

*Politecnico di Milano*  
*Facoltà di Ingegneria dell'Informazione*  
*Corso di Laurea Specialistica in Ingegneria Informatica*

**PROBLEMI DI DIRITTO DELL'INFORMATICA**

*Prof. Avv. Cesare Triberti*  
*Avv. Maddalena Castellani*

# INDICE E SOMMARIO

INDICE E SOMMARIO .....	2
1. PARTE GENERALE SLIDE 1-23 .....	4
1.1 IL CONTRATTO .....	4
1.2 CONTRATTI MISTI e CONTRATTI ACCESSORI.....	7
1.3 PROPRIETA' DEL SOFTWARE E DEGLI ALTRI MATERIALI.....	9
1.4 CICLO DI VITA DEL SISTEMA ED IMPLICAZIONI GIURIDICHE.....	12
1.4.1 Rilevanza giuridica della fase precontrattuale.....	12
1.4.2 I documenti propri della fase precontrattuale.....	16
1.4.3 Responsabilità contrattuale .....	45
2. CICLO DI VITA DEL SISTEMA ELABORATIVO - SLIDE 24-38.....	64
2.1 Fasi del ciclo di vita del sistema .....	64
2.1.1. La fase dello studio di fattibilità o studio.....	67
2.1.2 La fase dello studio dettagliato dei fabbisogni.....	71
2.1.3 La fase di ricerca del mercato.....	75
2.1.4 La fase della negoziazione del sistema elaborativo.....	77
2.1.5 La fase della realizzazione del sistema elaborativo.....	79
2.1.6 La fase dell'esercizio del sistema elaborativo.....	81
2.1.7 La fase della fine del sistema elaborativo.....	83
3. LA TUTELA DEL SOFTWARE SLIDE 39-46 .....	84
4. LICENZA D'USO DI SOFTWARE SLIDE 47-50.....	89
5. CONSIDERAZIONI GENERALI SUL CONTRATTO DI SVILUPPO DI SOFTWARE SLIDE 51-54.....	93
5.1 NATURA GIURIDICA.....	95
5.2 OGGETTO DEL CONTRATTO DI SVILUPPO DI SOFTWARE.....	95
6. I CONTRATTI DI SERVICE SLIDE 55 - 91 .....	101
6.1 DISASTER RECOVERY .....	102
6.1.1 Natura giuridica .....	102
6.1.2 Oggetto.....	104
6.1.3 Modalità di prestazione.....	106
6.1.4 Garanzie.....	108
6.2 FACILITY MANAGEMENT .....	109
6.3 OUTSOURCING.....	111
6.3.1 Natura giuridica .....	111
6.3.2 Oggetto.....	113
6.3.3 Rapporti contrattuali.....	114

6.3.4 Riduzione dell'area a rischio .....	115
6.3.5 Clausole generali e speciali del contratto.....	119
6.3.6 Rapporti fra i services informatici e la legge sulla tutela dei dati: banche, assicurazioni, broker, provider di Internet.....	120

## **1. PARTE GENERALE SLIDE 1-23**

### ***1.1 IL CONTRATTO***

Ai sensi dell'articolo 1321 c.c. il contratto è *"l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale"*.

Tale articolo rappresenta la norma di riferimento sia per l'individuazione della definizione di contratto, sia per l'introduzione al complesso di norme che affrontano il tema "dei contratti in generale" (Titolo II, Libro IV).

Nel codice civile possiamo infatti rinvenire due gruppi di norme, "dei contratti in generale" (ovvero la normativa comune a tutti i contratti) e "dei singoli contratti" (Titolo III, Libro IV, ovvero la normativa che individua e disciplina singole figure di contratto).

La definizione appena citata e contenuta nell'art. 1321 c.c. puntualizza le caratteristiche fondamentali del contratto:

1) L'accordo: caratteristica tipica del contratto è infatti l'essere un negozio giuridico bi o pluri-laterale. Il suo perfezionamento è dato infatti dall'accordo di almeno due parti e si differenzia, pertanto dai negozi unilaterali: in questi ultimi, infatti, gli effetti giuridici sono la conseguenza di una manifestazione singola di volontà, senza che occorra l'accettazione di alcuno (ad es. il testamento).

2) La patrimonialità: il contratto è un negozio giuridico di natura patrimoniale in quanto ha ad oggetto rapporti suscettibili di valutazione economica. La conseguenza di questa caratteristica è data dal fatto che un negozio giuridico volto a costituire, regolare, estinguere un rapporto giuridico di natura non patrimoniale (ad esempio, il matrimonio) non rappresenta un contratto.

Sono invece elementi costitutivi del contratto:

a) l'accordo: ovvero il reciproco consenso delle parti in merito alla vicenda contrattuale. Con il termine "consenso" si intende una inequivoca manifestazione di volontà diretta a porre in essere il contratto stesso. Non necessariamente tale

manifestazione di volontà potrà rivestire forme solenni o sacrali, se non prescritte, se non prescritte, ritenendosi sufficiente la sua inequivocabilità. Pertanto anche un comportamento tacito, ma indiscutibilmente diretto a porre in essere la fattispecie negoziale avrà rilevanza ai fini dell'esistenza dell'accordo.

b) la causa: cioè la funzione pratica del contratto, l'interesse socio – economico (e quindi non soggettivo) che il contratto mira a soddisfare.

c) l'oggetto: cioè il contenuto del contratto, ciò che le parti stabiliscono, programmano in merito al rapporto. Per oggetto del contratto si può anche intendere, tuttavia, la realtà materiale o giuridica su cui cadono gli effetti del contratto stesso. Quindi, oggetto della vendita può essere inteso anche il bene alienato. Anche nell'ambito dei contratti di informatica si pone l'esigenza di determinare quale sia l'oggetto del contratto stesso: questo ci consente, tra l'altro, anche di affrontare in un secondo momento del corso la questione relativa alla qualificazione e la classificazione dei contratti di tale natura e di esaminare le molteplici esigenze e le situazioni ricollegabili alle prestazioni ed ai beni dedotti in contratto dalle parti stesse e, successivamente, di affrontare il problema della loro interpretazione, con tutte le inerenti conseguenze e, soprattutto, in tema di adempimento e di responsabilità.

d) la forma: è il mezzo tramite il quale si manifesta la volontà contrattuale. In ordine a questo ultimo requisito, e focalizzando l'attenzione sui problemi informatici, si ritiene che particolare attenzione debba essere posta ogni qual volta si operi nell'ambito del software. Così se si prende in considerazione la disciplina della legge sul diritto d'autore (Legge n° 633/1941) l'articolo 110 recita: "*la trasmissione dei diritti di utilizzazione economica richiederanno la forma scritta*": di conseguenza, qualora il software abbia i requisiti per essere ricompreso nell'ambito della detta legge, tutti gli atti di trasmissione dei diritti di utilizzazione economica richiederanno la forma scritta, ivi compresa la possibilità per esempio, per il beneficio della licenza d'uso, di effettuare copie per la sicurezza, per l'utilizzo contemporaneo su apparecchiature plurime o su eventuali cessioni in sublicenza. Pertanto si dovrà considerare attentamente la presenza o meno del requisito della forma

scritta in modo tale da non correre il rischio di porre in essere un negozio giuridico viziato da nullità.

Gli elementi appena citati rappresentano il nucleo essenziale del contratto, gli aspetti che non possono mancare affinché si possa parlare di contratto (nel caso della forma, tuttavia, solo se necessaria).

Per esprimere al meglio questo concetto si è soliti dire che il contratto è regola autonoma (auto-regolamento) in quanto la norma scaturisce dal consenso delle parti, laddove nel caso della norma proveniente dal potere autoritario esterno, si parla di regola eteronoma.

La legge prevede e regola una serie di figure contrattuali tipiche (o nominate) come per esempio la vendita (articolo 1470 e ss. c.c.), l'appalto (articolo 1655 c.c. e ss.) e il comodato (articolo 1803 c.c. e ss.).

Alle parti, però, è consentito anche concludere contratti che non appartengano ai modelli di contratto disciplinati dal codice civile (contratti atipici o innominati), purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (articolo 1322 c.c.).

Di conseguenza, il potere dei singoli di regolare da sé i propri interessi trova un limite nell'esigenza che tali interessi non siano in contrasto con quelli della società, e anzi siano degni di protezione giuridica.

Di qui tutta una serie di limiti all'esercizio all'autonomia privata.

In ogni caso occorre, quindi, che il regolamento contrattuale determinato dalle parti non sia illecito e quindi diretto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Non deve essere inoltre né contrario all'ordine pubblico, né a norme imperative.

Per NORMA IMPERATIVA si intende l'apposizione da parte dell'ordinamento giuridico di norme inderogabili dalla volontà delle parti.

Per ORDINE PUBBLICO, invece si intende l'insieme dei principi di struttura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente.

Un esempio fra tutti è l'articolo 5 c.c. che impone la nullità di tutti i patti che prevedano atti di disposizione del proprio corpo, tali da cagionare una diminuzione permanente dell'integrità

fisica.

L'insieme dei contratti "non tipici" comprende sia quelli innominati ed atipici, sia quelli innominati ma tipicizzati: di questi ultimi, nel settore informatico, un esempio è offerto dalla "licenza d'uso software" che, pur innominata, è diventata tuttavia una fattispecie negoziale comune (e quindi tipica) a tutti i contratti e rispondente a ben precise e consolidate esigenze.

Ciò permette di comprendere come si riesca, nei fatti, ad adeguare il passo dell'ordinamento giuridico al passo di sviluppo della prassi produttiva aziendale e commerciale.

Ai contratti atipici si applicano, per espressa previsione di legge (articolo 1323 c.c.), le regole dettate dalla legge per i contratti tipici.

## ***1.2 CONTRATTI MISTI e CONTRATTI ACCESSORI***

Una delle peculiarità dei contratti informatici è offerta dalla loro complessità.

Tale caratteristica investe le architetture del complesso negoziale e pone all'attenzione dell'interprete la molteplicità di fattispecie pratiche prospettabili.

Il presente studio, quindi, deve investire le figure dei contratti autonomi, complessi e collegati.

Per quanto concerne la prima soluzione non sorgono particolari problemi di interpretazione: le parti pongono in essere una precisa ed univoca fattispecie negoziale, che sintetizza la loro volontà e rispecchia, in un unico nesso economico, la causa stabilita, realizzata attraverso una specifica prestazione.

È l'ipotesi raffigurabile ogni qualvolta ci si imbatte in un contratto di vendita o di licenza d'uso.

Tuttavia accade che il fenomeno negoziale possa apparire "complesso", cioè offrire una pluralità di prestazioni che trovino base in un solo specifico contratto.

La fattispecie maggiormente riscontrabile nel settore informatico è quella costituita dalla presenza di un contratto di licenza d'uso di software e di accordo di assistenza al programma, oppure di vendita o noleggio hardware e contestuale accordo di manutenzione delle apparecchiature.

L'accordo d'assistenza al software si pone come autonomo contratto, anche formalmente distinto dal contratto di licenza, o può costituire un tutt'uno con esso. Anche la fornitura di nuove releases può presentarsi come opzione di un precedente contratto di licenza tale intervento sarebbe quindi ricomprensibile nella fattispecie dell'assistenza software. E proprio su tale base, è possibile collocare tale impegno tanto in maniera autonoma dal contratto di licenza, quanto porlo strutturalmente all'interno del medesimo contratto.

In ogni caso l'obiettivo da perseguire sarà, innanzi tutto quella di appurare la reale volontà delle parti e cioè di determinare se esse abbiano ritenuto di ricomprensibile in un unico negozio complesso le due distinte fattispecie della licenza e dell'assistenza, o se, pattuito il primo accordo abbiano posto il secondo in un rapporto di subordinazione al primo e, quindi, ad esso vincolato.

In quest'ultimo caso le vicende del primo si riverbereranno necessariamente sul secondo.

Ne consegue, pertanto, una diversa disciplina a seconda che si verta in contratti collegati tra loro o se si sia in presenza di un solo contratto complesso.

Il contratto complesso, in sostanza, accoglie in un'unica fattispecie contrattuale, due o più diverse prestazioni, mentre la "connessione" si pone con basi totalmente diverse.

Le parti, nel perseguire il fine prefissato, possono ricorrere a più figure negoziali, autonome l'una rispetto all'altra, ma tuttavia collegate fra di loro proprio in vista dello scopo comune.

Si prenda come esempio la già citata fattispecie del contratto di licenza d'uso accompagnato da un accordo manutentivo.

Lo scopo voluto è quello di offrire all'utente un determinato programma in licenza d'uso, e di assisterlo in ogni eventuale successivo problema di aggiornamento o integrazione del programma: il tutto realizzabile, come già visto, tramite un unico accordo negoziale complesso, oppure tramite due distinti contratti che si pongono in connessione l'uno rispetto all'altro e di cui uno sia in rapporti di dipendenza rispetto all'altro.

La prima conseguenza giuridica relativa ai contratti collegati è offerta dal riverberarsi delle vicende relative al primo contratto anche sul secondo.



Pertanto, ogni causa di inefficacia, annullabilità o nullità del principale si estenderà anche al negozio connesso.

È da rilevare che all'interno della categoria dei contratti informatici (atipici o innominati), si possono riscontrare anche i c.d. contratti accessori.

Tali sono i contratti che pur avendo una loro specifica causa sono in stretta dipendenza di un contratto principale.

Un valido esempio può essere fornito dal contratto di manutenzione (accessorio) rispetto al contratto di vendita di hardware (principale).

I contratti accessori sono particolarmente importanti nell'ottica di un sistema contrattuale in quanto ad essi bisogna prestare molta attenzione.

Infatti, può accadere, ed in realtà accade sovente che il contratto principale e il contratto accessorio abbiano durata differente: potrebbe accadere, infatti, che la cessazione di uno (il principale) non implichi la cessazione anche di quello accessorio, con conseguenti gravi responsabilità ed elevati costi.

Per ciò che concerne i contratti hardware, per esempio, se il titolare passa da un sistema operativo ad un altro ed in precedenza lo stesso aveva stipulato un contratto di manutenzione per il primo sistema operativo, il manutentore di quel sistema operativo potrebbe richiedere ed avere diritto ugualmente all'esecuzione del contratto di manutenzione anche, se per ipotesi, quel contratto di manutenzione non esistesse più.

### ***1.3 PROPRIETA' DEL SOFTWARE E DEGLI ALTRI MATERIALI***

L'adesione al principio del software quale opera dell'ingegno e come tale tutelabile sulla scorta della normativa sul diritto d'autore (vedasi Legge 518/92), pone alcuni grossi problemi in ordine alla proprietà del medesimo nell'ipotesi qui trattata del contratto di sviluppo di software.

In particolare, all'autore, cioè a colui che ha scritto il software, spetta la paternità e la proprietà dell'opera.

La software-house incaricata dello sviluppo è quindi la proprietaria, a pieno titolo, almeno finché non avviene la

consegna del bene al committente e questi lo accetta.

Tali atti, cioè la consegna e l'accettazione, previsti nel contratto di sviluppo sanciscono il trasferimento della proprietà vale a dire di tutti i diritti di godimento e patrimoniali dall'appaltatore al committente, pur continuando a spettare al primo la paternità intellettuale dell'opera.

Anche dopo la consegna ed accettazione, a trasferimento avvenuto dei diritti di proprietà e di godimento, resta pur sempre il rischio che l'appaltatore utilizzi il know-how acquisito, che resta indubitabilmente suo patrimonio, per fornire alla concorrenza un prodotto simile, pur con il rischio di violare anche il dettato della legge 518/92 sulla tutela del software.

Anzi, proprio per l'esperienza acquisita, è possibile che il nuovo prodotto sia migliore e venga fornito ad un prezzo inferiore rispetto a quello originariamente pagato dal primo committente.

In questo modo, dovendo operare l'ammortamento di costi di produzione più bassi e disponendo di un prodotto migliore, la ditta concorrente potrebbe arrecare grave danno economico all'originario committente.

Pertanto, al fine di trovare un equilibrio fra varie esigenze soprattutto alla luce dei costi ingenti dell'attività di sviluppo, nella prassi è possibile trovare figure contrattuali miste, in forza delle quali, ad esempio, alla Software-house è riconosciuto il diritto di cedere a terzi in licenza il prodotto, con royalties per il committente, il quale, a sua volta, risparmierebbe sul costo del prodotto finito, prodotto che resterebbe comunque nella sua titolarità.

Vi potrebbero essere poi specifiche garanzie, e così, ad esempio, il committente potrebbe impegnare l'appaltatore a non cedere il software in licenza a terzi concorrenti per un determinato periodo, commisurato in genere all'arco temporale necessario per consentire al committente l'ammortamento dei costi di sviluppo, oppure potrebbe richiedere l'esclusiva per una certa fascia di mercato e così via.

Il software pur caratterizzato dalla sua inquadrabilità nell'ambito dei prodotti tutelabili con il diritto d'autore, mantiene le sue qualità di bene mobile e pertanto, come in ogni altro appalto, si pone il problema relativo alla "proprietà" dello stesso nonché dei vari "materiali" eventualmente utilizzati.

Quindi, al di là di specifiche diverse soluzioni contrattuali, il risultato del "*facere*" così come commissionato si trasferisce in capo al committente giuridicamente a titolo derivativo.

Esso sorge a titolo originario solo in capo al creatore, il quale ne può disporre nell'ambito della fascia di tutti i diritti di carattere patrimoniale ad esso connessi e come tale ne trasferisce la totale proprietà in favore del Committente.

Il contratto di appalto non perde così la sua natura e resta comunque il titolo in forza del quale in essere il trasferimento del diritto di proprietà stesso.

Con l'accettazione il Committente avrà dunque la piena signoria sul bene, e da quel momento potrà disporre liberamente.

Per quanto concerne, infine, i materiali eventualmente utilizzati nell'esecuzione del contratto occorre distinguere se essi risultino di proprietà dell'appaltatore o del committente.

Nel primo caso non vi è alcun problema, giacché quella parte di essi che hanno contribuito alla creazione del software e che ne sono ricompresi si trasferiscono nella sfera giuridica del committente.

