tra gestore delle telecomunicazioni e utenti, si tratterà di un vero e proprio contratto di abbonamento telefonico: con riferimento a tale genere di negozi, non è pacifico né in dottrina né in giurisprudenza a quale tipologia contrattuale sia riconducibile.

In questo caso, come in quello del rapporto tra gestore e *provider*, sembra possibile orientarsi verso quattro soluzioni: quella della locazione dell'impianto (artt. 1571 ss. cod. civ.), quella della somministrazione (artt. 1559-1570 cod. civ.), quella dell'appalto di servizi (art. 1677 cod. civ.), ed, infine, quella del contratto misto.

La ragione di ciò va ricercata nel fatto che nel contratto di abbonamento telefonico, ma anche in quello relativo al servizio di trasmissione dati, concorrono due ordini di prestazioni: la messa a disposizione dell'impianto (che farebbe pensare ad una locazione), ed i servizi che l'ente concessionario presta continuamente all'abbonato mediante il suo personale (avvicinando il rapporto ad una somministrazione). Bisogna, quindi, vedere quale di essi debba essere considerato prevalente e, conseguentemente, optare per una delle due soluzioni.

Secondo una parte della dottrina, occorre però chiarire che, anche nell'eventualità di una prevalenza del secondo aspetto (prestazione dei servizi), non ci si troverebbe in presenza di una somministrazione, ma di un appalto di servizi, ex art. 1677 cod. civ.¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Si pensi all'ipotesi di interruzione del servizio, la cui conseguenza dovrà essere il risultato di una mediazione tra i diversi interessi implicati: da una parte quelli del *provider* a non trovarsi esposto alle conseguenze dei danni arrecati ai suoi utenti, che dovrebbero essere quindi sopportati dal gestore; dall'altra l'interesse di quest'ultimo a non dover subire continue richieste di risarcimento, a scapito della possibilità pratica di svolgere tale attività. A tale proposito si veda la situazione creata dalla sentenza della Corte costituzionale del 12 dicembre 1988, n. 1104 (annotata da V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici*, in *Dir. Inf. Inf.*, I, 1989, p. 184-191), sugli obblighi risarcitori del gestore del servizio telefonico in caso di interruzione dello stesso (vedi anche G. CIACCI, *I contratti per la fornitura dei servizi telematici*, in *Economia e diritto del terziario*, I, 1990, p. 109).

¹⁹⁷ Così G. COTTINO, *Del contratto estimatorio, della somministrazione*, in *Commentario del codice civile* Scialoja e Branca, artt. 1556-1570, p. 121.

La tesi della locazione dell'impianto è stata ritenuta la più fragile¹⁹⁸. Nel contratto di abbonamento telefonico il gestore del servizio svolge un ruolo attivo, positivo: il contenuto del suo obbligo, infatti, non è un mero *patis*, che si esaurisce nel permettere che l'utente si avvalga dei mezzi e dei collegamenti predisposti per effettuare le comunicazioni che crede, ma consiste in un vero e proprio obbligo positivo di fare, comprensivo di prestazioni di tipo diverso¹⁹⁹. Proprio per tale ragione non si riesce a spiegare e collocare in un contratto di locazione la complessa e costante attività della società di gestione che diviene uno strumento indispensabile per il soddisfacimento degli interessi dell'utente²⁰⁰.

Anche la tesi della somministrazione è stata oggetto di forti critiche²⁰¹. Molti autori ritengono, infatti, che nel caso dei contratti telefonici, pur presentandosi le caratteristiche della periodicità e della continuità delle prestazioni (tipiche di tale negozio, come risulta dall'art. 1559 cod. civ.), tuttavia manchi la coincidenza dell'oggetto del contratto con quello del tipo «somministrazione»: infatti le prestazioni nei contratti di abbonamento telefonico consistono in servizi, e non in beni materiali a cui l'art. 1559 cod. civ., fa invece specifico riferimento. Invero le «prestazioni periodiche e continuative di servizi» sono lasciate alla normativa relativa all'appalto, e nella specie di quello dei servizi (art. 1677 cod. civ.), che trae dalla somministrazione

¹⁹⁸ In questo senso vedi E. DI FAZIO, *Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico*, in *Temi Romana*, 1972, p. 605.

¹⁹⁹ Così A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Giuffrè, Milano 1978, p. 180.