Espressamente, fra l'altro, l'articolo 1673 del codice civile riconosce che qualora l'opera vada distrutta prima dell'accettazione "il perimetro o il deterioramento è o carico dell'appaltatore, qualora questi abbia fornito la materia".

Ora neppure nel secondo caso sorgono problemi particolari giacché l'appalto non risulta snaturato nella sua essenza qualora sia il committente stesso a fornire parte o tutti i materiali.

Unico limite rimane il fatto che l'appaltatore non si tramuti in un semplice mero esecutore.

Ovviamente, la materia fornita dal Committente resta in proprietà di quest'ultimo, senza aversi quindi il vero e proprio passaggio dal committente all'appaltatore, per poi tornare al primo ricompresa nel bene finito.

Nell'ambito informatico potrebbero verificarsi però due situazioni fra loro analoghe ed entrambe in pregiudizio del committente: e cioè che il creatore alieni a terzi il prodotto prima dell'accettazione oppure che, dopo l'accettazione, trasferisca a terzi un software analogo o appena mascherato da un leggero "maquillage".

Ai fini pratici le situazioni si traducono in un inadempimento

contrattuale e in una possibile ipotesi di concorrenza sleale, giacché la creatività sorge e permane sempre in capo al produttore, nonché in una ipotesi di violazione della legge 518/92 sulla tutela del software.

Un'ultima considerazione può essere fatta in relazione ad una fattispecie del tutto speciale, anch'essa appositamente discussa e concordata, costituita dall'incarico di produrre un determinato software a fronte di particolari costi, normalmente più limitati che in una ipotesi di semplice appalto, e di convenire che il prodotto ottenuto resti in proprietà dell'appaltatore con diritto per il committente di uso illimitato nel tempo, non esclusivo (ovvero, esclusivo per certe fasce di mercato, o zone territoriali) e non trasferibile (ovvero, trasferibile con particolari limitazioni, come ad esempio a propri partners o consociati).

Ovviamente sarà opportuno che tale situazione, contrattualmente lecita e possibile, sia integrata da apposita statuizione che preveda, a garanzia delle parti, il deposito in linguaggio sorgente.

Entrambi i contraenti saranno altresì tenuti a mantenere riservati i programmi, la documentazione e quant'altro riferibile al prodotto.

Un ulteriore discorso va fatto in ogni caso per il know-how specifico, acquisito dalla software-house nello sviluppo del prodotto commissionatogli: la stessa potrà liberamente e pienamente usufruirne poiché il know-how come sopra acquisito viene a far parte del patrimonio aziendale ed ogni limitazione in senso contrario implicherebbe il soffocamento dell'azienda stessa che, dopo aver prodotto una serie di software, non potrebbe più liberamente operare.

## ***1.4 CICLO DI VITA DEL SISTEMA ED IMPLICAZIONI GIURIDICHE***

### ***1.4.1 Rilevanza giuridica della fase precontrattuale***

Normalmente l'attenzione dell'operatore del diritto, per quanto concerne i contratti informatici, è attratta dalla sfera contrattuale, cioè da quel complesso di fatti e conseguenze

scaturenti dalla conclusione di un preciso accordo; ma anche un precedente aspetto di tale fase è meritevole di attenta valutazione in quanto prodromico alla definitività dell'intesa.

Ci riferiamo alla così detta fase delle trattative precontrattuali che costituiscono nella maggior parte dei casi la vera intelaiatura e struttura portante del successivo contratto, valutandone la portata alla luce dei reciproci interessi delle parti, stabilendone condizioni a parametri e predisponendo tutta una serie di atti le cui conseguenze si riverbereranno, in senso positivo o negativo sulla più completa fase negoziale. Il discorso non è ovviamente limitato alla sfera dei contratti informatici, ma vale per qualsiasi altra stipulazione ricevendo, tuttavia, un particolare sviluppo proprio in ordine a contratti caratterizzati da oggetti altamente specifici e di tecnologia avanzata, quali appunto gli accordi in materia di software di hardware o di combinazione fra tali due specialità.

La negoziazione di un sistema, consta di una serie complessa di attività che tendono ad un preciso risultato finale, ma il voler focalizzare l'attenzione solo su tale obiettivo ultimo è indubbiamente semplicistico e restrittivo.

Innanzitutto per un fatto di pura logica: qualora non si pervenga, per qualsiasi valido motivo, alla decisione conclusiva, ciò non potrebbe porre nel nulla tutta la complessa e vasta azione sino a quel momento concretatasi, così come se la stessa non fosse mai esistita. Ed inoltre vi è l'incidenza di tutta una serie di intese e prospetti giuridicamente rilevanti che esigono, pur in linea astratta, una precisa qualificazione, e ciò anche al di là di ogni volontà di esercitare o meno i diritti eventualmente sorti. Un conto è, infatti, rinunciare all'esercizio di un proprio diritto ed un'altro conto è il non vantare alcun diritto.

Pertanto, nella prassi, potremmo imbatterci in situazioni dalle quali sono scaturite ben precise responsabilità ed obblighi ed a fronte delle quali il singolo contraente potrebbe tranquillamente rinunciare ad esercitare i corrispondenti diritti. Ciò però dovrebbe accadere per una libera e precisa scelta, non per l'ignoranza del fatto di poter esercitare quel diritto.

Così dunque sarà opportuno vagliare attentamente le singole fattispecie, delinearne le incidenze giuridiche e fissarne il più precisamente possibile i contorni. Ogni ulteriore scelta,

risponderà solo a specifiche valutazioni soggettive, ma non ad imprecisione od ignoranza.

La fase delle trattative rientra fisiologicamente in quello spazio, giuridicamente definito come "pre-contrattuale", nel quale vengono poste le basi delle future contrattazioni, senza che ciò escluda, anche per tale periodo, una sua specifica incidenza vincolante, con il conseguente sorgere di obbligazioni e di responsabilità per i soggetti che vi hanno operato.

Non si tratta certo di un fenomeno nuovo per il mondo del diritto, ma assume una particolare rilevanza nell'ambito della contrattazione informatica che, per sua natura, affronta una materia estremamente sofisticata dal punto di vista tecnico ed in continua evoluzione, tanto da renderne difficoltoso persino l'adeguamento giuridico.

Basti, tal fine, rammentare la discussione dottrinale durata numerosi anni e, conclusasi con l'emanazione della legge sopra citata n° 518/1992 e relativa alla tutelabilità del software all'interno della normativa sul diritto d'autore.

È altresì evidente che la necessità di affrontare compiutamente la fase iniziale degli accordi sia un'esigenza non solo giuridica, ma anche tecnica, riflettendo per un solo momento alla estrema complessità della materia ed alla conseguente necessità di esser guidati da esperti del settore ogni qual volta ci si accosti a simili prodotti. Viene così posta in evidenza l'importantissima funzione per l'utente di valutare esattamente le proprie necessità al fine di operare con cognizione di causa e di ottenere il rispetto del proprio volere.

La predisposizione di un contratto o l'adesione a modelli standardizzati per prassi o per esigenza commerciale non è sempre un'operazione indolore e priva di rischi per le parti; ciò anche senza voler scomodare la buona o cattiva fede di una di esse od uno spirito commerciale più o meno corretto, è sufficiente infatti che determinate richieste non vengano esattamente recepite o non siano chiaramente manifestate per creare un successivo disagio che potrebbe assumere connotati di estrema gravità sia dal punto di vista giuridico che economico.

Da ciò sorge anche l'esigenza di educare le parti ad una fase di trattative pre-contrattuali che non siano del tutto "confidenziali" cioè limitate ad uno stretto scambio di brevi informazioni, ma

che si imposti, invece, un aperto ed articolato confronto fra le molteplici necessità che renda i futuri contraenti consapevoli anche di tutte le incidenze giuridiche dell'attività che potranno in essere.

Un primo ostacolo ad una corretta gestione del fenomeno è posto dalla contrapposizione fra scarsa conoscenza della materia e profonda conoscenza della stessa.

In altre parole crediamo che non possano essere collocati sullo stesso piano, sia gli utenti digiuni di conoscenze informatiche, ma che necessitino di tali applicazioni, sia gli operatori del settore o, quantomeno consigliati da esperti del settore, che affrontino essi stessi la materia quali utenti o fornitori. Nella prima ipotesi avremo infatti un soggetto totalmente in balia del suo fornitore e quindi incapace di valutare l'esatta portata di ciò che viene offerto.

Nella maggior parte dei casi si tratterà di negoziazioni di non rilevante entità, ma ciò non fa venir meno il fatto che per l'utente tali accordi assumano specifica importanza e, soprattutto, l'incidenza economica, se può essere considerata ridotta rispetto a diverse altre negoziazioni, è pur sempre rilevante, nella maggior parte dei casi, per la sfera economica dell'utente. Il tutto con la conseguenza che, a fronte di disagi futuri causati da inesatta o diversa interpretazione di quanto da ciascuna delle parti dedotto, nella migliore delle ipotesi sorgeranno intoppi fastidiosi o, nella peggiore, vere e proprie situazioni di danno.

In realtà anche di fronte a contraenti usi al settore, come società di software che pongano in essere reciproci accordi economici, non viene meno la necessità di concordare attentamente quanto voluto e forse, proprio per la conoscenza delle problematiche e per gli incidenti aspetti economici in gioco, l'attenzione alle trattative è sicuramente maggiore che in altri settori; trattative che, come vedremo, consistono non solo in un semplice scambio di informazioni, ma si articolano in molteplici atti e documenti, ciascuno dei quali con una sua inequivocabile realtà ed incidenza giuridica.

Per quanto concerne le "trattative", un interessante giudicato pur non offrendone una specifica definizione ci consente però di desumerla dal suo stesso contesto: "qualora le trattative

procedano attraverso uno scambio di corrispondenza, per stabilire quando il contratto sia concluso deve aversi riguardo all'ultima proposta ed all'ultima accettazione e ben può identificarsi l'ultima proposta in un documento riepilogativo sottoscritto da una parte e l'ultima accettazione nella firma appostavi in calce dalla controparte".

A nostro parere lo scambio di corrispondenza è solo una delle possibili modalità di incontro dei contraenti e di per sé la voce "corrispondenza" può essere manifestazione di vere e proprie comunicazioni epistolari (lettere) dirette da un soggetto ad un altro, quanto indicare ogni scambio di documenti (siano essi lettere o altre forme di comunicazione) usuale nella prassi commerciale, soprattutto nell'ipotesi in cui contraenti siano non soggetti fisici ma complessi aziendali.

In ogni caso esamineremo successivamente l'incidenza giuridica di alcuni "documenti" necessari o quanto meno utilizzabili dai negoziatori per giungere all'intesa definitiva, mentre per ora sarà sufficiente indicare la presenza della reale manifestazione di volontà (consenso o accordo) come elemento qualificante per indicare il momento perfezionativo dell'intesa, con la conseguenza che ciascun contraente dovrà porre la massima attenzione al fine di evitare una regolare (ma "anticipata" per lui) chiusura del contratto. Considereremo pertanto quali "trattative" tutte le attività preparatorie alla fase contrattuale vera e propria, e quindi ad essa connesse.

Non esistendo un criterio oggettivo per distinguere i vari momenti di tale fase pre-contrattuale: cercheremo quindi di procedere nella nostra indagine utilizzando alcuni elementi distintivi, su cui poi estendere la discussione, rammentando come al solito che le classificazioni non sono mai esaustive, ma che devono essere utilizzate appunto come base di valutazione e di indagine.

#### ***1.4.2 I documenti propri della fase precontrattuale***

Anche per quanto concerne la "documentazione", cioè la predisposizione di testi o atti materiali della fase pre-contrattuale, è necessario distinguere l'incidenza giuridica,



collocandoli in due gruppi a secondo che essi abbiano una portata per così dire "generale" o "speciale", ossia che ineriscano ad una visione ancora ampia delle necessità poste in discussione o che riguardino, invece, specifiche esigenze appositamente dettagliate. Solitamente si avrà anche un ordine cronologico, nel senso che alla valutazione più generica seguirà una più attenta specificazione che consenta alle parti di prestabilire dettagliatamente la portata del futuro accordo.

Procederemo pertanto con il seguente ordine: lettere di intenti (equiparabili al fax o alle e-mail), offerte, verbali di riunioni, accordi quadro, minuta o bozza di contratto.

#### a) Lettere di intenti

Con tale termine vengono identificati tutti quei documenti (solitamente lettere) con i quali le parti enunciano la loro intenzione di iniziare una trattativa. Tali lettere non assumono, per loro stessa natura, carattere vincolante, ma svolgono una funzione preliminare atta ad instaurare una seconda e più completa fase di incontri.

Riteniamo che non possano qualificarsi come vere e proprie lettere di intenti le offerte che non siano dirette a sviluppare successivamente, cioè durante il corso delle trattative, le specifiche esigenze della parte.

Se così non fosse, si tratterebbe di vera offerta, con tutte le maggiori incidenze giuridiche che esamineremo a suo tempo.

La prassi offre generalmente un composito numero di tali documenti di intenti il cui contenuto può essere così sintetizzato: *"Facendo seguito alle intercorse comunicazioni fra le nostre Società, Vi comunichiamo l'intenzione di valutare la possibilità di acquisire il Vostro pacchetto software relativo alla gestione del credito. Vi invitiamo a sottoporci una dettagliata offerta del prodotto che ne contempra sia i costi, sia le modalità di impiego, sia le caratteristiche di uso, in modo da confrontarne le specifiche alle nostre esigenze.*

*Ovviamente la presente richiesta non vincola minimamente ciascuna del: Società, ma ha carattere strettamente interlocutorio e prodromico ad eventuali futuri accordi".*

Dello stesso tenore può essere l'offerta di un prodotto, anziché la

sua richiesta. In tal caso, anche se apparentemente si tratta di un'offerta, in realtà resta nell'ambito delle manifestazioni di intenti, purché non vengano avanzate precise proposte irrevocabili o comunque inequivocabilmente dirette a concludere l'accordo.

Pertanto sarà ancora una lettera di intenti la comunicazione diretta a far conoscere il proprio prodotto e la disponibilità a discuterne la sua acquisizione *"La nostra Società che opera da anni nel settore dello sviluppo del software ha realizzato un prodotto gestionale... Saremmo pertanto lieti di incontro per mostrarVi la qualità e funzionalità dello stesso e la sua indiscussa superiorità rispetto a prodotti analoghi in funzione del suo elevato rapporto fra costi e operatività, il tutto senza alcun impegno od onere da parte Vostra."*

Si tratta di esempi, per così dire scolastici, ma che non si differenziano di molto dalla formula usuale per tali dichiarazioni. In essi prevale, da un lato, la prospettazione di esigenze particolari o l'enfaticizzazione del bene o del servizio menzionato, e dall'altro l'assoluta libertà da vincoli o impegni.

Il rinvio ad una successiva fase di accordi, maggiormente o definitivamente vincolanti, può essere esplicito o implicitamente desumibile dal testo stesso ma, in ogni caso, è da ritenersi escluso qualsiasi immediato legame.

L'estensione di una lettera di intenti può essere anche ampia, accompagnandosi alla stessa un eventuale capitolato che enuclei in maniera dettagliata, pur se non esaustiva, le esigenze del richiedente, o che miri a soddisfare quelle che, l'offerente, ritiene siano le esigenze del destinatario.

Ancora una volta occorre richiamare l'attenzione sul concetto di "volontà", cioè sulla reale intenzione delle parti (o della parte) di non spingere la comunicazione al di là di un più che ampio quadro delle proprie esigenze. Se così non fosse si ricadrebbe effettivamente nella specifica commessa o richiesta. Il fatto di elencare ciò di cui si necessita o di ciò che si vorrebbe acquisire è un fatto materialmente identico, tanto per la lettera di intenti quanto per il contratto di appalto, con la diversa conseguenza che, nel primo caso, avremo solo una ben articolata elencazione sulla quale le parti potranno sviluppare le successive intese mentre, nel secondo, l'impegno ad eseguire quelle specifiche

opere vincolerà l'appaltatore, estendendo al suo committente i correlativi obblighi contrattuali o di legge.

La più ovvia raccomandazione in tema di lettere di intenti è, dunque, quella di invitare le parti ad essere estremamente chiare e lineari e a non suscitare alcun dubbio sulla reale intenzione che non è quella di concludere alcun negozio, ma solo di iniziare ad esaminare la possibilità di concluderlo in futuro.

Altro punto fermo della materia è che, pur vertendo in uno spazio non vincolante, le parti devono sempre attenersi al principio generale di correttezza e buona fede, le cui conseguenze sul piano giuridico vanno oltre l'efficacia ridotta della lettera di intenti in se stessa considerata.

Basti un esempio: se lo scopo della lettera è quello di ottenere informazioni riservate, utilizzate in seguito in danno dell'altra parte, o di sviare l'attenzione da prodotti concorrenti avendo la certezza di non poter soddisfare successivamente quanto offerto, il comportamento della parte che abbia agito in mala fede può riversarsi negativamente sul suo stesso autore.

## b) Verbali di riunione

La presenza di verbali di riunioni a conferma di incontri avvenuti fra le parti si va sempre più estendendo nella prassi negoziale e, mentre in un primo tempo il fenomeno, di chiara discendenza anglosassone e nord americana, era diffuso solo fra aziende di rilevanti dimensioni, oggi è diventato prassi corrente per società anche di dimensioni minori.

Si tratta della cristallizzazione su di un documento dell'attività sino a quel momento svolta, in modo da averne la riproduzione immediata e la possibilità di valutarne l'estensione in qualsiasi momento.

Lo scopo precipuo del verbale è, dunque, probatorio: salvo che le parti non vogliano determinare con esso il vero accordo negoziale, ma in tal caso non si potrà parlare di verbale, bensì di contratto o capitolato contrattualmente rilevante. La sua funzione è limitata a fedele registrazione del fatto accaduto alla presenza di due o più persone.

Una simile caratteristica non deve però indurre a sottovalutare la

portata del documento che, proprio per la sua struttura di registrazione di fatti in contraddittorio fra le parti, potrà assumere rilevanza eccezionale in sede di contestazione al fine di rilevare l'effettiva volontà delle parti.

Soprattutto in un ambito tecnicamente complesso come quello informatico, il riconoscimento di fatti può assumere valore decisivo: il committente ha la facoltà di eseguire verifiche in corso d'opera e la consegna del programma sviluppato avviene solitamente non in un'unica soluzione, ma si articola in più tranches, a fronte di ciascuna delle quali vi potrà anche essere un'accettazione da parte del committente o, comunque, vi potrà accedere una serie di rilievi essenziali ai fini dell'esatta esecuzione dell'appalto di sviluppo di software. Esaminiamo brevemente tali situazioni.

Il committente di un programma ha il diritto di verificare l'esatto andamento dei lavori dell'appalto, ed il solo fatto che si tratti di sviluppo di software non fa venir meno tale diritto (che è stabilito dal codice civile stesso nell'art. 1662) il cui esercizio non deve però tradursi in un ostacolo all'attività dell'appaltatore, né implicare un'estensione non concordata del lavoro. Ora, in presenza di eventuali vizi o difformità riscontrate durante tali verifiche, il committente dovrà darne tempestiva comunicazione allo sviluppatore affinché quest'ultimo possa intervenire concretamente sul prodotto: la conferma di tali osservazioni sarà offerta tanto da una appropriata comunicazione inviata all'appaltatore, quanto da un verbale redatto in contraddittorio fra i tecnici incaricati dalle rispettive aziende di seguire l'andamento dei lavori.

Identica situazione si avrà a fronte della consegna di una parte del programma. Anche in tal caso è ravvisabile un vero e proprio diritto per il committente al quale l'appaltatore non può sottrarsi e dal quale sarà liberato solo a fronte dell'espressa rinuncia da parte del primo.

Le parti stabiliscono solitamente le modalità a cui attenersi per la verifica, sia essa quella finale o si tratti di una delle fasi in corso d'opera, ma ciò che particolarmente rileva, in relazione al verbale, è che, in seguito ad una specifica verifica, potrà aversi o meno l'accettazione da parte del committente. Infatti, "Il collaudo costituisce la dichiarazione positiva che l'opera è

immune da vizi e, pertanto, il produttore risulterà esonerato da responsabilità relative a vizi o difformità apparenti restando in capo allo stesso la garanzia per vizi occulti. Ovviamente occorrerà porre la massima attenzione in questa fase finale del rapporto giacché al collaudo ed all'accettazione conseguente del bene si ricollegano conseguenze notevoli in tema di perfetta esecuzione del software".

Pertanto, qualora sorgano contestazioni in ordine all'esecuzione del lavoro, e tali eccezioni vengano redatte per iscritto, tale documento assumerà un valore inequivocabile ai fini dell'adempimento contrattuale.

L'incidenza del verbale si mostra soprattutto quando, a seguito di osservazioni, una delle parti abbia modificato il software o si sia impegnata in tal senso nei confronti dell'altra e, successivamente, quest'ultima sollevi ulteriori eccezioni, soprattutto in relazione alla mancata esecuzione di quanto concordato. Se a suo tempo non fosse stato redatto il verbale a riprova inequivocabile di quanto asserito, la parte inadempiente potrebbe aver buon gioco nel cercare di diminuire la propria responsabilità, confidando nella deplorable usanza aziendale di "telefonare" anziché "scrivere" e, quindi, nella maggior difficoltà di prova a carico della parte adempiente. In presenza di un verbale tutto assume diversa incidenza e le responsabilità non possono venir eluse.

Un'ultima osservazione, in tema di verbale di riunione, è relativa alla sottoscrizione dello stesso. Per una completa funzione probatoria sarà infatti opportuno che, al termine della riunione, gli intervenuti appongano la loro firma sul testo predisposto del verbale in modo che non possano sorgere dubbi sulla veridicità del suo contenuto. In ogni caso, anche in assenza di sottoscrizioni, non verrebbe meno il valore del documento potendosi ricorrere alla prova testimoniale a conferma del contenuto.

Nella prassi è uso inviare alla controparte copia del verbale, formalmente redatto sulla base degli appunti stesi durante la riunione, a mezzo posta o fax o e-mail.

### c) Accordi quadro

Il termine richiama alla mente una situazione particolarmente

ampia i cui confini tendono a sfumare nell'area contrattuale, ponendo la fattispecie in esame quale punto cardine dei due momenti.

Con l'accordo quadro le parti evidenziano tutti gli aspetti dell'intesa che desiderano porre in essere, offrendone una visione completa e costituendone il parametro sicuro per identificare la volontà negoziale.

Anche in questo caso occorrerà evitare confusioni concettuali (non terminologiche, in quanto sarà la situazione di fatto ad offrire valido spunto di soluzione di possibili contrasti interpretativi) per non attribuire all'accordo quadro una portata maggiore di quanto in realtà non debba essergli riconosciuto: l'accordo quadro non è il contratto e, conseguentemente, non vincolerà direttamente le parti se non al rispetto del principio di correttezza e costituirà sicuro presupposto probatorio.

Il ricorso alla fattispecie dell'accordo quadro si rende particolarmente utile in previsione di intese di joint venture quando, per la vastità degli interessi in gioco e dei costi di investimento, è opportuno tratteggiare preliminarmente i punti dell'accordo, punti che costituiranno oggetto di successiva dettagliata indagine e mirato accordo.

Rispetto alla lettera di intenti precedentemente esaminata, l'accordo quadro svolge una funzione di maggior rilievo ed anche la sua incidenza è indubbiamente maggiore costituendo un costante richiamo al rispetto del principio di correttezza e di buona fede.

Il problema, in tema di Joint Venture, è indubbiamente rilevante quando si presenta la necessità di affiancare all'accordo base una studio di fattibilità atto ad "anticipare" l'oggetto (in senso stretto di prodotto) della Joint che, invece, investirà la successiva e reale fase dell'intesa.

Soprattutto per quanto concerne gli investimenti nella ricerca di software o di realizzazione di sistemi chiavi in mano è necessario che vengano anticipatamente delineati i punti di maggior incidenza, al limite anche solo ai fini della ripartizione dei costi, per l'eventualità che l'intesa di Joint Venture non si concretizzi.

Stabilito nell'accordo quadro ciò che si dovrà realizzare ponendo in essere l'intesa, eventuali studi preliminari o di fattibilità non costituiranno l'accordo, ma implicheranno comunque il sorgere di

obblighi al cui rispetto le parti saranno tenute.

Facciamo un'ipotesi: due aziende si accordano al fine di realizzare un determinato prodotto e vengono attuati studi preliminari in merito per poter successivamente stabilire se definire o meno l'intesa. La presenza di un accordo quadro che stabilisca la portata dell'impegno a cui mirano le parti impedirà che una di esse si sottragga all'impegno o, più semplicemente, riduca considerevolmente il proprio apporto (con conseguente riduzione di costi aziendali).

Per quanto concerne invece la "minuta" ne è stato posto in luce il carattere "interlocutorio e preparatorio della stipulazione". Viene dunque sottolineato che le Parti intendono, proprio con l'uso di una "minuta o puntuazione", documentare l'intesa raggiunta solo su alcuni punti del contratto e rinviarne la stipulazione ad un momento successivo. La così detta puntuazione c minuta di contratto non ha, in via di massima, carattere vincolativo fra le parti, perché esse intendono solitamente documentare l'intesa raggiunta su alcuni punti, d'accordo rinviando ad un momento successivo la stipulazione del contratto, al momento, cioè, in cui avranno raggiunto l'accordo anche sugli altri punti. Ciò non esclude, però, che nel caso concreto la minuta possa avere essa stessa valore di documento probatorio di un contratto già perfezionato, quando contenga l'indicazione dei suoi elementi essenziali e sia dimostrato che le parti abbiano inteso vincolarsi definitivamente in base ad altri elementi che si possono dedurre a prova, nonché in base al loro comportamento successivo, diretto a dare esecuzione all'accordo risultante dal documento stesso.

Conseguentemente, "la figura negoziale della "minuta" o "puntuazione" di contratto ricorre allorché, essendosi raggiunto l'accordo sui soli elementi essenziali, occorre rinviare ad un momento successivo la determinazione degli elementi accessori e integrativi senza i quali l'esecuzione non sarebbe attuabile".

A prima vista la definizione non presenta vizi di sorta: è innegabile che un documento indicato appunto come "minuta" o "bozza" sia una qualcosa di ben diverso dal contratto "definitivo" che viene ufficialmente sottoscritto al termine di tutto l'iter preparatorio, ma è altrettanto evidente che, nell'ambito del

vincolo giuridico, non tutto quanto scritto o detto sia privo di rilevanza e che possa quindi essere annullato, cancellato, sostituito tranquillamente, senza che l'altro contraente possa aver da ridire. Rimandando all'esame più dettagliato delle "minute" la valutazione sul contenuto e la portata dei singoli documenti di intesa ci limitiamo a ribadire in questa sede che l'indagine sul momento perfezionativo dell'accordo, e quindi sulla sua validità ed efficacia, segue, in forza del diritto, un percorso più rigido di quanto potrebbe apparire a prima vista. La ovvia conseguenza è che, in difetto di una specifica volontà dei contraenti, potrebbe ugualmente verificarsi il perfezionamento del contratto. Vedasi in tal senso un ormai consolidato giudicato che ha colto il fulcro della questione delineando dapprima i parametri di valutazione e rinviando poi all'esame dei singoli casi concreti l'applicabilità o meno del principio. Rileva la costante giurisprudenza della Cassazione che *"nel caso di un contratto a formazione successiva o progressiva il quale si sia arrestato ad una scrittura sommaria ed incompiuta, contenente tutti gli elementi essenziali, la esistenza tra le parti di una riserva della perfezione del contratto al raggiungimento dell'accordo su altri punti può essere provata con ogni mezzo, e quindi anche per testimoni, nonostante che si tratti di contratto che esige forma scritta ad substantiam. Una prova del genere ha come oggetto elementi di fatto; ed essa non è contro o in aggiunta al contratto, ma è diretta a porre in luce ciò che è un prius del contratto: stabilire cioè se le parti scrissero per vincolarsi fin d'allora al contenuto della scrittura o per documentare già il fatto in vista del futuro contratto.*

*Può esservi, anche in un contratto formato progressivamente, un momento nel quale l'accordo raggiunto, anche se incompiuto rispetto a tutti gli intenti economici e pratici (ai quali corrispondono le accessorie determinazioni giuridiche) è voluto dalle parti come fonte di obbligazioni, come qualcosa di definitivamente distaccato dalle volontà individuali e concorrenti a formare l'unitaria volontà negoziale; e da questo momento quindi, il contratto, anche se privo di precetti accessori e secondari è perfetto e valido.*

*Quando invece le parti pongono sullo stesso piano elementi essenziali o no, tipici o no, e intendono proseguire anche dopo aver documentato per iscritto le tappe dell'accordo sui punti*



*essenziali, le trattative, senza di che non s'intendono obbligate né intendono aver dato vita ad un negozio, la funzione dispositiva sarà assunta soltanto dall'intero negozio, quando saranno positivamente esaurite tutte le trattative; fino a quel momento la registrazione anche per iscritto, di ciò che è avvenuto, ha una funzione prevalentemente storica e probatoria, non del contratto ma del percorso della sua formazione".*

Nel trattare uno dei requisiti fondamentali del contratto, quale appunto l'accordo, non possiamo tuttavia fare a meno di affrontare un aspetto rilevante di tutta la questione e cioè della vasta problematica della responsabilità precontrattuale, della buona fede nelle trattative e della correttezza sempre dovuta da tutti i soggetti. Risulta infatti evidente che la maggior parte di quanto posto in essere ed utilizzato dalle parti assume rilevanza giuridica nell'ambito dell'intero rapporto. E ciò sia che il negozio giunga a perfezionamento, sia che vi pervenga inficiato da qualche vizio del consenso, sia che si verifichi un'interruzione delle trattative senza che ad essa faccia seguito il ripristino e la conclusione dell'iter negoziale.

Chiunque inizi e conduca delle intese con un altro soggetto, ha il diritto di essere obiettivamente posto in condizione di valutare non solo l'opportunità, ma anche la serietà delle proposte altrui giacché, diversamente, non spenderebbe tempo e denaro in una ricerca di intesa insostenibile sin dal suo nascere.

Altrettanta chiarezza e precisione deve accompagnarsi a tutto quanto utilizzato da ciascun contraente: e ci riferiamo non solo all'eventuale materiale, ma anche alla presenza di esperti e consiglieri.

La corrispondenza di un campione al prodotto finito, la richiesta di un parametro realmente speculare delle proprie esigenze, la valutazione del problema o di un suo aspetto effettuata da un esperto del settore, sono tutti elementi essenziali ed imprescindibili per ogni corretto approccio giuridico commerciale. Già per la natura stessa delle cose, sovente, sorgono intoppi e difficoltà legati a vizi o difetti di materiali o a cattiva esecuzione di incarichi: le ripercussioni ed i rimedi sono "astrattamente" enucleati nel codice sia in ordine ai principi generali di adempimento sia in ordine all'eventuale garanzia per vizi o per inesatta esecuzione, e resterà la difficoltà di ricercare ed

applicare la norma del caso specifico, accomunandosi a volte due rimedi e ponendosi dunque all'interprete la necessità di un ulteriore sforzo che miri ad ottenere il risultato non solo più consistente ma anche il più idoneo per la parte creditrice.

È la prassi che insegna a muoversi e induce a volte ad accettare soluzioni risarcitorie più temperate ma più sicure rispetto a violente prese di posizione che, se ottimali sul piano teorico, poi sul piano pratico potrebbero rendersi inattuabili. Facciamo un esempio scolastico. Se il risultato di un appalto non è soddisfacente potrebbe essere più opportuno richiedere una riduzione del prezzo che l'intera risoluzione del rapporto che implicherebbe un ripristino di fatto forse più oneroso, alla lunga, di un più sicuro ed immediato risparmio sul costo.

Un altro aspetto del tutto particolare della manifestazione della volontà dei contraenti è quello del cosiddetto "silenzio". Tale concetto viene da noi affrontato sotto il duplice aspetto della semplice omessa dichiarazione e della "reticenza". Soprattutto in ordine al secondo concetto cercheremo di approfondire l'indagine relativamente alle sue incidenze nell'ambito dei vizi della volontà e di tutte le possibili ripercussioni. Procediamo pertanto all'esame del concetto di silenzio.

Sappiamo che la manifestazione negoziale è offerta dall'espressione positiva della volontà dei contraenti e pertanto, innanzi ad una specifica offerta, il destinatario manifesterà o meno la propria adesione alla stessa permettendo la conclusione dell'accordo medesimo. Si rientra quindi nell'ambito di uno dei requisiti essenziali del contratto e, precisamente, in quello (accordo) indicato al n. 1 dell'art. 1325 (accordo) del c.c. La questione si pone innanzitutto nel seguente termine e cioè se il silenzio, inteso come mancata manifestazione esterna, possa intendersi in senso positivo di accondiscendenza dell'altrui volontà e quindi possa assurgere esso stesso a vera e propria manifestazione del consenso.

Sarà opportuno vagliare le singole fattispecie pratiche giacché non riteniamo possa prospettarsi alcun dubbio qualora in luogo del silenzio venga posto in essere un comportamento pratico implicitamente positivo: in tal caso l'esecuzione delle prestazioni richieste costituisce perfetta esecuzione anche del contratto che, quindi, è da ritenersi concluso.

In quest'ipotesi il silenzio inteso appunto quale manifestazione esteriore è stato adeguatamente sostituito dal comportamento e come tale non può parlarsi di "silenzio" in senso stretto, avendo trovato perfetta coincidenza tutti gli elementi negoziali.

Se ne evince che il "silenzio", assuma rilevanza giuridica in quelle ipotesi in cui vi sia un espresso impegno di manifestazione esterna espressa di volontà, come per esempio, quando contrattualmente sia pattuita una manifestazione di tal tipo, o quando siano gli usi o la legge a richiederlo.

Al di fuori pertanto di un impegno contrattualmente assunto o, di aderenza ad usi o leggi, la mancata manifestazione espressa di volontà potrebbe essere valutata quale reticenza. La portata di tale fatto, nell'ambito della dinamica contrattuale, è estremamente rilevante e si ripercuote tanto nella fase precontrattuale quanto nella fase contrattuale stessa. Il discorso deve necessariamente investire il problema della correttezza e della buona fede dei contraenti.

Esaminiamo alcune disposizioni imperative: l'art. 1175 e. c. recita che "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"; gli artt. 1337 e 1338 rispettivamente indicano che "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede" e "la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

Quindi l'attenzione dovrà essere estesa all'intera linea di comportamento delle parti interessate al perfezionamento contrattuale e riteniamo che tale indagine debba sottolineare la necessità di un comportamento corretto ed equo fra tutti i soggetti. L'efficacia e la validità di un negozio giuridico investe rapporti etici e pratici ed i primi non sono poi così avulsi ed astratti rispetto ai secondi giacché, facendo un esempio banale, un comportamento spregiudicato ed impostato ad un inequivocabile approfittamento della situazione concreta, al di là della logica e giusta sanzione immediata del risarcimento del danno finirebbe col ripercuotersi negativamente anche per il futuro. L'autore di esso si troverebbe in una posizione negativa

rispetto a potenziali ulteriori contraenti, giacché, bene o male, le notizie "corrono" e una cattiva fama non costituisce certo la migliore ipotesi di avviamento commerciale. Non vogliamo certo assurgere a fustigatori di costumi né scordare che, purtroppo, la prassi commerciale e la legge di mercato non tengono conto adeguatamente del concetto etico, ma in realtà se non si accettasse il principio di una sempre maggior correttezza commerciale si ricadrebbe non in un'area di libero mercato e concorrenza, ma in un'area di "pirateria".