²⁰⁰ È stato ulteriormente rilevato che tale teoria dovrebbe riguardare l'intero apparato telefonico (poiché l'apparecchio da solo non serve a nulla). Inoltre difficilmente sembra potersi ricondurre determinati comportamenti dell'impresa concedente agli obblighi e diritti che scaturiscono dal normale contratto di locazione. Ad esempio, si dovrebbe interpretare la ritenzione dell'apparato da parte dell'impresa al solo fine di «mantenere la cosa locata in stato da servire all'uso del convenuto» (art. 1575 n. 2); si dovrebbe giustificare l'ingerenza del locatore sull'apparato oltre i limiti del suo obbligo di riparare e garantire il pacifico godimento dell'impianto (art. 1575 n. 3); si dovrebbe, infine, spiegare i perfezionamenti degli impianti e la predisposizione dei servizi da parte dell'impresa come un benevolo interessamento del locatore ad un più efficiente godimento dell'impianto (sul punto vedi R. CORRADO, *La somministrazione*, Torino 1952, p. 11).

²⁰¹ Sembra opportuno ricordare che questa è la tesi accolta dalla Cassazione in molte decisioni giurisprudenziali: v. per tutte, Cass. 29-11-1978, n. 5613, in *Mass. Foro It.*, 1978, voce «Telefono», c. 1105.

solo la disciplina integrativa (purché non incompatibile con lo stesso appalto)²⁰².

Proprio in virtù di tale natura ibrida dei contratti di abbonamento telefonico, per individuare la disciplina applicabile è stata da alcuni anche avanzata l'ipotesi circa la possibilità della realizzazione del contratto misto o di quello complesso²⁰³, sulla base dell'esistenza nella fattispecie di elementi che presi singolarmente sono tipici dei contratti di locazione e di somministrazione o appalto di servizi (godimento dell'apparecchio per la prima ipotesi, continuità delle prestazioni, o dei beni, per la seconda ipotesi)²⁰⁴.

156. *Il contratto tra provider e utenti.* – Il secondo rapporto che deve essere considerato è quello tra il *provider* e l'utente (in questo caso è più corretto dire *gli utenti*, sia quello fornitore di informazioni e servizi, sia il mero fruitore degli stessi), sempre di natura contrattuale, ed avente ad oggetto la fornitura di servizi telematici: anche se poi nemmeno in questo caso è chiaro il tipo negoziale a cui ricondurre tale genere di rapporti, e di conseguenza la disciplina applicabile. Dall'analisi dei formulari più diffusi, infatti, non è agevole

²⁰² Più specificatamente occorre precisare che le obbligazioni che scaturiscono dai contratti di abbonamento telefonico sono obbligazioni di fare che hanno inizio con la predisposizione degli impianti, e proseguono con l'opera di controllo e assistenza tecnica che continuamente la società esercente è obbligata a fornire.

²⁰³ Secondo l'orientamento più accreditato, il *contratto misto* deriva dalla unificazione di clausole che costituiscono frammenti di più contratti tipici, mentre si ha un *contratto complesso* quando distinti schemi negoziali, considerati nella loro globalità, vengono fusi in un unico contratto, realizzato dalla commistione degli elementi causali degli accordi che concorrono alla formazione del rapporto unitario in dipendenza di un unico nesso funzionale. È dibattuta in dottrina la scelta della disciplina giuridica da applicare a questo tipo di contratti. È noto che ci si muove nell'ambito di due teorie: quella dell'*assorbimento*, secondo la quale si deve assegnare al rapporto la disciplina complessiva corrispondente alla prestazione prevalente sotto il profilo economico o qualitativo; quella della *combinazione*, che tiene in considerazione la natura della singola prestazione rispetto alla quale è sorto il contratto, scomponendo il contenuto globale dell'accordo in tante discipline specifiche quante sono le diverse utilità che ne formano il contenuto: vedi a tale proposito, G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli 1983, p. 58 ss., il quale espone esaurientemente tali due teorie, oltre a quella detta dell'*applicazione analogica*, secondo la quale ai contratti misti occorrerebbe applicare le norme sugli istituti affini (v. anche M.R. SPALLAROSSA, *In tema di contratto misto*, in *Foro It.*, 1972, I, 2309).