L'esigenza di equità non è seguita solo dal nostro ordinamento, ma anche in situazioni commerciali di estrema dinamicità quali quelle nord-americane vige la ricerca di un principio di buona fede e correttezza. Ci pare più che esemplificativa l'osservazione riportata in una pubblicazione dell'area informatica giuridica relativa proprio ad un lineare comportamento negoziale. In forza di esso lo stesso staff dirigenziale, di una società, nella predisposizione degli accordi e delle specifiche di un contratto si è posto il dubbio se una clausola particolarmente "equivoca" e più favorevole all'interesse della società, potesse essere riportata nella stesura definitiva dell'accordo senza avere in futuro conseguenze ben più negative dell'immediato beneficio.

Sorge così l'esigenza di valutare attentamente l'incidenza di una pattuizione che, per la sua stessa natura, potrebbe dare origine a situazioni negative e sfociare, al limite in una lite giudiziaria. Ora al di là del contenuto più o meno etico, la cui preponderanza potrebbe scomparire innanzi al miraggio di un concreto beneficio economico, va rilevato come un tale processo volitivo ribalti quelli che una volta erano i canoni noti nelle trattative commerciali e che potevano riassumersi nel più generale principio del "noi ci proviamo e poi eventualmente saranno gli avvocati a difenderci".

È assai più logico e, in ultima analisi, anche economicamente più opportuno, che qualsiasi intesa commerciale sorga già sulla base di una equità e correttezza reciproca ed è assai meglio che gli sforzi siano diretti preventivamente ad evitare ostacoli, piuttosto che dover ricorrere ad operazioni "ardite", e non sempre attuabili di salvataggio.

Sintomatica manifestazione di tale nuovo modo di inquadrare le intese commerciali, è offerta proprio dal sorgere di tutte le

associazioni di categoria e di tutela, di cui abbiamo già in precedenza accennato.

In ogni caso, anche dal di là di costrutti astratti e teorici, che possono restare nel campo delle buone intenzioni, va rilevato che, comunque, esiste questo specifico obbligo giuridico, sanzionato dagli artt. 1175, 1337 e 1338 c.c., la cui portata non può essere ignorata in alcun modo ed anzi la cui conoscenza deve essere patrimonio comune di ciascun contraente.

E in violazione di tale disposto di legge sorgono conseguenze negative (esempio l'annullabilità del contratto) che si ripercuotono come un boomerang proprio sull'autore della violazione.

Ora, il concetto di "buona fede" è indubbiamente assai particolare e per assumere la dovuta incidenza nei rapporti giuridici è necessario che identifichi un ben preciso atteggiamento relativamente a ciascuno dei soggetti contraenti.

Non va scordato che per ogni libero mercato valgono altresì i principi di imprenditorialità e di concorrenza che, quando non sono spinti oltre il lecito (violazione appunto del dovere di correttezza e di buona fede) non implicano alcuna esigenza di specifica tutela per il contraente.

Al di fuori di ipotesi di vera e propria incapacità a contrarre si presume che ciascun soggetto, nel porre in essere i propri interessi patrimoniali, persegua uno scopo logico e si comporti con la normale diligenza e sappia quindi valutare la portata della propria azione. Anzi, oltre che "sappia", che "debba" conoscere l'incidenza di ciò che ha posto in essere, incidenza che si ripercuote non solo sulla sua area economico-patrimoniale, ma anche su quella dell'altro contraente, i cui diritti devono trovare uguale ampia tutela giuridica.

Si viene così a contemperare il discorso svolto precedentemente in ordine a comportamenti poco corretti: la linea di demarcazione è offerta proprio da questo impegno giuridico di comportarsi in maniera tale da non ledere scientemente altrui diritti violando il reciproco affidamento e comportamento di correttezza che il legislatore ha posto a fondamento di ogni negoziazione patrimoniale. Sarà poi l'esame delle singole fattispecie che ci consentirà di ravvisare o meno una violazione della norma e, conseguentemente, di valutare la portata e l'incidenza del

rimediale appropriato.

Procediamo quindi dall'esame del requisito della "correttezza". Essa implica la necessità di comportarsi "in modo da non ledere l'interesse dell'altro (contraente) oltre i limiti della legittima tutela dell'interesse proprio". Risalta pertanto quella già accennata esigenza di contemperare l'altrui affidamento nel negozio con la tutela del proprio interesse. Ma in realtà ci pare che tale precetto sia più applicabile in concreto di quanto possa apparire a prima vista.

È stato infatti sostenuto che il venir meno del dovere di correttezza assurga ad atteggiamento sanzionabile solo in presenza di un'espressa disposizione di legge, e che diversamente potrebbe solo essere utilizzato come criterio di "valutazione e di qualificazione di un comportamento".

Ma il fatto stesso di non costituire un "diritto soggettivo tutelato erga omnes dall'osservanza del precetto del *neminem laedere*, quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge" non priva di una sua precisa rilevanza il comportamento attuato in dispregio delle regole di correttezza. Valutando il dettato dell'art. 2043 c.c. se ne deduce come il legislatore abbia espressamente sanzionato l'obbligo risarcitorio a carico di colui che con dolo o colpa, ha cagionato ad altri un danno ingiusto, e che quindi detta illiceità è desumibile dall'ingiustizia" del fatto, cioè da un danno "prodotto non iure (e cioè in assenza di cause giustificative del fatto dannoso) e *contrarius* (vale a dire in quanto tale fatto incida su di una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto, sicché non vi è ragione di escludere dalla tutela i diritti relativi".

#### d) Offerte, promesse e inviti ad offrire

L'argomento è di estremo interesse nell'ambito delle trattative aziendali e, conseguentemente, del complesso di attività precontrattuali che dovrebbero convergere poi nella determinazione del rapporto definitivo.

Il concetto di offerta può essere estremamente ampio o circoscritto, secondo che lo si esamini dall'angolo di visuale della fase economica o della fase più strettamente giuridica. In effetti, qualunque attività diretta a proporre un certo prodotto o a

ricercare un acquirente o, ancora, programmata per una certa area economica o commerciale, può essere identificata in una "offerta", ma dal punto di vista del diritto è opportuno esaminare attentamente ciascuna singola fattispecie giacché, per assurgere alle caratteristiche vincolanti di una "offerta", occorrono ben precisi requisiti.

Innanzitutto consideriamo il disposto dell'art. 1336 c.c. Tale norma disciplina quelle fattispecie che siano definite come "offerte al pubblico" la cui caratteristica è proprio quella di consistere in una proposta che abbia in sé tutti gli estremi essenziali del contratto cui è diretta. Siamo dunque innanzi ad un'offerta revocabile, che costituisce una componente del futuro possibile contratto, che si perfezionerà non appena il destinatario della proposta lo accetti. Al riguardo è stato giustamente scritto che l'offerta al pubblico "di per sé rappresenta solo un moncone di negozio e diventerà negozio, cioè contratto, solo con l'accettazione di qualcuno".

Nella prassi commerciale è tuttavia facile ravvisare, accanto alla figura dell'offerta al pubblico, la cosiddetta "promessa al pubblico". Quest'ultima fattispecie è disciplinata dall'art. 1989 c.c. e si realizza nel semplice fatto di chiunque si rivolga "al pubblico" e prometta "una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione". La più immediata e rilevante conseguenza consiste nel fatto che il solo manifestare "pubblicamente" la propria volontà fa sorgere il vincolo giuridico per il promittente, il quale resta vincolato alla esteriosizzazione della sua stessa volontà.

L'ulteriore differenza fra le due ipotesi dell'offerta e della promessa, è data proprio dalla possibilità di revoca della prima che, "se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia".

Invece per la promessa non può parlarsi tecnicamente di revocabilità antecedente alla esteriosizzazione, in quanto solo tramite la "pubblicità" sorge il vincolo a carico del promittente. Pertanto, lo stesso vincolo verrà meno solo in presenza di un termine apposto o, in sua mancanza, qualora entro un anno non sia stato comunicato all'autore della promessa "l'avveramento della situazione o il compimento dell'azione prevista nella

promessa". Tuttavia la promessa può essere revocata prima della scadenza del detto termine, in presenza di una giusta causa, ma a condizione che la revoca medesima goda degli stessi requisiti di pubblicità di cui aveva goduto precedentemente la promessa. Al di fuori di questa situazione la promessa non è revocabile. Due sono le epoche, rispetto alle quali può ipotizzarsi la revoca:

- a) l'epoca successiva al momento in cui la promessa è resa pubblica, perfezionandosi, e anteriore all'avveramento della situazione o al compimento dell'azione;
- b) l'epoca immediatamente successiva all'avveramento della situazione e al compimento dell'azione.

Nel primo caso la revoca è consentita, ma solo per giusta causa; nel secondo la promessa è del tutto irrevocabile.

Per quanto concerne la figura della promessa al pubblico va rilevato come la stessa sia praticamente inesistente nell'area informatica e, in ipotesi, relativa solamente a prodotti hardware oppure a pacchetti software per così dire di "largo consumo", cioè destinati ad una molteplicità di utenti ed acquisibili a costi relativamente modesti.

Ovviamente per quanto concerne le garanzie a fronte di una simile azione commerciale non vi è molto da dire: una volta che il fornitore abbia rispettato i parametri specifici "promessi" con quel determinato prodotto, ed una volta che lo stesso si sia mostrato immune da vizi d'uso, si potranno ritenere rispettati gli impegni assunti, restando comunque impregiudicata la tutela generale dettata dal codice civile per le singole figure giuridiche poste in essere (solitamente vendita).

Le figure dell'offerta e della promessa al pubblico occupano pertanto una loro ben precisa collocazione e soprattutto la fattispecie dell'offerta ci consente un parallelo con la terza figura da esaminare e cioè la vera e propria offerta posta in essere da uno dei contraenti nei confronti dell'altra parte.

Il primo elemento da rilevare in tale fattispecie è la mancanza del requisito della pubblicità, cioè della esteriorizzazione "erga omnes": infatti ora siamo di fronte ad un destinatario ben identificato, il quale potrà accettare e perfezionare il negozio, o rilanciare a sua volta l'offerta con una o più modifiche, riponendo in discussione l'intero rapporto.



È opportuno sgomberare preliminarmente il terreno da un possibile equivoco: le promesse di fare un qualcosa vincolano il loro autore nel momento stesso in cui sono esteriorizzate e conseguentemente sono esse stesse un negozio giuridico perfetto. Va quindi sempre tenuta presente la differenza sostanziale fra ciò che viene "promesso" nell'ambito di una trattativa, da ciò che potrebbe costituire una vera e propria "promessa unilaterale" di per sé immediatamente vincolante. A tal fine richiamiamo quanto precedentemente scritto in relazione alle lettere di intenti o all'accordo quadro, risultando pertanto entro certi limiti più agevole riconoscere una proposta non vincolante da una vera e propria offerta che impegni inequivocabilmente l'offerente.

Nella presente ricerca ciò che interessa maggiormente è proprio quest'ultima figura, che assume il più delle volte posizione preminente nell'iter commerciale.

Bisogna tuttavia ammettere che non sempre le distinzioni o, meglio, le classificazioni si pongono con precisi contorni, con la conseguenza che il caso pratico potrebbe vanificare la certezza di una compilazione astratta. Consideriamo quindi l'ipotesi più lineare e cioè quella ravvisabile in una offerta diretta a proporre un determinato prodotto o uno specifico servizio a fronte di un corrispettivo e, a volte, anche quale risposta ad una richiesta preliminarmente avanzata dal destinatario dell'offerta.

Dallo stesso primo comma dell'art. 1336 c.c. si possono desumere alcuni elementi rilevanti: recita infatti tale articolo che "l'offerta al pubblico quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi". Pertanto l'offerta diretta ad un indeterminato soggetto può vincolare l'offerente con la stessa efficacia di qualsiasi altra proposta contrattuale, della quale infatti ha la stessa natura.

Ne consegue che la proposta, qualora manifesti inequivocabilmente i punti voluti dal contraente, priva la sfera del suo potere della possibilità di sottrarsi al perfezionamento del negozio qualora il destinatario accetti detta offerta, accettazione che potrà anche essere tacita, come nel caso in cui lo esigano la natura stessa dell'affare o gli usi. Con riferimento all'elaboratore v'è chi esclude che possa ritenersi qualificabile come offerta al

pubblico "la proposta emessa mediante elaboratore" in quanto "il collegamento tra elaboratori presuppone necessariamente la ricettibilità della dichiarazione. L'autore distingue però dalla precedente l'ipotesi in cui l'elaboratore "costituisca il mezzo per concludere il contratto sollecitato" come "ad esempio esposizione di merce in vetrina con accanto l'elaboratore del venditore che consente la prenotazione di quei "beni". A nostro giudizio comunque vi può essere un'ulteriore distinzione e cioè l'offerta al pubblico attuata pure attraverso il calcolatore, intendendosi quest'ultimo come il veicolo di esteriorizzazione della volontà della parte. In effetti lo sviluppo continuo del fenomeno informatico può postulare una diffusione tale del mezzo, da farlo identificare come qualsiasi altra forma di trasmissione dell'offerta "*ad incertam personam*", e pertanto la ricettività si instaurerebbe solo nei confronti di coloro che, aderendo all'offerta, concludono il contratto. Per quanto invece concerne il rapporto diretto fra l'offerente ed un solo destinatario è indubbio che non valga più la qualifica di offerta al pubblico ma che si tratti piuttosto di una vera e propria proposta contrattuale, così come ulteriormente argomentato nel testo.

Ovviamente esiste un margine entro il quale il proponente può sottrarsi all'impegno vincolante del perfezionamento contrattuale, e tale spazio è offerto da quell'arco di tempo intercorrente fra l'emissione della proposta e il momento in cui, a fronte dell'accettazione del destinatario, il contratto si conclude. Questa facoltà di revoca non deve però ledere il diritto dell'altro contraente (promissario) che abbia iniziato in buona fede l'esecuzione affinché non ne abbia a subire un ingiusto pregiudizio a fronte della mancata conclusione del contratto.

Va rilevato come ancora una volta torni in campo il concetto della buona fede, riferita però al destinatario della proposta: è del tutto indifferente la posizione del promittente e, anche se questi abbia agito con la miglior correttezza possibile, l'altro soggetto ha diritto all'indennizzo. Ciascun contraente dovrà quindi valutare con attenzione il proprio ambito di operatività per evitare sia l'instaurarsi di un vincolo definitivo non voluto, sia il rischio di corrispondere un giusto risarcimento all'altra parte in buona fede.

La delicatezza della questione va però anche oltre. Abbiamo

detto che la proposta produce il perfezionamento del contratto nel momento stesso in cui si sposa con l'accettazione, espressa o tacita, del destinatario, ma vi è l'ulteriore possibilità che quest'ultimo modifichi i termini dell'originaria offerta. Ciò può avvenire in due diversi modi e cioè o manifestando un'accettazione non corrispondente alla proposta oppure manifestando un'accettazione parziale o con riserva. Nel primo caso l'accettazione perde la sua natura al momento conclusivo dell'incontro delle volontà ed impedisce il sorgere del vincolo, ma nello stesso tempo modifica la sua essenza e potrebbe essa stessa assurgere a nuova proposta ponendo così il proponente nella diversa posizione di accettante. È quindi opportuno valutare attentamente tutto lo scambio di note e corrispondenza che solitamente accompagnano le trattative, al fine di evitare pericolose e non volute digressioni. Nel secondo caso l'accettazione perde totalmente ogni efficacia sia per la sua incompiutezza sia per l'espressa "riserva" che, come tale, tende a differire ad un momento successivo il perfezionamento dell'accordo.

Un breve cenno va fatto in questa sede ancora in tema di silenzio, non considerandolo più dal punto di vista per così dire negativo, di mancata comunicazione di elementi rilevanti ai fini della validità negoziale, bensì dal punto di vista "positivo" dell'incidenza di tale figura in ordine alla proposta contrattuale e successiva sua accettazione.

Ovviamente un comportamento di tal tipo (silenzio) non può certo assumere sempre valore di accettazione, ma occorre però distinguere quelle ipotesi nelle quali sia stato stabilito che la mancata risposta negativa implichi accettazione. Ciò avviene soprattutto con l'apposizione di un termine ben specificato per il diniego e che al di là di esso il silenzio valga per accettazione. Ma anche in questo caso non si può generalizzare, altrimenti ciascuno di noi sarebbe subissato da offerte e proposte con l'onere di respingerle espressamente tutte per non doverle subire: tale fatto non solo sarebbe contrario ad ogni principio di buona fede, ma soprattutto difetterebbe sempre della reale intrinseca presenza di una volontà concludente. In definitiva dunque anche il silenzio potrebbe assurgere a fattispecie concludente, soprattutto quando il soggetto interessato "doveva

o poteva parlare”.

Il silenzio assume anche rilevanza quando opera unitamente all’attuazione od esecuzione: infatti il proponente può aver concordato la prestazione della sua controparte senza una preventiva accettazione della proposta, o potrebbe essere la natura stessa della prestazione da esigere il suo inizio anche in assenza di accettazione. Il contratto si concluderà pertanto “nel tempo e luogo in cui ha avuto esecuzione” (art. 1327 c.c.) e riteniamo sempre che l’esecuzione corrisponda esattamente ai requisiti della proposta. Grava sull’accettante l’onere di “dare prontamente avviso” dell’esecuzione intrapresa a pena di dover risarcire gli eventuali danni patiti dalla controparte.

Concludendo la riflessione sull’offerta riteniamo opportuno richiamare le parti alla massima attenzione nella predisposizione della corrispondenza aziendale rammentando come possa essere opportuno inviare dapprima una lettera di intenti che illustri genericamente ciò che si intende offrire o che si desidera ricevere e, solo successivamente alla risposta dell’altra parte, procedere con l’opportuna articolazione delle esigenze. Così, se si intende offrire il proprio know how per l’assistenza ad un software o per il controllo di qualità, dovranno stabilirsi tutti i punti salienti nel corpo dell’offerta o del contratto e non prima, seguendo un sempre valido criterio di prudenza che mira alla tutela non solo contrattuale, ma anche di segretezza aziendale.

Rammentiamo ancora come nella prassi l’offerta sostituisca solitamente un apposito testo contrattuale e quindi tutto ciò che verrà scritto ed offerto, una volta accettato, sarà vincolante.

Altro punto rilevante è quello dell’invito ad offrire che, solitamente, qualifica quella particolare fattispecie ricorrente ogni qual volta un’azienda od un determinato soggetto invita possibili contraenti a comunicare delle offerte che verranno poi valutate ed eventualmente accettate. Ma l’accettazione resta nella piena disponibilità del richiedente che, a parità di offerte potrà insindacabilmente orientare le proprie scelte. Anche in questa ipotesi nulla può essere lasciato in forma incompleta o generica e pertanto nell’invito ad offrire dovranno essere contenuti o ravvisabili gli elementi necessari per il perfezionamento del contratto. Si ha quasi un’inversione dei ruoli, e cioè la parte che intende concludere rivolge alle altre parti l’invito a farsi avanti in

modo tale che la prima proposta parta da essi, e come abbiamo appunto sottolineato, tende solitamente ad esporre nel suo invito i punti su cui dovranno convergere le future offerte.

Anche in questa fattispecie dovrà essere rispettato il noto principio della buona fede giacché l'intero iter contrattuale prende le mosse proprio da questa fase iniziale e su di essa innesta tutto il suo successivo sviluppo.

E varrà anche qui quanto precedentemente detto in tema di lettere di intenti ed accordi quadro.

#### e) Proposte e conclusione del contratto

Pur senza sviluppare un'indagine approfondita in ordine al momento perfezionativo del negozio prodotto con l'incontro delle volontà delle parti, argomento quanto mai esaurientemente trattato in dottrina e in giurisprudenza, riteniamo opportuno richiamare in questa sede alcuni aspetti particolari propri della prassi commerciale e quindi delle trattative.

La tendenza a richiedere ed a offrire, che rispecchia un pur legittimo interesse di ciascun contraente diretto ad ottenere la migliore e più concreta soddisfazione dei propri interessi, non deve tuttavia spingere ciascuna parte a sottovalutare i principi dell'ordinamento giuridico che, improntati ad un imparziale principio di tutela, tendono a garantire anche gli altri soggetti e, conseguentemente, a giustificare le conclusioni di un negozio.

La manifestazione del proprio intento, soprattutto se accompagnata dalla indicazione degli elementi principali del contratto che si vuole concludere, pone il destinatario delle proposte in una posizione di affidamento nei confronti dell'altro soggetto e pertanto il primo, salvo il caso di sua colpa, è "autorizzato" a confidare nell'intento del proponente e quindi ad aderire, ove ne ricorrano i presupposti, al negozio posto in essere.

Praticamente ritorna in vigore il principio generale della buona fede e dell'irrilevanza delle segrete intenzioni del proponente cosicché una specifica offerta di accordo contenente, ad esempio, costi, modalità e oggetto di un servizio, qualora venga accettata dal destinatario concretizza il vincolo contrattuale. Ne consegue che non solo possa trovare applicazione il principio

generale in forza del quale l'interruzione immotivata delle trattative implichi l'estensione della responsabilità extra contrattuale, ma addirittura si debba parlare di adempimento contrattuale, essendosi in realtà concluso quest'ultimo. Qualsiasi diniego o ritrattazione successiva non potrebbe trovare giustificazione giacché a quel punto soltanto il consenso di entrambi i contraenti potrebbe sciogliere il vincolo sorto, vincolo avente "forza di legge fra le parti" stesse. Quindi nell'intera complessa fase della richiesta e della proposta le parti dovranno aver ben presente la necessità di specificare le loro reali intenzioni e quindi, di indicare espressamente le proprie riserve o specifiche indicazioni di gradimento.

La prassi insegna come sia sovente necessario ed opportuno contattare e richiedere indicazioni e parametri in merito a quanto desiderato, ma proprio per ciò non deve sorgere il pur minimo dubbio in ordine a dette intenzioni e cioè che si intende solo tastare il terreno e valutare la possibilità di conclusioni di futuri accordi.

Si ricorre abitualmente alle lettere di intenti o ad indicazioni programmatiche e, ripetiamo, il loro tenore deve essere inequivocabile.

È opportuno a tal fine rammentare che la volontà rilevante deve essere quella diretta alla conclusione del contratto, mentre diversa incidenza assume la volontà diretta a porre in essere delle trattative che di per sé non implicano affatto l'intenzione di perfezionare il vincolo contrattuale.

Asserire il contrario, anche alla luce della sola logica, significherebbe attribuire una diversa intenzione ai due (o anche ad uno solo) contraenti.

Ne deriva che tutta la serie di intese pre-negoziali, tutti gli scambi di informazione e di documenti non costituiscono elementi qualificanti del contratto, ma ne compongono solo degli elementi che in futuro, ed in presenza di una specifica volontà, confluiranno nella definitiva manifestazione negoziale. Risulta pertanto assai utile delineare preliminarmente che si intende dar vita ad una fase di trattativa e non concludente, e a tal fine uno scambio di lettere o la specificazione di tale scopo nel documento di intesa servirà ad eliminare possibili dubbi.

La ricerca di possibili future intese, l'incontro delle reciproche

esigenze, mira solitamente ad inquadrare quelli che saranno i punti centrali del futuro accordo, cercando di eliminare le incongruenze ed i disaccordi sugli obiettivi finali desiderati.

Potrebbe però verificarsi un fatto nuovo e cioè che l'accordo delle parti possa ravvisarsi nella coincidenza sui punti essenziali e che, salvo espressa riserva di concordare tutti gli altri elementi (essenziali e non essenziali), l'intesa raggiunta assurga a vincolo contrattuale.

Uno scambio di documenti dal cui tenore risulti inequivocabilmente l'intenzione delle parti di voler concludere un negozio più complesso della semplice acquisizione di un bene specifico quale l'hardware consegnato o dal quale si possano comprendere le caratteristiche e le qualità del bene in rapporto alle specifiche esigenze e volontà dell'acquirente, non può essere in alcun modo disatteso. Anche ad accentrare l'attenzione sul negozio conclusivo non riteniamo sia possibile escludere dall'indagine tutta la fase iniziale della volontà e, pertanto, ignorare il disposto dell'art. 1362 c.c. per il quale "nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti" e per considerare "il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto", principio questo estendibile anche alle fattispecie più complesse e strettamente abbinabile al concetto dell'interpretazione "secondo buona fede". In tema di appalto un recente giudicato ha specificato che "l'appaltatore, che deve realizzare un'opera tecnicamente idonea a soddisfare le esigenze del committente risultanti dal contratto, ha il conseguente dovere di rendere edotto quest'ultimo di eventuali obiettive situazioni o carenze del progetto, rilevate o rilevabili con la normale diligenza, ostative all'utilizzazione dell'opera ai fini pattuiti".

Ora tale concetto può essere maggiormente ribadito rammentando che sovente per quel determinato contratto, e quindi per la sua stipulazione, non è richiesta la forma scritta ad substantiam o ad probationem.

Un ulteriore problema connesso a tali manifestazioni di intenti potrebbe essere offerto dalla presenza di costi o di specifici impegni: ad una richiesta di determinate prestazioni il destinatario, quindi il futuro probabile contraente, dovrebbe

porre in essere studi e ricerche a volte costose, soprattutto in termini di impiego di materiali e di personale. Così dunque potrebbe essere opportuno specificare all'origine, o anche con risposte separate alle richieste, ma antecedenti all'inizio del lavoro diretto a concretizzare l'offerta, eventuali accordi su costi o su riservatezze, non potendosi negare che, in materia altamente tecnologica come quella informatica, venga quasi sempre posto in essere uno scambio di vero e proprio know how aziendale.

Bisogna porre l'accento, inoltre, a due distinte situazioni: la prima è offerta dal contenimento di tutta l'operazione all'interno della medesima struttura aziendale dell'interessato.

In tal caso ogni problema relativo al maggior o minor risultato perseguibile è limitato al normale rendimento produttivo e qualificante del gruppo di lavoro aziendale incaricato di tale incombenza, con esclusione quindi di qualsiasi specifico incarico "esterno" e conseguente responsabilità di buon risultato finale.

Va anche notato come lo stesso studio di fattibilità costituisca un tassello indifferentemente utilizzabile, e cioè come lo stesso possa formare il presupposto di un futuro negozio giuridico, del quale verrà a costituire parametro o elemento necessario, o come possa, invece, essere utilizzato semplicemente quale fattore conoscitivo e di eventuale know-how aziendale. Comunque sia, in questa fase strettamente "interna", la ricerca ed il risultato non producono effetti giuridici rilevanti per i terzi.

Il discorso cambia qualora dello studio sia incaricato un soggetto estraneo all'azienda quale, appunto, un consulente esterno o una determinata azienda che svolga attività in quel settore specifico di ricerca, o che ricomprenda tale settore di ricerca nell'ambito della sua vasta attività sociale.

Il fenomeno dell'incarico di studio di un consulente (persona fisica) esterno ricade nella normale esecuzione di un contratto d'opera, in forza del quale il "prestatore d'opera", a fronte di un corrispettivo si impegna a compiere un'opera od un determinato servizio, senza porre in essere alcun vincolo di subordinazione nei confronti del committente (fatto quest'ultimo, riscontrabile nell'ipotesi precedentemente esaminata di sviluppo dello studio nell'ambito della medesima struttura aziendale e lavorativa del committente).



Particolare attenzione dovrà essere posta in essere dal prestatore d'opera che risulti iscritto ad apposito albo o elenco delle professioni intellettuali: in questo caso infatti si applica il principio sancito dall'art. 2236 c.c., in forza del quale "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave". Ne consegue che il professionista incaricato di risolvere difficoltosi problemi dovrà operare tenendo accuratamente conto della specifica onerosità dell'impegno.

Se invece il committente si rivolge ad un imprenditore, avremo un ordinario appalto con l'applicazione di tutta la specifica disciplina rilevante soprattutto ai fini della presenza o meno di vizi dell'opera.

In effetti il contratto instauratosi fra committente ed appaltatore, pur se diretto ad un risultato che potrà o meno essere utilizzato dal medesimo committente ai fini del ciclo del sistema elaborativo, gode di tutti i propri autonomi requisiti giuridici. Così troverà applicazione la disciplina specificata negli artt. 1655-1677 c.c., ove di volta in volta applicabili.

L'incidenza giuridica però non è limitata alla conclusione dello specifico appalto, ma troveranno applicazione anche tutte le norme proprie delle trattative in quanto nulla muta nel rapporto instauratosi fra committente ed appaltatore rispetto a qualsiasi altra figura contrattuale.

Entrambe le parti saranno tenute al comportamento secondo buona fede ed al rispetto di tutte le corrispondenti norme e, soprattutto, anche nel conferimento dello specifico incarico, andranno distinte le attività preliminari giuridicamente non vincolanti, come lo scambio di informazioni, e la valutazione sull'opportunità o meno di instaurare il rapporto, da tutto quanto solitamente compatibile con il sorgere del vincolo negoziale.

Vi è poi un campo di indagine che riteniamo estremamente importante nell'ambito del conferimento dello studio preliminare o di fattibilità, ed è quello relativo alla presenza di un tale impegno in stretta connessione o collegamento con un ulteriore negozio giuridico.

Tale fatto può avvenire in maniera espressa o tacita, ed ovviamente i problemi scaturenti della prima ipotesi sono di più facile soluzione data la manifesta collocazione del rapporto

negoziale: a fronte di uno specifico incarico di ricerca e di successiva esecuzione di un servizio o di vendita le questioni inerenti l'uno o l'altro negozio, o l'intero unitario complesso negoziale, possono essere affrontate con maggior visualizzazione dei loro confini. Così ad esempio, se viene commissionato uno studio relativo a determinati problemi e sulla base di tale studio lo stesso appaltatore viene incaricato di eseguire l'opera, potranno essere accuratamente valutate le singole adempienze e inadempienze, nonché la portata dello stesso conferimento 21.

Potrebbe però verificarsi il caso di conferimento dell'incarico in maniera per così dire non appariscente, ma per ciò non meno vincolante, come nell'ipotesi in cui il cliente incarichi il fornitore di procurare un sistema elaborativo adeguato alle sue esigenze, e questi proponga l'acquisto di una certa apparecchiatura e ponendo in essere uno specifico negozio di vendita, facendo ad esempio sottoscrivere un apposito modulo o contratto di vendita.

A fronte dell'eventuale inadeguatezza delle apparecchiature rispetto alle esigenze del committente non riteniamo che il fornitore possa trincerarsi dietro la semplice vendita di apparecchiature, negozio di per sé privo di difetti, ma che l'indagine debba essere estesa anche alla fase di incarico della ricerca delle soluzioni ottimali per le esigenze del cliente, soluzioni che avrebbero poi dovuto trovare piena attuazione nella messa in opera o trasferimento delle apparecchiature.

Solo così crediamo possa trovare accoglimento il principio di piena tutela giuridica della parte adempiente che, in caso contrario, sarebbe costretta a subire un ingiusto pregiudizio. Anche in giurisprudenza si è ritenuto che "il contratto con il quale, al fine della realizzazione di uno stabilimento industriale, si affidi ad un ingegnere non soltanto la progettazione di edifici, impianti ed infrastrutture, ma anche l'assistenza tecnica alle attività di montaggio, nonché la verifica della funzionalità dell'opera contro un compenso predeterminato, esula dalla mera prestazione d'opera intellettuale e configura un appalto di servizi, sicché la mancata esecuzione da parte del professionista di alcuno di detti compiti resta soggetta alla disciplina dell'inadempimento nel rapporto di appalto".

Il principio così sancito può essere tranquillamente esteso anche a casi di specie informatrici.

Da quanto sin qui detto in ordine allo studio di fattibilità è opportuno aggiungere alcune brevi riflessioni relative all'incidenza che lo stesso potrebbe assumere nei confronti dei terzi in caso di responsabilità per danni.

Sappiamo che lo studio di fattibilità costituisce il punto di base per l'esecuzione dell'appalto e le due fattispecie coesistono a tal fine senza che il secondo elida il primo. L'appaltatore, infatti, non può né deve essere un mero esecutore di ordini, ma deve contribuire attivamente all'esecuzione dell'opera con la propria individualità e autonomia: qualora manchi questo specifico apporto qualitativo si verterà in una situazione giuridica diversa da quella dell'appalto.

Ora i danni causati al terzo potrebbero poi dipendere da difetto dello studio e in tal caso, se esso sia stato effettuato dall'appaltatore, sorgerebbe responsabilità di quest'ultimo e resterebbe salvo il diritto per il committente di agire in eventuale rivalsa nei confronti del primo. Se invece sia stato incaricato un terzo o sia stato lo stesso committente ad effettuare lo studio vi sarà concorso dell'appaltatore con il committente o con il terzo.

Da quanto detto risulta ancora una volta la necessità di valutare sempre attentamente ogni fase del rapporto posto in essere, rapporto che potrebbe benissimo prospettarsi in maniera complessa, ma non per questo meno vincolante.

Il contratto si perfeziona non solo con l'incontro delle volontà delle parti, ma anche con la mancanza di vizio delle volontà di ciascun contraente. Per vizio intendiamo un processo formativo della volontà che non consenta alla stessa di manifestarsi all'esterno in conformità del vero volere del suo autore.

Diversa è l'ipotesi di totale mancanza della volontà come nel caso della violenza fisica: nel caso dell'errore o del dolo il negozio è voluto dalla parte solo che la formazione del consenso risulta imperfetta.

Ora il problema di maggior rilevanza ai fini del nostro discorso non è quello di approfondire la disciplina del vizio della volontà, sia esso errore o dolo, quanto piuttosto di valutare se e in che modo la volontà manifestata possa aver subito una menomazione nella fase delle trattative.

Chiudendo il discorso sulle trattative ed offerte riteniamo opportuno riflettere ancora sul contrasto sostanziale esistente fra

un'offerta contrattuale ed il contratto stesso conclusosi sulla base di tale offerta, al fine di sgomberare il terreno da pregiudizi o dubbi.

Procediamo da un caso pratico: un'azienda invia ad un altro soggetto, nella specie un ente pubblico, un'offerta relativa ad una fornitura di hardware e di software, nonché la disponibilità al rilascio delle nuove release aggiornate sulla base del dettato di legge di volta in volta in vigore, stabilendo per tale ultima prestazione un canone annuale.

Il destinatario dell'offerta delibera di accettare l'offerta prospetta, ma, fa riferimento espresso solo alla fornitura di hardware e di software, senza menzionare minimamente l'accordo di assistenza per il rilascio delle nuove releases.

A maggior sostegno della propria decisione lo stesso ente comunica all'offerente l'accettazione della proposta richiamando la propria delibera, ma senza fare alcun riferimento esplicito al contratto di assistenza, ed insiste per l'esecuzione del contratto inviando una copia di uno specifico accordo da sottoscrivere.

Per quanto concerne tale ultima richiesta riteniamo che si tratti di una formalità superflua stante la coincidenza fra l'offerta dettagliata e l'accettazione, per di più scritta, della stessa.

Ma il problema principale torna ad essere quello della corrispondenza fra l'offerta e la sua accettazione: nel caso in esame l'ente destinatario ha manifestato il proprio assenso ad una parte rilevante della proposta, senza alcun ulteriore riferimento alla residua. Il proponente è posto innanzi ad una duplice scelta: accettare tale controproposta, che limita la portata della sua iniziale offerta, o rifiutarla, ribadendo l'estensione di quanto precedentemente avanzato. In quest'ultimo caso si ritornerà nella fattispecie di una nuova offerta con il conseguente venir meno della decisione della controparte e con la riapertura della fase della trattativa.

Nella diversa ipotesi dell'accettazione della controproposta dell'ente si avrà il perfezionamento del contratto sulla base della controproposta stessa, invertendosi le parti: il proponente originario diventa destinatario ed il destinatario originario diventa proponente, senza peraltro far venir meno la realtà del perfezionamento contrattuale. Non può quindi più parlarsi di fase di trattative e di offerta ma di conclusione negoziale.