²⁰⁴ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 3, Giuffrè, Milano 1954, p. 208.

rifarsi a modelli tipici, e perciò si possono solo tentare delle ipotesi di qualificazione. Per procedere in tale operazione è necessario comunque individuare quali sono gli obblighi delle parti.

Per ricondurli ad un quadro sistematicamente accettabile, infatti, occorre individuare innanzitutto il contenuto della prestazione delle parti.

Per quanto riguarda l'utente, suo obbligo principale è il pagamento del prezzo, mentre altri obblighi accessori si configurano via via a seconda del tipo di utilizzo che della Rete viene fatto, e della qualità di colui che vi accede: in ogni caso è presente nei diversi contratti l'impegno circa il corretto uso della rete, oltre all'assunzione degli oneri per eventuali risarcimenti per danni diretti o indiretti arrecati a terzi.

Per quanto riguarda l'oggetto della prestazione del provider, questo è certamente rappresentato dall'accesso inteso come possibilità di connettersi a un sistema. Occorre chiarire che possono configurarsi due tipi di accesso, che danno origine a due figure giuridicamente differenti. Il primo è l'accesso ai dati (ovvero la consultazione in remoto di biblioteche o banche dati di varia natura), potenzialmente del tutto svincolato da quello alla rete, che configura la cosiddetta «obbligazione di risultato». Il secondo, di maggior interesse, è l'*accesso alla rete* che obbliga il fornitore del servizio a predisporre esclusivamente gli strumenti che consentono all'utente di connettersi e di utilizzarne le funzioni, realizzando quella che tecnicamente si chiama «obbligazione di mezzi»²⁰⁵. Com'è noto, nel primo caso il fornitore deve mettere in grado l'abbonato di raggiungere il risultato previsto, mentre nel secondo il suo obbligo è limitato ad assicurare la disponibilità dei mezzi per raggiungerlo.

Nel caso dell'accesso ai dati, i rapporti sono spesso non duraturi e si esauriscono con un unico atto: è il caso di un utente che si collega ad una banca dati o ad una biblioteca via modem, con accesso diretto attraverso la normale linea telefonica senza passare attraverso

²⁰⁵ La distinzione tra obblighi di risultato e obblighi di semplice diligenza (o di mezzi) è stata originariamente elaborata in Francia, dove essa tende ancora a indicare una divisione di fondo dei rapporti obbligatori: la contrapposizione tra le due diverse categorie rilevarebbe infatti sul piano della responsabilità. In particolare nelle obbligazioni di mezzi si applicherebbe la regola della responsabilità per colpa (il debitore non è responsabile se si è comportato diligentemente); nelle obbligazioni di risultato si applicherebbe invece la regola della responsabilità oggettiva (la diligenza impiegata dal debitore è irrilevante giacché ciò che è dovuto è solo il risultato).

la rete Internet. Il secondo tipo di accesso, quello alla rete, invece è destinato a durare nel tempo, giacché risponde a particolari interessi dell'utente: quelli di sfruttare le potenzialità e i vantaggi che la rete Internet offre. È chiaro che, in relazione a ciò, la struttura formale del rapporto subisce notevoli variazioni: i rapporti duraturi presentano, infatti, un contenuto più ricco e in genere diverso rispetto agli altri. In essi il contenuto del rapporto non si esaurisce con l'effettuazione del collegamento del tipo richiesto, ma l'utente viene messo in condizioni di ripetere, secondo specifiche modalità determinate (seguendo certi orari ad esempio), le sue connessioni: l'utente viene cioè posto in condizioni di comunicare con tutti i soggetti raggiungibili attraverso la rete telematica, e ciò proprio grazie alla continuità della fruizione del servizio.

Per quanto attiene l'attività del provider, è possibile farla rientrare nella seconda categoria giacché, come abbiamo più volte avuto modo di ripetere, tale soggetto è colui che deve predisporre i mezzi necessari affinché gli utenti accedano alla rete e ai suoi servizi: e così in tale obbligo non si configura affatto la necessità di garantire un risultato, bensì di rendere possibile il suo raggiungimento²⁰⁶.

Una volta stabilito che l'obbligo del *provider* rientra nella tipologia delle *obbligazioni di mezzi*, e quello principale degli utenti consiste nel pagamento del prezzo, si possono tentare alcune ipotesi di qualificazione.