Ovviamente per quanto concerne la residua parte della proposta, cioè l'originaria offerta di assistenza al software, tutto ritorna in discussione e, se da un lato il primo proponente non può pretendere il perfezionamento negoziale, dall'altro lato il primitivo destinatario (ora a sua volta proponente) non può nemmeno pretendere di ottenere inclusa nel contratto tale prestazione senza alcun ulteriore esborso.

Da quanto esposto si può desumere come la barriera fra offerta e contratto sia estremamente delicata ed il comportamento di una delle parti possa attuarne il superamento senza ricorso a precise formule sacramentali o ad atteggiamenti rigorosamente formali, con il sorgere di tutti gli inerenti vincoli giuridici.

A diversa soluzione si può pervenire sostituendo l'offerta con una lettera di intenti che richiami gli estremi essenziali del contratto da stipularsi, senza però porre l'offerente nella più specifica posizione di contraente.

Solo a fronte della corrispondenza fra la risposta del destinatario ed il contenuto della manifestazione di intenti si potrà procedere alla redazione del contratto. Altro idoneo accorgimento potrebbe essere quello di subordinare espressamente l'offerta alla sua totale accettazione, ritenendosi la stessa priva di ogni efficacia in caso di sua accettazione difforme, anche parziale.

### ***1.4.3 Responsabilità contrattuale***

#### **a) Adempimento ed inadempimento**

Nelle pagine precedenti abbiamo più volte richiamato la necessità di adempiere regolarmente al contratto, cioè attenersi alla esatta esecuzione dello stesso, obbligo che incombe su ciascuno dei contraenti.

In effetti, collocandosi le fattispecie informatiche nell'ambito dell'usuale contesto contrattuale sorgono tutti gli impegni propri del rapporto sinallagmatico di cui l'esempio più semplice è quello della vendita e quindi della consegna del bene immune da vizi e del corrispondente obbligo di pagare il prezzo pattuito.

Va da sé che la realtà è sovente più complessa e che possono sorgere contestazioni di svariata natura in ordine

all'adempimento, contestazioni ammissibili solo nei limiti di un loro legittimo presupposto e che richiedono un'attenta valutazione da parte dell'interprete.

Alcune ipotesi di inadempimento contrattuale sono state accennate nel presente lavoro, come, ad esempio, la necessità di consegnare unitamente al software anche tutta la sua documentazione, intesa in senso ampio, o di fornire un bene o un servizio immune da difetti ed idoneo all'uso.

Si rientra, quindi, nell'ambito della rilevanza contrattuale, non dissimile da altre figure negoziali di natura diversa dal bene informatico, con la conseguenza che la parte inadempiente si espone a tutte le conseguenze negative del suo comportamento, ma accanto ad una simile forma di responsabilità sussiste e concorre con essa anche l'ulteriore forma di responsabilità extra-contrattuale, con tutte le inerenze che le sono proprie e con conseguenze per l'inadempimento non meno incidenti di quelle specifiche del rapporto contrattuale.

Un'analisi dettagliata della figura dell'inadempimento per ciascuna situazione non è oggetto di questa ricerca e pertanto, rinviando a tutta la vasta bibliografia in materia, limiteremo la nostra indagine a due aspetti particolari: la presenza e validità o meno, delle così dette clausole di esonero della garanzia ed il riflesso che assume anche per il mondo informatico la Direttiva CEE 374/85 e succ. modifiche sulla responsabilità da prodotto difettoso, nonché l'attuazione della stessa in Italia con Legge 24 maggio 1988 n° 224 (vedi infra par. e) di questo stesso capitolo).

## **b) Interesse delle parti**

Indubbiamente uno degli aspetti più rilevanti nel rapporto negoziale è quello relativo al possibile verificarsi di un inadempimento da parte di uno dei contraenti.

Si tratta di una situazione che implica ripercussioni particolari sull'intero sinallagma contrattuale in quanto uno dei contraenti vede disattesa la propria legittima aspettativa di una prestazione corretta, il cui venir meno apre una nuova fase di operatività.

L'aspetto più elementare di tale discrasia si ha nel mancato pagamento della prestazione ricevuta: i contratti informatici non

differiscono sotto questo punto di vista dalle altre fattispecie negoziali.

Se uno dei contraenti ha regolarmente adempiuto alla sua incombenza, l'altra parte non può esimersi dal pagamento di quanto pattuito, e ciò sia nell'ambito di una semplice vendita di hardware o software, come nell'ipotesi più complessa di un accordo di sviluppo di software, il tutto ovviamente in assenza di fondate contestazioni sulla prestazione effettuata.

Tuttavia il fenomeno dell'inadempimento non è sempre così lineare, ma si prospettano situazioni del tutto particolari e legate alla caratteristica dell'oggetto informatico: per un'analisi dettagliata di ciascuna figura giuridica rimandiamo a quanto scritto negli altri lavori richiamati in nota nel presente testo, limitando ora l'indagine ad alcune situazioni peculiari per porne maggiormente in luce le caratteristiche e le incidenze.

La prassi dimostra che uno dei punti maggiormente contestati quando si verte in materia software sia relativo al concetto più o meno esteso di software, cioè all'esatto contenuto dell'obbligazione posta in essere.

Abbiamo sottolineato come il software si concretizzi in un bene mobile immateriale per il quale il supporto su cui è collocato altro non è che il mezzo di trasmissione o di utilizzo pratico.

Una conferma di tale fatto è implicitamente richiamata dalle comuni clausole contrattuali che riconoscono all'utilizzatore il diritto di sostituire i dischetti o i supporti danneggiati, corrispondendo al massimo il solo costo del materiale e di spedizione.

Ma è altrettanto vero che non si possa restringere il concetto di esatto adempimento alla consegna del semplice supporto e software, dovendo consegnarsi anche tutta la inerente documentazione che ne consenta sia il corretto uso che, nei casi di titolarità in capo all'utilizzatore, anche la possibilità di intervenire sul programma medesimo.

Abbiamo precedentemente richiamato l'esigenza di considerare in senso ampio il concetto di documentazione, ricomprendendovi i manuali d'uso, i listati ecc., ed in caso di inadempimento occorrerà valutare attentamente la sua incidenza rispetto alla contestazione: così, ad esempio, nel caso di un contratto di sviluppo di software, la mancata consegna del codice sorgente o

del codice oggetto costituisce sicuramente un'ipotesi di rilevante inadempimento sotto un duplice aspetto.

Da un lato vi è il diritto del committente ad ottenere il software "completo" cioè in modo da poter essere pienamente utilizzato, e dall'altro vi è il diritto di reclamare la proprietà di quanto realizzato dallo sviluppatore e non più di sua pertinenza.

In base a specifici accordi potrebbe ravvisarsi una situazione di contitolarità del prodotto o di particolari modalità di utilizzo anche da parte dello sviluppatore: è una fattispecie caratterizzata da due identici diritti sul software, e per entrambe le parti sussiste il diritto di ottenere "tutto" il bene, senza limitazione alcuna.

Conseguentemente il committente non potrebbe esigere l'esclusiva disponibilità del software e documentazione, mentre lo sviluppatore non potrebbe esimersi dalla loro consegna integrale. Una diversa ipotesi di inadempimento è offerta dal rifiuto di eseguire la prestazione da parte dello sviluppatore.

Non ci risultano casi di rifiuto espresso e quindi ne discutiamo in via teorica, benché il discorso possa estendersi alle più usuali ipotesi di mancato adempimento.

Il committente non potrebbe certo ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione assunta dall'appaltatore e quest'ultimo sarebbe gravato solo dal risarcimento del danno, danno non sempre quantificabile in modo esatto e, soprattutto, sicuramente non risarcito proporzionalmente al reale interesse del committente.

Consigliamo a tal fine di ricorrere ad opportune clausole penali inserite nel testo contrattuale, in modo da aver quantomeno la predeterminazione dell'importo del risarcimento, con indubbio rafforzamento del vincolo obbligatorio e semplificazione dell'azione giudiziaria conseguente. Il timore di un inadempimento è proprio di qualsiasi rapporto ed anche nell'ambito dei contratti informatici assume una sua primaria connotazione: la riprova di tale incidenza è offerta dall'interesse sempre maggiore per la presenza di clausole di esclusione totale o parziale della responsabilità, che, come vedremo ricoprono un'area del tutto particolare nel mondo della contrattualistica.

Nello stipulare gli accordi le parti mirano al perseguimento dell'oggetto pattuito, identificando nell'inappuntabile esecuzione



lo stesso interesse che le ha spinte alla conclusione dell'accordo. Si pone quindi l'esigenza di richiamare in parallelo ed in confronto fra loro, i concetti di adempimento e di inadempimento, non tanto al fine di esaminarne l'incidenza nella dinamica negoziale, fatto di per sé logico, quanto piuttosto di affrontare un'ipotesi diversa e cioè quella relativa alle così dette clausole di esclusione della garanzia, clausole riscontrabili praticamente in tutti i contratti.

### **c) Le clausole di esclusione della garanzia**

Nell'ottica naturale di ciascuna negoziazione, oltre all'interesse diretto del perseguimento dell'utile economico prospettato dal contratto, ciascun contraente cerca di ridurre al minimo i potenziali rischi connessi all'esecuzione del contratto e ricorre all'inserimento di apposite clausole che ne limitino la responsabilità e, quindi, il risarcimento danni, nell'eventualità che l'altro contraente abbia fondato motivo per agire nei suoi confronti a fronte di un verificato inadempimento.

La presenza di tali clausole è costante in tutti i contratti di informatica e, al di là, dello stretto tenore letterale delle loro formulazioni, il contenuto sostanziale è sempre identico e può essere riassunto nel concetto "non rispondo di nulla".

Si tratta, in realtà, di una frase sicuramente esagerata, ma ricorriamo ad essa per enfatizzare il contenuto delle clausole di esclusione di garanzie, per indicare quello che è lo scopo precipuo della parte che l'ha inserita nel contesto contrattuale, e cioè il desiderio di sottrarre alla normale alea insita in ciascun rapporto la propria disponibilità.

Il presupposto deve essere ovviamente la mancanza di dolo; in qualsiasi modo si presenti una specifica intenzione lesiva dei diritti altrui, non solo violerebbe un invalicabile principio, ma priverebbe sin dal suo nascere ogni "eventualità", concretizzando una ben precisa volontà negativa di danneggiare.

Altra cosa è la possibilità di verificarsi di un inadempimento legato a colpa, al limite anche grave ove ammissibile: in tale ipotesi sussisterebbe sempre il margine di possibilità o meno dell'evento.

Con ciò non intendiamo certo assimilare la possibilità di

inadempimento insita in ogni fattispecie alla caratteristica di "alea" cioè di avvenimento indipendente dalla volontà propria delle omonime figure contrattuali, ma solo cercar di sottolineare come una sorta di imprevedibilità sussista sempre in qualsiasi contratto e, conseguentemente, come ciascun contraente cerchi di esorcizzarne il verificarsi, tutelandosi nel contempo nel migliore dei modi.

Nascono in tal modo le "clausole di esclusione di responsabilità" o "garanzia".

#### **d) Tipi di clausole di esonero della responsabilità**

Prima di esaminare dettagliatamente la portata giuridica di simili pattuizioni e la loro conseguente ammissibilità o meno, riteniamo opportuno esaminarne la tipologia, cioè identificare i tipi più frequenti nell'ambito della contrattualistica informatica.

Possiamo distinguere due tipi di clausole di esonero: la clausola di esonero generale da ogni responsabilità e le clausole mirate ad escludere la responsabilità in relazione ad una specifica situazione.

In altre parole: la clausola di esonero generale deve essere intesa così "Il cedente (licenziante, comodante, sviluppatore ecc...) non risponde per danni eventualmente dovuti a difetti del prodotto o conseguenti al suo uso".

Il tenore della clausola è indubbiamente inequivocabile, e si rende necessario valutarne la portata giuridica, cioè accertarne l'accogliabilità o meno nel nostro ordinamento, discorso che, comunque, vale anche per ogni diversa clausola di esclusione della garanzia, clausola mirata ad eliminare uno od altro specifico rischio (le così dette clausole di esonero specifiche).

Una prima osservazione in tema di clausole di esonero generale è legata alla determinazione del suo contenuto; riteniamo cioè che non si possa estendere genericamente la portata di una simile clausola ad ogni situazione possibile, ricadendo diversamente, nell'ipotesi di clausola di stile o comunque di mancanza di determinazione di essa, con la conseguenza di riscontrare la presenza di una clausola inefficace, che non produce effetti negativi sul contesto contrattuale (*vitiatur sed non vitiat*), salvo ricondurre la sua collocazione alla volontà

precipua del contraente di legare l'intero contratto alla sua validità, ipotesi indubbiamente difficile da dimostrare.

Comunque la collocazione di una simile clausola potrebbe incontrare un'obiezione preliminare legata alla sua eventuale identificazione quale clausola di stile, cioè priva di una specifica manifestazione diretta di volontà dei contraenti e, come tale, non suscettibile di tutela giuridica, in relazione al dettato dell'art. 1321 c.c.

Aderiamo al pensiero di quegli Autori che non ravvisano automaticamente la presenza di una "clausola di stile" ogni qual volta si riscontri la formulazione di una siffatta clausola di esclusione, in quanto essa è pur sempre riconducibile alla manifestazione della volontà dei contraenti.

Vi è un'ulteriore considerazione in ordine a siffatte clausole: ferma restando la loro diversità dalle clausole di stile pure e semplici: occorre collegarne la portata al contesto contrattuale al fine di evitare una formulazione troppo generica e, quindi, "indeterminata".

Di per sé il contenuto inequivocabile di esclusione di responsabilità a fronte di qualsiasi fatto ricollegabile al contesto negoziale, dovrebbe consentirne l'osservanza, ma, al fine di evitare dubbi interpretativi e successivi contenziosi diretti ad accertarne o meno la validità, si raccomanda di specificare dettagliatamente nel testo contrattuale a quali specifici fatti si riferisca la clausola di esclusione.

Ciò può attuarsi in due modi: o riferendo la clausola ad ipotesi anche esemplificative, o richiamando successivamente nel testo, ad integrazione e rafforzamento del vincolo, specifiche ipotesi di esclusione.

In quest'ultimo caso si avrà la coesistenza di una clausola di esclusione della responsabilità c.d. "omnicomprensiva" con una o più clausole di esonero "specifiche", la cui validità, nei limiti di quanto esamineremo oltre, è indiscutibile e sana, per quanto possa occorrere, la forse troppo generica dizione della clausola di esclusione generale.

Richiamiamo infatti quanto precedentemente scritto in ordine all'interpretazione della reale volontà delle parti nel testo contrattuale e come debba farsi ricorso a tutti i mezzi ermeneutici al fine di determinare ciò che i contraenti

desideravano, procedendo dalla formulazione per giungere all'interpretazione stessa della volontà desumibile comunque dal contesto.

In effetti le figure contrattuali informatiche sono mirate a precisi scopi e la loro causa risulta determinata, anche per quelle figure "innominate", ma a nostro giudizio oramai "tipicizzate dall'uso" come la licenza d'uso di software (sul punto vedasi quanto precisato nel capitolo precedente).

Conseguentemente gli effetti del contratto sono ben identificabili e il riferimento all'esclusione di responsabilità è ricollegabile alla prestazione dedotta nell'accordo medesimo.

In ogni caso, accanto alla clausola c.d. di esonero onnicomprensivo, rinveniamo nella prassi una serie di clausole specificatamente destinate ad eliminare gli effetti negativi della responsabilità a fronte del verificarsi di ben precise situazioni.

Per comodità di indagine utilizzeremo in questa sede solo alcuni riferimenti contrattuali propri della licenza d'uso di software e del contratto di sviluppo di software, rimandando a quanto scritto più dettagliatamente sulla materia e rinviando per la fattispecie della vendita anche ad ulteriori considerazioni legate all'introduzione della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili.

Da quanto scritto si desume un ulteriore spunto di indagine e cioè quali siano i soggetti ai quali possa estendersi la portata di tali clausole.

Sappiamo che il contratto non può estendere la sua efficacia vincolante al di là dei soggetti che l'hanno posto in essere. È inequivocabile in tal senso il dettato dell'art. 1372 c.c., secondo il quale "il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge".

Risulta così ben evidenziato l'ambito di operatività per così dire soggettiva, cioè limitata ad alcuni soggetti e con esclusione di altri: i primi sono identificabili nelle "parti" contrattuali, cioè coloro che hanno posto in essere la negoziazione e ne hanno voluto gli effetti.

Gli esclusi sono pertanto tutti coloro che non hanno partecipato alla formulazione della volontà negoziale e che ne restano a tutti

gli effetti estranei. È indubitabile che un contratto di licenza d'uso interessi il licenziante o concedente la licenza d'uso di programma ed il suo licenziatario, senza estendere i suoi effetti a terzi, anche se collegati ad una delle parti da rapporti di lavoro (in senso lato di operatività economica e commerciale).

L'utente di un servizio prestato da un soggetto licenziatario di un determinato prodotto software è estraneo a quanto stabilito fra quest'ultimo ed il suo dante causa (licenziante o concedente), a meno che vi sia un intervento diretto di tale utente che estenda gli effetti del contratto di licenza d'uso anche nei suoi confronti, fatto estremamente raro, salvo complesse ipotesi di collegamento negoziale.

Si tratta di un principio non solo logico, ma consolidato dal diritto, e se il terzo, in qualsiasi modo si vincoli al rapporto contrattuale preesistente, non si porrà più come "terzo", ma diventerà a sua volta "parte" dell'accordo e quindi soggetto alla portata della clausola.

Il discorso deve ora necessariamente estendersi ad un aspetto da sempre oggetto di vivaci dispute dottrinali: e cioè se sia ammissibile la presenza di clausole limitatrici della responsabilità non solo contrattuale, ma anche extracontrattuale.