Tra le varie ipotesi di qualificazione che si possano immaginare²⁰⁷,

²⁰⁶ Occorre precisare che occasionalmente il *provider* può ricoprire, oltre al ruolo che tradizionalmente gli compete, anche quello di fornitore di servizi agli utenti: in tal caso si creano delle situazioni di confusione tra la figura del *provider* e quella dell'utente fornitore, che possono portare anche ad un eventuale cumulo di obblighi giuridici e di responsabilità. Tuttavia si tratta di ipotesi minori e di scarsa rilevanza, giacché assai più comune è la distinzione tra le due attività.

²⁰⁷ Anche in tal caso si riscontrano diversi problemi nel tentare di inquadrare il contratto avente ad oggetto la fornitura di servizi telematici, stipulato tra *provider* e utenti, ad un determinato tipo negoziale. Così una dottrina ha evidenziato l'inermità della qualificazione stessa: si è infatti osservato come l'elasticità della disciplina legale dei tre tipi di contratto è tale che il regime finale dei rapporti non muta. Occorrerà, quindi, tenere conto dei criteri della prevalenza delle prestazioni pattuite secondo il modo in cui le parti le hanno considerate, essendo sufficiente tenere presente l'art. 1218 c.c. che sancisce l'obbligo del creditore, che non esegue esattamente la prestazione dovuta, di risarcire al debitore il danno, a meno che non provi che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non im-

al fine di individuare la disciplina in concreto applicabile, è possibile scegliere di identificare il rapporto tra le parti come un particolare tipo di vendita, caratterizzato dall'aver come oggetto un peculiare bene giuridico, e cioè l'informazione (intesa in senso ampio); oppure, come già sostenuto per negozi simili che venivano stipulati prima dell'avvento di Internet²⁰⁸, ricondurlo piuttosto alla figura dell'appalto di servizi, che ha per oggetto tutto quel complesso di attività che deve essere svolto dal fornitore del servizio telematico per assicurare all'utente quel valore aggiunto all'informazione che distingue i servizi telematici dalla semplice attività di trasmissione dati.

Ma tenendo presente anche il contenuto delle prestazioni in capo alle parti del contratto, ed in particolare quelle tipiche dell'accesso ad Internet, e quindi offerte dal *provider* (ad esempio la gestione della posta elettronica, l'accesso a servizi ipermediali tipici del *web*, la possibilità di trasferire file sul proprio computer, ecc.), sembra più opportuno considerare la possibilità di inquadrare tale negozio nell'ipotesi del contratto misto o complesso²⁰⁹.

Nella specie le cause dei contratti tipici che verrebbero richiamate sono quelle, nel caso in cui il provider svolga unicamente la sua funzione di fornitore dell'accesso alla rete, della locazione, della somministrazione, dell'appalto dei servizi, ma anche del trasporto (art. 1678 cod. civ.) e della spedizione (art. 1737 cod. civ.). Nel caso poi il provider, oltre a provvedere all'accesso, fornisca anche i contenuti, cioè i servizi informativi e la possibilità di compiere operazioni, si dovranno tenere presente i singoli servizi e distinguere: il richiamo ancora alle cause della locazione, del contratto di trasporto e di spedizione, per quanto riguarda il servizio di posta elettronica; a quella della compravendita, per alcuni servizi web e di trasferimento file; a quella della somministrazione, con riferimento ai servizi di *Newsgroup* e alle *Mailing list*; a quella infine dell'appalto di servizi, per i collegamenti remoti a computer lontani (c.d. *telnet*), per altri servizi *web*, per le *chat* e gli ulteriori servizi accessori.

putabile (in tal senso A. MONTI, *Internet: il contratto tra il provider e l'utente*, in *McMicrocomputer*, 164, luglio-agosto 1996).

²⁰⁸ In particolare per i contratti di accesso a servizi telematici, vedi R. SPECIALE, *Sulla configurazione giuridica dei servizi telematici. Appunti e problemi*, in *Dir. Inf.*, 1988, pp. 359-374, G. CIACCI, *op. cit.*, p. 113.

²⁰⁹ Per le nozioni di contratto misto e di contratto complesso si veda quanto detto in precedenza nel testo.

La disciplina di tali fattispecie andrà poi ricercata, come è noto, nella teoria della combinazione, in quella della prevalenza o, ancora, in quella della applicazione analogica.

Ma occorre comunque verificare concretamente i vari esempi appena riportati. Così, l'ipotesi di qualificazione nell'ambito della *vendita*, se da un lato evidenzia il fatto che il bene dell'informazione, oggetto della prestazione telematica, normalmente già esiste nel momento in cui viene ordinato, e su di esso l'utente del servizio ha una situazione soggettiva finalizzata alla sua appropriazione (cosicché la vicenda economica può configurarsi come una tipica ipotesi di scambio), dall'altra parte trascura un aspetto essenziale del rapporto che stiamo analizzando, quello cioè della durata delle prestazioni oggetto del contratto: in un contratto di fornitura di servizi telematici, infatti, la prestazione è caratterizzata dal fatto che la sua esecuzione non si esaurisce immediatamente (cioè con una prestazione che consta in un atto unico), ma si prolunga, perdura nel tempo (così nell'art. 1599 cod. civ.).

L'ipotesi della *somministrazione*, in realtà alternativa e allo stesso tempo parallela a quella successiva dell'appalto di servizi, pur adombrando il valore che il particolare oggetto della prestazione (l'informazione) ha per questi tipi di negozi, pone, invece, in rilievo proprio il fatto che, in genere, i contratti telematici non stabiliscono un rapporto che si esaurisce in una singola prestazione, ma presuppongono una durata. Nel caso specifico sia il contratto tra il provider e l'utente-fornitore, sia il contratto tra il primo e l'utente-acquisitore, pur essendo differenti nel contenuto della prestazione, hanno in comune il fatto che in entrambi i casi viene ad instaurarsi un rapporto di durata, avente ad oggetto prestazioni continuative e periodiche (più che di beni) di servizi. Ad essi si applicheranno, dunque, non la sola disciplina della somministrazione, ma, secondo lo schema tipico dell'appalto di servizi, sia le norme sull'appalto che quelle sulla somministrazione (art. 1677 cod. civ.)²¹⁰.

²¹⁰ Ciò comporterà ovviamente tutta una serie di conseguenze concernenti non solo la sussunzione del rischio da parte dell'appaltatore-gestore, ma anche la possibilità dell'altra parte nel caso di inadempimento di singole prestazioni, che rivestano una particolare importanza, di ottenere la risoluzione del contratto (art. 1453 e 1455 cod. civ.). Ad esso si aggiunga anche l'impossibilità da parte del vettore di ottenere la risoluzione del contratto in caso di mancato pagamento del canone periodico, e da parte dell'utente di ottenerla se una sola delle informazioni ricevute si rivelasse inesatta.

L'ipotesi di qualificazione relativa all'appalto di servizi evidenzia, quindi, meglio che la prestazione dedotta nell'obbligazione non si esaurisce nella semplice fornitura dell'informazione, ma presuppone una serie di comportamenti necessari perché finalizzati all'adempimento: quali, ad esempio, l'aggiornamento dei dati offerti alla consultazione, la loro organizzazione, il corretto uso degli strumenti informatici. Ma questi tipi di contratti presentano alcuni aspetti (come la qualità dei contraenti, l'oggetto dei loro rapporti negoziali e l'interesse in essi concretamente perseguito) che complicano notevolmente tali fattispecie, non consentendo di assorbirle completamente nello schema codicistico dell'appalto di servizi.

L'ipotesi, invece, che in ogni caso sembra più opportunamente adattarsi alla fattispecie individuata è quello del *contratto misto*, con una forte prevalenza comunque della disciplina della *somministrazione*²¹¹. Infatti, in tale caso concorrono gli elementi di più negozi tipici (appalto di servizi, somministrazione e vendita) che si fondono in un'unica causa. Le varie prestazioni sono, dunque, reciprocamente condizionate nella loro essenza per il raggiungimento di un medesimo intento negoziale in senso oggettivo e non sono suscettibili di un'autonoma considerazione che le rapporti distintamente²¹².

157. *I contratti di fornitura dei servizi telematici tra gli utenti di Internet.* — Per capire adeguatamente quali rapporti vadano compresi nella categoria qui esaminata, è necessario preventivamente descrivere le varie possibilità che vengono offerte all'utente-acquisitore dalla rete Internet.

Innanzitutto egli può, sottoscrivendo solamente il contratto di accesso, e senza dover stipulare ulteriori accordi, accedere ad una se-

Inoltre la norma generale dell'art. 1458, primo comma, comporta in caso di risoluzione l'impossibilità di estenderla alle prestazioni già eseguite (resterebbero acquisiti al vettore i canoni già percepiti, e dall'utente i servizi di cui abbia già usufruito).