Per quanto concerne il riferimento all'esclusione di responsabilità contrattuale non sorgono dubbi in proposito: il dettato dell'art. 1229 c.c. è esplicito "È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico". Conseguentemente l'apposizione di una clausola nel testo dell'accordo di licenza d'uso che escluda la responsabilità del concedente o la limiti al solo eventuale rimborso del costo della licenza, è perfettamente ammissibile nei confronti dei contraenti.

Cogliamo l'occasione per estendere brevemente l'indagine alla duplice fattispecie della presenza di una clausola di esclusione della responsabilità ed alla contestuale presenza di una clausola penale.

Nell'esempio sopra accennato si ravvisano due elementi: il primo

offerto dall'efficacia della clausola di esclusione ed il secondo dalla portata limitatrice del risarcimento al solo importo pagato dal licenziatario per ottenere la licenza.

Nella prassi le due clausole trovano collocazione in distinti punti del contratto, ma ciò è dovuto ad una consuetudine di redazione dei testi contrattuali oramai diffusa in maniera pressoché conforme, nulla vietando, però, una diversa stesura formale e collocazione della pattuizione nel testo dell'accordo.

Come più volte ribadito ciò che rileva essenzialmente è la manifestazione della volontà delle parti, e non tanto il modo come venga presentata nel testo dell'intesa, ovviamente purché manifestata in modo chiaro ed intellegibile.

Si ha quindi un concorso fra la clausola di esclusione della responsabilità e clausola penale.

Sulla portata delle clausole penali rimandiamo a quanto precedentemente scritto, e limitando ora l'indagine ad alcuni cenni sulla funzione della clausola penale, quale elemento rafforzativo del vincolo contrattuale.

L'inserimento di una simile pattuizione infatti il creditore nella situazione di fidare con certezza sull'entità del danno risarcibile ed il debitore nella convinzione che non potrà né sottrarsi al pagamento di quanto stabilito, né sperare in lungaggini o artifici nella valutazione esatta dell'ammontare del risarcimento: la previsione pattizia della somma posta a "penale" esime il creditore da ogni inerente onere di prova e lo autorizza a richiedere quanto stabilito.

Sono fatti salvi ovviamente i temperamenti di cui agli articoli 1383 - 1384 c.c. in tema di divieto di cumulo fra penale e prestazione principale, se la penale non era stata stipulata per il semplice ritardo, e la facoltà per il Giudice di ridurre equamente la penale stessa, se l'obbligazione principale è stata adempiuta in parte o se l'importo della penale risulta manifestamente eccessivo in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Sarà dunque perseguito il duplice scopo di trovare un limite al proprio inadempimento e, al limite, un tetto anche all'ammontare del risarcimento eventualmente dovuto.

Ci si deve chiedere comunque se, al di là della responsabilità contrattuale, per la quale non sussistono dubbi, l'apposizione di

una clausola di esclusione della garanzia operi anche in materia di responsabilità extracontrattuale.

La tesi negativa non ci pare accoglibile alla luce del dettato normativo e della stessa giurisprudenza costante in tema di possibilità di cumulo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Il tutto però con il preciso limite del danno alla "persona" che non consente, in virtù del suo elevato contenuto pubblicitario e prioritario, alcuna forma preventiva di limitazione.

Il principio ha trovato, infine, conforto anche nell'attuazione della Direttiva Comunitaria CEE 374/85 e succ. modifiche sulla responsabilità da prodotto difettoso, nonché l'attuazione della stessa in Italia con Legge 24 maggio 1988 n° 224 (vedi infra paragrafo successivo).

### **e) Legge 24 maggio 2005 n° 224 sulla responsabilità da prodotto difettoso in attuazione della Dir. 85/774/CEE**

Non può scordarsi nemmeno l'incidenza della legge 224/88 sulla direttiva 2000/31, in quanto la tutela del consumatore trova anche in questa materia ampio margine di applicabilità, in nulla differenziandosi la disciplina della fornitura di beni attraverso gli usuali canali o attraverso il mercato elettronico.

La qualità di un prodotto è un concetto strettamente connesso, dal punto di vista giuridico, alla responsabilità del produttore, quando la mancanza di qualità sia causa di un danno, così che la responsabilità del produttore è quindi identificabile come *la responsabilità attribuibile ad un preciso soggetto che si pone in stretta relazione con il prodotto, relazione determinata dalla sua creazione.*

Pertanto il problema legato al risarcimento non è solo giuridico, ma altresì economico e sociale, e si è caratterizzato negli anni '80 a causa di due fattori peculiari: la produzione industriale di massa e le nuove forme di distribuzione dei prodotti sul mercato, che sono passate dall'antica forma di presenza in capo al medesimo soggetto della qualità di artigiano e venditore, alla nuova forma di distribuzione che vede una netta differenziazione fra le figure del produttore e quelle del venditore finale, con presenza altresì di figure intermedie, quali i grossisti, tutti

comunque estranei al processo di produzione e di controllo sulla qualità del prodotto, attività, quest'ultime di pertinenza esclusiva del produttore.

Conseguenza di un simile nuovo assetto di mercato, è che l'imputazione della responsabilità al produttore non è derivabile dal rapporto contrattuale instauratosi tra venditore e utente in quanto egli è estraneo alle obbligazioni tra le due parti (appunto venditore e utente) e quindi una simile responsabilità dovrà necessariamente collocarsi nell'area della responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti.

Su tali basi, sin dal 1985 la direttiva 85/374/CEE ha imposto a ciascun produttore di risarcire i danni cagionati alla salute, alla sicurezza e ai beni dei cittadini dai difetti dei suoi prodotti: pertanto la direttiva mira a tutelare i danneggiati ed a promuovere il miglioramento della sicurezza dei prodotti nell'ambito del mercato interno, ricorrendo ad un quadro regolamentare il più coerente possibile e fondato sulla ripartizione equilibrata dei rischi propri del sistema produttivo moderno.

Esaminiamo quindi preliminarmente i vari tipi di difetti che possono inerire ad un prodotto industriale in quanto diverse potranno essere le conseguenze giuridiche che ne derivano, per poi esaminare l'incidenza di questa problematica in relazione ad un prodotto del tutto peculiare, e cioè il software.

In questo ambito è necessaria una opportuna precisazione: l'attenzione è dedicata ai difetti del prodotto finito o in corso di lavorazione, mentre restano esclusi i difetti nella procedura di realizzazione, che produrrebbero la conseguenza estrema della mancata realizzazione del prodotto finale.

Esaminiamo ora i **difetti di fabbricazione**: con tale termine si indicano quei difetti che vengono ad esistenza durante il ciclo di lavorazione e sono tipici dei mezzi di produzione basati sull'automazione e sono, di per se stessi, inevitabili, in quanto nemmeno con l'ausilio della tecnica più moderna si possono ritenere superabili totalmente.

D'altro canto, essi sono però "prevedibili", in quanto, proprio grazie alla tecnica del controllo di qualità, possono essere anche statisticamente accertabili.

I **difetti di costruzione** ineriscono invece non a pochi



esemplari, bensì all'intera serie prodotta e sono riconducibili a criteri di progettazione, uso dei materiali, tecniche di fabbricazione e, da ultimo, ad un'insufficiente sperimentazione.

Il così detto ***rischio da sviluppo***, rientra in quest'ultima categoria.

I **difetti di informazioni** causano un danno a seguito di immissione nel mercato di un prodotto non accompagnato da adeguate istruzioni relative al metodo di impiego o agli eventuali rischi che l'uso di quel prodotto comporta.

Ora in tema di responsabilità da prodotto difettoso valgono i consolidati principi dottrinali e giurisprudenziali per i quali il soggetto leso dovrà comunque dimostrare:

1. il danno
2. il difetto (*rectius mancanza di sicurezza*) del prodotto
3. nesso causale fra il difetto ed il danno

Tutto ciò non è sempre di facile attuazione giacchè ai fini della direttiva 85/374/CEE non è sufficiente aver subito un incidente per poter chiamare in causa la responsabilità civile del produttore: il danneggiato deve infatti provare che il danno è una conseguenza diretta del prodotto difettoso (*rectius: del difetto del prodotto*) e tale prova può rivelarsi sia complessa dal punto di vista tecnico, sia costosa a causa delle spese dirette ad accertare il difetto.

Conseguentemente il danneggiato deve affrontare l'onere particolare di dimostrare l'esistenza del difetto e del nesso di causalità tra difetto e danni subiti, tenendosi conto a tal fine della sproporzione fra possibilità per il danneggiato di accedere ad informazioni e dati, spesso riservati e complessi.

Altra difficoltà a carico del danneggiato è quella di *individuare esattamente chi sia il produttore nel caso in cui il medesimo prodotto sia fabbricato da più produttori*, come potrebbe verificarsi nell'ipotesi in cui un medesimo prodotto sia fabbricato su licenza da diversi produttori: si potrebbe così provare il danno, la difettosità del prodotto, il nesso causale, ma non essere in grado di identificare il *produttore effettivo* che ha causato il danno.

Inoltre non va scordato come nell'ipotesi di *un processo produttivo* non sia possibile isolare la responsabilità di un solo soggetto (parte della catena produttiva) ma come su ciascun

partecipante alla medesima catena produttiva, gravi il dovere di verificare diligentemente i vari componenti utilizzati per la realizzazione del prodotto finale.

Tuttavia non può escludersi la responsabilità dell'utilizzatore che dovrà dimostrare di aver usato in *modo normale* il prodotto, cioè conformemente all'uso al quale il prodotto in questione possa essere normalmente utilizzato e di aver altresì non considerato che la modalità d'uso da esso utilizzatore attuata non fosse fra quelle ragionevolmente prevedibili da parte del fabbricante.

*Pertanto può farsi proprio quanto scritto nell'introduzione del Libro Verde presentato alla Commissione delle Comunità Europee il 28.07.1999: "Il diritto del danneggiato al risarcimento dei danni subiti per l'uso o il consumo di prodotti difettosi o per l'esposizione ad essi costituisce un elemento fondamentale in un mercato unico che si vuole al servizio di tutti i cittadini. Dal 1985 questo diritto è riconosciuto nella direttiva in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, secondo la quale il produttore di un bene mobile difettoso è tenuto al risarcimento dei danni cagionati all'integrità fisica o al patrimonio privato delle persone. Ne consegue che il bambino ferito dall'esplosione di una bottiglia contenente una bevanda gassosa, il dipendente che perde un dito in seguito all'utilizzo di un arnese difettoso o il pedone investito da un'automobile con i freni difettosi beneficiano di tale diritto indipendentemente dall'esistenza o meno di una negligenza da parte del produttore (principio della responsabilità civile oggettiva o senza colpa)".*

Emergono così i differenti interessi in gioco: da un lato l'interesse primario dei cittadini ad essere tutelati dai rischi dei prodotti ed ad ottenere uno strumento efficiente di azione per l'esercizio di questa tutela, e dall'altro lato, l'interesse ad una normativa precisa ed il più possibile esaustiva, che tranquillizzi il mercato e che eviti, proprio in virtù del suo potere cogente e sanzionatorio, la presenza di concorrenti "spregiudicati" che immettano sul mercato prodotti a basso costo ma non conformi ai principi sanciti di sicurezza.

Così dunque il quadro delle responsabilità consente di garantire il benessere dei danneggiati tramite la sicurezza del risarcimento e scoraggiando la fabbricazione ed immissione, nel mercato, di prodotti pericolosi, senza peraltro danneggiare, dal punto di vista

dei costi di ricerca e innovazione l'industria.

Pertanto, come ben delineato dal Libro Verde, la responsabilità del produttore si compone dei seguenti elementi:

- *responsabilità oggettiva del produttore a favore del danneggiato;*
- *onere della prova del danno, del difetto e del nesso di causalità tra i due a carico del danneggiato;*
- *responsabilità solidale di tutti gli operatori della catena di produzione a favore del danneggiato, al fine di garantire finanziariamente il risarcimento del danno;*
- *l'esonero del produttore qualora egli provi l'esistenza di determinati fatti espressamente previsti nella direttiva;*
- *limitazione temporale della responsabilità, in virtù di termini uniformi;*
- *illegalità di clausole che limitino od escludano la responsabilità nei confronti del danneggiato;*
- *fissazione di un tetto di responsabilità finanziaria elevato, ma opzionale per gli Stati;*
- *verifica regolare del contenuto della direttiva in base agli effetti registrati su danneggiati e produttori.*

Un'ulteriore particolare ipotesi di rischio a fronte di utilizzo di un prodotto difettoso riguarda il software. Non può scordarsi come la presenza di programmi per elaboratore sia elemento costante di quasi tutti i prodotti tecnologici, siano essi un semplice apparecchio casalingo elettronico, siano, al limite, un velivolo o un apparecchio di medicina nucleare.

Assume così rilievo preponderante la *qualità del prodotto* intesa appunto come assenza di difetti, e quindi come elemento interruttivo del nesso di causalità.

Ma poiché il software presenta la peculiarità di aver i così detti "buchi" ossia la presenza di improvvisi malfunzionamenti, malfunzionamenti che si manifestano nonostante che, per innumerevoli volte l'uso del software sia stato identico e mai si sia presentato il fatto negativo, occorrerà che il produttore (o i produttori, nell'ipotesi di concorso) dimostri di aver adottato tutti i più opportuni criteri di diligenza (rapportati allo stato di conoscenza scientifica esistente al momento della realizzazione del prodotto).

Quindi si pone in evidenza un elemento essenziale: il *controllo di*

*qualità del prodotto*, cioè l'esistenza di tutta quella serie di attività specifiche dirette a valutare l'incidenza del requisito positivo del software, cioè della sua precipua idoneità a soddisfare le esigenze dell'utente.

Pertanto due sono gli aspetti che interessano:

- la funzionalità del prodotto
- il controllo delle modalità di realizzazione dello stesso rilevandosi come la *funzionalità* costituisca la *qualità* del prodotto, mentre il *controllo delle modalità di realizzazione* costituisca la *qualità del processo di realizzazione*.

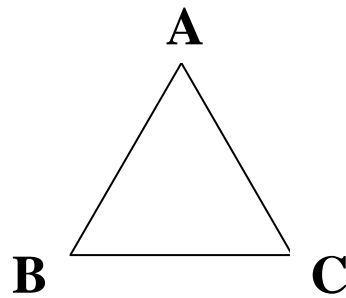
Ed è quest'ultimo elemento che può costituire l'elemento cardine nella difesa del produttore per dimostrare l'inesistenza del difetto a cui sarebbe imputato il successivo danno verificatosi.

L'adozione della ISO 9000 ha consentito al produttore di avere un appoggio in quella che solitamente è definita la "*prova diabolica*" di dimostrare la propria assenza di colpa e quindi di la propria assenza di responsabilità.

In altre parole: dovendo dimostrare che il "baco" non costituisce elemento di mancanza di qualità del software, ma costituisce eventualmente un vero e proprio "fortuito", una delle poche possibilità per il costruttore è quella di dimostrare di aver adottato tutti i requisiti imposti dall'osservanza delle norme di legge e volontarie di adesione ad un principio di normazione generale, e quindi di aver:

- rispettato le specifiche dettate.
- rispettato l'obbligo di usare la diligente conoscenza tecnica esistente in quel momento per la realizzazione di quel tipo di prodotto.
- rispettato tutti test di controllo sia nella fase sperimentale, che in quella realizzativa e di installazione e collaudo.

In tal modo si potrà dimostrare l'assenza di pericolo nell'uso del software o quanto meno graduarla, e concorrere con il livello di diligenza dell'utilizzatore che non potrebbe pretendere uso diverso da quello stabilito nelle specifiche affidate per la realizzazione del prodotto e un esempio di quanto appena scritto potrebbe essere il seguente: dato un triangolo i cui vertici siano identificati con



Si avranno le seguenti possibilità:

$A = B = C$  : triangolo equilatero

$A = B \neq C$  : triangolo isoscele

$A \neq B \neq C$  : triangolo scaleno

Ora, se si verificasse la seguente ipotesi (che è poi una delle molte altre evidenziate dall'uso della normale combinazione uguale/diverso):

- **$A \neq B = C$  : triangolo isoscele**

Si avrebbe la **medesima ipotesi** di cui alla sopra indicata seconda possibilità, cioè il triangolo sarebbe ugualmente isoscele, sia nel caso di difformità dei lati a/b sia in quello dei lati B/C: quindi se il software si comportasse in maniera anomala in presenza di una ipotesi di triangolo isoscele diversa da quella programmata (rectius: riportata nelle "specifiche") il costruttore potrebbe dimostrare la presenza di un vero e proprio "baco", e quindi di un "fortuito" o comunque di assenza di difetto del prodotto medesimo, se si dimostri che siano state rispettate:

- le specifiche.
- le regole di corretta realizzazione (qualità di processo).

pertanto, pur nel giusto rispetto della tutela del consumatore, non si potrà escludere la possibilità di dimostrare la esclusione di responsabilità del produttore.

Un'ultima osservazione in ordine ai rapporti fra normativa comunitaria e nazionale e direttiva 2000/31: la normativa sulla tutela da prodotto difettoso **non** trova applicazione in tema di **servizi**.

Conseguentemente dovrà attendersi un provabile ed auspicabile intervento del legislatore comunitario sul punto, e, nel contempo dovrà usarsi una particolare diligenza nell'appurare se, a fronte di un servizio vi possa essere la presenza dell'uso di un prodotto specifico la cui prevalenza rispetto al servizio o, meglio, la non strumentalità rispetto la servizio, sia suscettibile di applicazione della disciplina di tutela.

E' ciò che abbiamo sempre sostenuto in presenza di uso di

software: il software è un bene (prodotto) che può costituire lo strumento attraverso il quale (o *anche* attraverso il quale) venga effettuato un servizio.

Ciò non farebbe venir meno la responsabilità del produttore nei casi indicati dalla direttiva, tenendo ben distinta la posizione del prestatore del servizio in quanto tale.

Riteniamo infatti, se così non fosse, che si verterebbe in un'inammissibile forma di esclusione della direttiva (e legge nazionale) sulla tutela da prodotti difettosi.