²¹¹ Una parte della dottrina considera questi tipi di contratti addirittura quali contratti innominati o contratti complessi: sul punto vedi A. MONTI, *Internet: il contratto tra il provider e l'utente*, cit.

²¹² Di contratto misto si parla anche con riferimento all'ipotesi di una pluralità di cause concorrenti nell'unicità del rapporto (es.: la vendita mista a donazione). È proprio con riguardo a questa seconda nozione che in dottrina si è prospettata la tesi di una autonoma categoria contrattuale dei contratti misti, caratterizzati dal concorso di più cause e dall'astratta riconducibilità del negozio a più tipi legali. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, 3, Giuffrè, Milano 1984, p. 450 ss.

rie di servizi o prestazioni che si caratterizzano per essere rivolti tendenzialmente ad un ampio pubblico, indifferenziato e non professionale, e per la loro tendenziale gratuità²¹³. Rispetto a tali applicazioni il contatto telematico tra utente-acquisitore ed utente-fornitore può avere un duplice sviluppo: può esaurirsi successivamente alla ricezione dell'informazione gratuita da parte dell'acquirente, e quindi il rapporto tra i due tipi di utenti si realizza e si consuma nel chiedere e nell'ottenere l'informazione (costituiscono esempi di tale fattispecie la consultazione di orari ferroviari, ma in genere la grande maggioranza dei servizi informativi contenuti nelle pagine web dei vari server, come quelle dei quotidiani on line, delle istituzioni, dei centri di ricerca); oppure può dare luogo ad un successivo negozio fra le parti che, stipulato mediante elaboratore, è destinato ad avere uno sviluppo ed un'esecuzione sia nell'ambito della sfera telematica, ma anche indipendentemente dalla stessa, ed è sottoposto alla comune disciplina dei contratti. È quest'ultimo il caso dei contratti telematici c.d. in senso stretto, la cui specifica *telematica* si identifica con il modo di formazione, dei quali costituisce un esempio il c.d. *teleshopping*, una delle manifestazioni più promettenti di commercio elettronico, specificamente nel settore del c.d. «*business to consumer*»²¹⁴: l'utente-acquisitore di informazioni si collega, attraverso la Rete, ad un grande magazzino on line, al quale ordina, tramite il terminale, un certo bene. Secondo quest'ultimo esempio si verificherebbe l'instaurarsi di un rapporto giuridico, nella specie un contratto di compravendita, che solleva vari problemi connessi con il modo in cui è stato concluso²¹⁵, mentre, per ciò che riguarda la fase di attuazione, è soggetto al comune regime della vendita²¹⁶.

²¹³ Almeno dal punto di vista di una mancanza di richiesta di pagamento di un prezzo a carico dell'utente: non rileva l'ipotesi in cui il fornitore compensi le sue spese o raggiunga i suoi guadagni attraverso altre strade (ad esempio mediante l'inserzione di messaggi pubblicitari).

²¹⁴ Costituisce una delle cinque categorie di commercio elettronico, e consiste nella vendita, o comunque fornitura, diretta di beni e servizi tra il produttore/fornitore ed il consumatore.

²¹⁵ In particolare rispetto ai già indicati problemi di imputazione delle dichiarazioni contrattuali, aspetto relativamente al quale ci si soffermerà oltre nel testo, nell'ambito del prossimo capitolo dedicato all'impatto dell'informatica sulla prova documentale.

²¹⁶ Sugli aspetti giuridici dei contratti telematici in senso stretto vedi G. CIACCI, *I contratti del commercio elettronico*, intervento al Convegno CEGOS, *Commercio elettronico e Internet: aspetti legali*, Milano 2 dicembre 1997.

Per quanto riguarda, invece, altri servizi, caratterizzati dal fatto di essere rivolti a cerchie ristrette di operatori professionali, l'utente acquirente che intenda accedervi mediante Internet deve stipulare precedentemente un particolare contratto direttamente con il fornitore di informazioni, oltre a quello di accesso alla Rete. Tali servizi possono poi distinguersi a seconda che abbiano ad oggetto la fornitura o l'acquisizione di un'informazione, oppure il compimento di un'operazione: esempi del primo tipo sono in genere i servizi di accesso a banche dati (come la banca dati costituita dalle Pagine Gialle Elettroniche, o quella di alcuni quotidiani tipo «Repubblica» o il «Sole 24 ore»); esempi del secondo tipo sono in genere i trasferimenti elettronici di fondi (come nel caso del c.d. *homebanking* o del *trading on-line*), ma anche di alcuni dei servizi di trasferimento file o di posta elettronica. Il negozio precedentemente stipulato fra le parti può poi essere concluso o meno per via telematica.

I contratti che regolano il rapporto tra utente-fornitore ed utente-acquirente si possono ricondurre, quindi, alle figure previste dal codice per il servizio che devono disciplinare, che dipende dalla singola fattispecie che si può verificare: consistendo Internet in un nuovo media che rende possibile forme di comunicazioni fin ad ora impensabili, è quasi impossibile redigere una tipologia di rapporti in maniera astratta, causa il grande numero di realtà totalmente differenti le une dalle altre e strettamente legate all'iniziativa ed alla fantasia di ogni fornitore in un qualsiasi Paese del mondo. Occorre, quindi, fare riferimento alle varie attività svolte nei vari siti della Rete. È dunque il caso dei servizi di accesso a banche dati (inteso in senso generico: ne costituiscono esempio gli abbonamenti a quotidiani più o meno professionali, oltre agli archivi di enti o istituzioni dei più diversi generi), ma anche di quelli di messaggistica elettronica (non solo nell'ipotesi della posta elettronica compresa nell'abbonamento offerto dal provider al proprio utente, ma della gestione degli apparati comunicativi di intere aziende attraverso società specializzate, e quindi anche una posta elettronica che si può considerare «professionale»), nonché di tanti altri legati ai diversi settori economici dell'agire umano (si pensi all'attività di distribuzione pubblicitaria in Rete, a quella cd di *lobbying* e di *marketing on line*, o quella ancora di *co-branding*)²¹⁷.

²¹⁷ Si veda, a tale proposito, l'interessante appendice del libro di O. HANCE, *Internet e la legge*, McGraw-Hill, 1997, p. 253, nella parte relativa ai 20 contratti di

Anche gli schemi negoziali tipici previsti dal nostro codice, che potrebbero essere richiamati per costituire la base su cui costruire una disciplina dei vari rapporti che si creano in Rete, sono i più vari: dall'appalto, e più precisamente l'appalto di servizi, al contratto d'opera professionale, dal trasporto al contratto di compravendita.

Relativamente ai quali, avendo ben chiare le peculiarità dell'oggetto che devono disciplinare, e dunque comprendendo bene le fattispecie commerciali e telematiche che ne costituiscono la base, non sorgono particolari problemi, ma si ripetono quelli comuni ad altre fattispecie ad oggetto non telematico, anche se magari più frequenti e di intensità maggiore: si pensi alla problematica, comune ai negozi tipici dei consumatori, delle condizioni generali, e soprattutto delle clausole vessatorie, quelle relative alle conseguenze di eventuali inadempimenti (con i problemi di tutela dell'aderente dalle varie esenzioni di responsabilità previste dalla società erogatrice del servizio), alla possibilità di prevedere forme alternative di risoluzione delle controversie. Così, si ritiene che per disciplinare in maniera congrua tale nuovo settore economico-giuridico, quello dei negozi giuridici per l'accesso alla Rete e ai servizi di Internet, non occorra l'emanazione di un'apposita disciplina legale, essendo il diritto comune dei contratti in grado di fornire tutte le soluzioni adeguate.

Nell'espone la disciplina dei contratti aventi ad oggetto un sistema informatico e/o telematico, nel presente capitolo, si è più volte fatto riferimento alla fattispecie dei negozi giuridici in cui l'influenza dell'elaboratore elettronico si svolge nel momento della loro conclusione: categoria che si era già esaminata nel capitolo precedente, ma relativamente alla quale deve approfondirsi l'aspetto relativo all'imputabilità delle dichiarazioni elettroniche e, più in generale, dell'impatto che le nuove tecnologie hanno avuto sulla prova documentale. Argomento specifico del capitolo VII.

Internet, in cui vengono presentati numerosi schemi di negozi tesi a disciplinare i rapporti delle parti rispetto alle diverse attività sulla Rete.