### **f) Una fattispecie particolare: "il contratto a strappo"**

A questo punto del discorso riteniamo opportuno affrontare una fattispecie del tutto particolare che si è sviluppata nel settore informatico di questi ultimi anni, sempre sull'influsso di analoghe situazioni d'oltre oceano, e sulla spinta di una maggior celerità e comodità commerciale.

Si tratta di contratti di licenza d'uso di software (ma nulla vieta che possano essere anche di diversa natura), formalmente strutturati nel seguente modo: vi è un involucro plastificato e trasparente che contiene il dischetto di supporto del programma con il programma medesimo, ed uno stampato riproducente il testo del contratto di licenza d'uso.

Vi è, inoltre, riportato, sulla prima facciata dell'involucro, un avviso ben evidenziato il cui tenore è il seguente: "Prima di aprire l'involucro, leggere l'accordo di licenza d'uso del software, visibile sul retro. L'apertura dell'involucro comporta la firma della licenza."

Il primo problema da affrontare è relativo alla qualificazione giuridica di una simile fattispecie.

Riteniamo che si tratti di una offerta contrattuale diretta ad un soggetto indeterminato che diverrà certo al momento dell'accettazione dell'offerta.

Inoltre, nel caso in esame, non vi è problema in ordine alla molteplicità dei destinatari in quanto ciascuna licenza avrà come destinatario il solo soggetto che la acquisirà effettuando le modalità di accettazioni stabilite.

Sorgono però alcuni dubbi e principalmente se sia configurabile un perfezionamento contrattuale di siffatto tipo, cioè con la sola

“apertura” dell’involucro, e, conseguentemente, se sia ammissibile l’errore.

In ordine al primo punto, e con richiamo all’ipotesi esaminata di licenza d’uso di software, riteniamo che si tratti di un contratto consensuale e quindi l’esteriorizzazione della volontà possa avvenire in molteplici modi, non ultimo per fatti concludenti, quali appunto, la lacerazione dell’involucro.

Nessun dubbio sorgerà poi a fronte dell’invio da parte del destinatario all’offerente, della copia del contratto debitamente sottoscritta e compilata con tutti i dati aziendali.

Tale esigenza è richiesta dal proponente al fine di offrire determinate garanzie quali la sostituzione di copie difettose, ma offrirebbe anche l’indubbia prova della completa accettazione del contratto.

Fra l’altro se il software risulta tutelabile con il copyright, al momento attuale, in assenza di specifica norma di legge, dovrà estendersi la disciplina in vigore per il diritto d’autore e quindi l’art. 110 della stessa L. 22.4.1941 n. 633 ogni atto di disposizione dei diritti di utilizzazione economica del bene dovrà richiedere la forma scritta ad probationem.

Pertanto è indubitabile che la sottoscrizione della copia da parte dell’utente ed il suo invio all’offerente soddisfi tale esigenza.

Il problema più incidente resta comunque quello legato alle limitazioni di garanzia e, quindi, alla presenza di clausole “vessatorie” che, a sensi dell’art. 1341 c.c. richiedono la sottoscrizione specifica da parte dell’accettante.

Nel caso in esame potrebbe verificarsi l’ipotesi di un cliente che non invii copia sottoscritta (che fra l’altro non riporta alcun richiamo espresso alle disposizioni di cui all’art. 1341 c.c.) e che invochi l’applicazione della garanzia.

La questione è inerente alla ordinaria dizione di una clausola che “escluda” ogni tipo di risarcimento e pertanto il cliente potrebbe agire per il soddisfacimento del proprio diritto.

Riteniamo che una simile situazione si presenti più che altro in linea astratta, sia per la natura stessa del programma che viene offerto “confezionato”, sia per il costo della licenza, ma non di meno potrebbe concretizzarsi una simile eventualità.

## 2. CICLO DI VITA DEL SISTEMA ELABORATIVO - SLIDE 24-38

### ***2.1 Fasi del ciclo di vita del sistema***

Quando si pone l'esigenza di riorganizzare la propria attività avvalendosi delle moderne tecniche di elaborazione elettronica, nasce la necessità di confrontarsi col mercato e di negoziare l'acquisizione del sistema elaborativo più conveniente in termini di rapporto costo/prestazioni. Dietro questa affermazione, in apparenza del tutto ovvia, si nasconde un'attività difficile e complessa che, nel suo svolgersi più o meno consapevolmente organizzato, crea continui rapporti giuridici o situazioni giuridicamente rilevanti tra l'utente del sistema ed i diversi fornitori di beni e/o servizi. L'obiettivo che ci si propone è di fornire una visione ordinata e consapevole delle attività necessarie per l'individuazione e l'acquisizione del sistema elaborativo, accrescendo da un lato le possibilità di negoziazione dell'utente e, dall'altro, giungendo alla stipulazione di contratti che tutelino equamente le parti. In particolare vengono evidenziati tutti i documenti prodotti nelle varie fasi di attività i quali abbiano ripercussione nella sfera dei rapporti giuridici tra le parti.

La possibilità concreta di contrattare l'acquisizione di un sistema elaborativo dipende da molti fattori, ma soprattutto:

- 1) dalla *dimensione* (e quindi dal costo) *del sistema elaborativo*;
- 2) dal *mercato* (unicità o pluralità di fornitori);
- 3) dalla *capacità di negoziare* dell'acquirente.

Qualche esempio chiarirà meglio come questi fattori possano influire sul potere negoziale delle parti.

Per restare nell'ambito di sistemi di piccole dimensioni, ove in genere le possibilità negoziali sono più ridotte, è evidente la diversità nelle seguenti tre ipotesi:

- 1) acquisizione di un computer da tavolo per eseguire funzioni di calcolo (es.: da parte di un ingegnere o di un architetto);



2) acquisizione di un sistema di "office automation" con due o tre posti di lavoro per gestire le attività di uno studio professionale (es.: da parte di un notaio, di un avvocato, di un commercialista);

3) acquisizione di un sistema elaborativo con più posti di lavoro in grado di gestire in modo integrato le varie attività amministrative di un'azienda di medie dimensioni (es.: azienda di 200 dipendenti, con uno o più magazzini, con diverse migliaia di pezzi da movimentare, con una organizzazione commerciale di vendita, con una direzione amministrativa che dovrà gestire il personale, la contabilità, il bilancio, i fornitori, ecc.).

Nella prima ipotesi, probabilmente, l'architetto o l'ingegnere si presenteranno nel negozio di un rivenditore e gli esporranno le proprie esigenze di calcolo. Quest'ultimo mostrerà alcuni prodotti, organizzerà forse una dimostrazione estemporanea e consentirà anche al cliente qualche prova d'uso poi, deciso l'acquisto, l'architetto o l'ingegnere passeranno alla cassa a pagare e si porteranno a casa il sistema elaborativo (hardware + software) scelto. Le uniche garanzie saranno quelle standard scritte sull'imballo o sulla "cartolina di garanzia" posta all'interno della confezione del prodotto.

Se per caso chiederanno di discutere tali clausole o se tenteranno di ottenere garanzie aggiuntive, il rivenditore porrà quasi sicuramente l'alternativa o di accettare il tutto così come è, ovvero di rinunciare all'acquisto. Quest'ultimo, infatti, difficilmente sarà disponibile a negoziare, se non forse nel prezzo, un affare nell'ordine di grandezza inferiore comunque a 5.000 €.

Nella seconda ipotesi, trattandosi di un sistema di "office automation" con più posti di lavoro, le cose potrebbero già cambiare. Ci si potrà recare, ad esempio, nel negozio del rivenditore ma, forse, ci si potrebbe rivolgere anche direttamente agli stessi produttori. Il costo del sistema comincerà a salire superando anche i 20.000 € e sarà necessario porre in essere un contratto di assistenza a manutenzione. Ci si potrà così imbattere in alcuni fornitori non disposti a negoziare ma, se esiste un mercato concorrenziale, se ne troveranno sicuramente anche di disposti a prestare ga-

ranzie aggiuntive o, quantomeno, ad accordare facilitazioni sui prezzi o sulla manutenzione.

Nella terza ipotesi, infine, dovendo procedere all'automazione di un'intera azienda, ci si rivolgerà direttamente ai produttori od a concessionari importanti. È inoltre probabile che si senta la necessità di avvalersi di un consulente per pianificare razionalmente le proprie esigenze, per cercare le migliori soluzioni (costo/prestazioni) offerte dal mercato e per predisporre tutti gli interventi organizzativi necessari per automatizzare l'azienda. A fronte di affari nell'ordine di diverse decine fino ad alcune centinaia di milioni di lire, pochi saranno i fornitori disposti a lasciarsi sfuggire il cliente assumendo posizioni troppo rigide di assoluto rifiuto di negoziare il contratto.

È ovvio, dunque, che quanto più cresce il valore dell'affare, tanto più ampi divengono gli spazi di negoziazione. Questo non significa però che bisogna rinunciare a negoziare anche gli acquisti di portata minore poiché è vero anche che, in genere, più bassi sono i costi, più agguerrita e quindi disponibile è la concorrenza (almeno sul piano economico).

Un utile accorgimento può essere quello di predisporre una lettera d'ordine nella quale, oltre alle caratteristiche ed al prezzo del sistema, si ribadiscano alcune condizioni di fornitura che varranno come garanzia. È infatti frequente che il venditore non sia disposto a firmare alcun contratto, ma acconsenta implicitamente, con la consegna del prodotto, a quanto contenuto nella lettera d'ordine. Il non aver firmato alcunché lo lascia psicologicamente tranquillo, mentre il fatto stesso della consegna del bene e della corresponsione del prezzo attestano inequivocabilmente la volontà di contrarre e la lettera d'ordine, con le cautele in essa contenute, concorre a provare l'effettiva volontà delle parti.

Nelle situazioni di maggiore portata, ma sicuramente anche già a partire da esigenze come quella prospettata nella seconda ipotesi sopra citata, sarà necessaria tutta un'attività, più o meno complessa, preliminare alla stipulazione del contratto. Dovranno infatti essere consultati più fornitori e comparati prodotti tra loro diversi, bisognerà individuare con

chiarezza le proprie esigenze per poi tradurle in precisi parametri di valutazione e misura che consentano un'agevole comparazione delle diverse offerte e la conseguente scelta del contraente. Fatto questo si potrà giungere a stipulare il contratto (o meglio, come già si è detto, il "sistema di contratti") vero e proprio traducendo in esso tutto quanto emerso, in termini di prestazioni, di garanzie e di prezzi, nel corso delle attività preliminari.

Ed ancora, bisognerà seguire tutta la fase di attuazione del contratto che porta alla realizzazione del sistema elaborativo.

Da ultimo, occorrerà considerare anche il momento in cui si avrà la fine del sistema elaborativo sia in quanto abbia raggiunto i propri limiti di crescita fisiologici, sia in quanto tecnologicamente superato, sia per l'eccessivo grado di usura o per altre cause. La fine di un sistema condiziona a sua volta l'acquisizione del nuovo sistema, innescando un altro ciclo. Esaminando dunque il ciclo di vita di un sistema elaborativo, dal primo porsi dell'esigenza di automazione, fino al momento della sua fine, si passa attraverso diverse fasi, nelle quali vengono prodotti documenti ciascuno con proprie valenze sia sul piano giuridico sia su quello informatico. Queste fasi sono:

- 1) La fase dello studio di fattibilità o studio preliminare del sistema elaborativo da realizzare;
- 2) La fase di studio dettagliato dei fabbisogni dell'utente o committente del sistema;
- 3) La fase della ricerca di mercato per individuare le apparecchiature ed il software più consoni;
- 4) La fase di negoziazione con i potenziali fornitori;
- 5) La fase di realizzazione del sistema elaborativo;
- 6) La fase di esercizio del sistema elaborativo;
- 7) La fase di fine del sistema elaborativo.

### ***2.1.1. La fase dello studio di fattibilità o studio***

*Lo studio di fattibilità o studio preliminare* ha essenzialmente il compito di *definire gli obiettivi* che il sistema deve raggiungere, di *indicare i vincoli* cui deve sottostare e, infine, di *individuare e proporre le soluzioni* più idonee e convenienti.

Gli obiettivi precisano, in sostanza, cosa deve essere in grado di

fare il sistema. Attraverso i canali più disparati (e qui ogni metodologia propone particolari regole), quali interviste interne, discussioni collettive coi propri collaboratori e così via, debbono essere individuate tutte le disfunzioni, in termini qualitativi e quantitativi, delle attività quotidiane. In questa analisi è importante esaminare la circolazione delle informazioni individuando dove esse nascono, dove si completano e dove e come vengono archiviate. È fondamentale porre attenzione anche agli elementi formali, quali la ripetitività, il tipo di supporto utilizzato e numerosi altri. Alle disfunzioni qualitative e quantitative vanno poi affiancate anche eventuali nuove esigenze derivanti da obblighi di legge, dalla volontà di estendere la propria attività e da eventuali cause di altro genere.

Obiettivo dell'automazione, e dunque del nuovo sistema elaborativo, sarà il porre rimedio alle disfunzioni ed il fornire il necessario supporto al potenziamento ed all'espansione delle attività dell'azienda.

Non è detto, tuttavia, che si possa procedere a ruota libera scegliendo in astratto il sistema che offre le maggiori potenzialità. Occorre infatti individuare e tenere presenti eventuali vincoli, quali i tempi (necessità di automatizzare entro una certa data; obblighi tempificati da leggi; ecc.), i costi (tetto massimo di budget disponibile), le esigenze di compatibilità con precedenti interventi o con altri sistemi con cui è necessario colloquiare e così via.

Definiti gli obiettivi ed i vincoli si potrà finalmente cominciare ad abbozzare le possibili soluzioni, prendendo in considerazione solo quelle che sono coerenti con entrambi, ma anche convenienti in quanto presentano un rapporto accettabile tra costi e benefici. Le soluzioni prospettate dovranno inoltre evidenziare e quantificare, o almeno stimare, i vantaggi che esse comportano sia in termini qualitativi sia quantitativi.

Nell'individuare gli obiettivi è importante anche cercare di definire una scala delle priorità, distinguendo tra obiettivi essenziali e non, e graduando poi gli uni e gli altri, per quanto possibile, secondo detta scala di priorità, poiché ciò consentirà una più agevole ed oculata scelta della soluzione. Le soluzioni proposte dovranno poi tener conto anche dei possibili impatti sul fattore umano, quali la garanzia di mantenimento ovvero la

modificazione del livello occupazionale, le eventuali resistenze psicologiche, la necessità di formazione o di riconversione del personale.

Nelle slide 24 e 25 sono illustrati i successivi momenti logici della fase dello studio di fattibilità. In particolare si tiene conto del fatto che tale fase può essere condotta direttamente in proprio dall'utente ovvero, come accade più spesso, avvalendosi della consulenza di una ditta o di un professionista specializzati coi quali si stipula un apposito "contratto di realizzazione di uno studio di fattibilità".

Vengono poi evidenziati i vari documenti prodotti in questa prima fase. Per comodità e chiarezza espositiva sono stati individuati diversi documenti anche se spesso essi costituiscono parti di un unico rapporto finale. Il loro valore, sul piano delle attività negoziali, comunque, resta invariato quale ne sia la forma.

Contrassegnati coi numeri 1 e 2 sono i documenti che definiscono rispettivamente obiettivi e vincoli, Essi devono essere sempre prodotti direttamente a cura del soggetto che intende acquisire il sistema anche se spesso, nella realtà, vengono redatti dal consulente che cerca di interpretare le esigenze esternategli dal committente. Questi documenti sono fondamentali per la stipulazione del "contratto di realizzazione dello studio di fattibilità", giacché oggetto di esso è l'individuazione di soluzioni in grado di raggiungere gli obiettivi indicati, ma nel rispetto dei vincoli posti. Il contratto di consulenza dovrà quindi fare esplicito riferimento a tali documenti che, tra l'altro, divengono importanti punti di riferimento soprattutto in caso di modifica degli obiettivi da parte del committente quando è già in corso lo studio di fattibilità.

Con 3 (soluzioni possibili) e 4 (soluzioni coerenti) sono invece indicati semplici documenti intermedi di lavoro che possono anche mancare e che comunque non hanno particolari ripercussioni sui rapporti contrattuali, ma che tuttavia sarebbe opportuno produrre ugualmente nell'economia generale dello studio di fattibilità. Non è raro, infatti, che ci si accorga successivamente di aver posto vincoli iniziali troppo rigidi o obiettivi troppo ambiziosi e che quindi possano essere recuperate "soluzioni possibili" inizialmente scartate solo perché "non coerenti" con vincoli ed obiettivi originari.

Con 5 (soluzioni convenienti) e 6 (relazione finale) si sono voluti attribuire nomi diversi ai due differenti tipi di relazione finale: positiva (la 5), nel caso siano state effettivamente individuate soluzioni convenienti; negativa (la 6), qualora lo studio non abbia trovato soluzioni convenienti e si sia deciso di non procedere a supplementi di indagine. Se invece si ritiene di proseguire nello studio di fattibilità dovranno essere rivisti obiettivi e vincoli ripetendo i passi già eseguiti.

Tra le soluzioni individuate come convenienti (documento n. 5) occorre infine sceglierne una (documento n. 8). Tale scelta, che di norma dovrebbe essere prerogativa esclusiva del committente, non è facile e non è neppure sempre riconducibile al migliore rapporto tra costi e benefici, ciò soprattutto quando si tratta di un'azienda e non di un utente individuale. Considerazioni amministrative, tecniche e finanziarie di vario genere potrebbero infatti far propendere per soluzioni più onerose sotto il profilo economico a fronte ad esempio, di un più breve periodo di realizzazione o di una scelta di ordine "politico" che privilegi il fornitore nazionale rispetto a quello estero. In ogni caso, alla fine, quali che siano le motivazioni, si dovrà comunque optare per una sola specifica soluzione (documento n. 8 delle slide 24 e 25).

Il documento 8 costituirà il punto di riferimento per la successiva fase che potrà essere riaffidata con un nuovo contratto al consulente o che può già essere stata prevista come possibile estensione nel primitivo contratto per lo studio di fattibilità. In questo ultimo caso, normalmente, occorre una manifestazione esplicita di volontà da parte del committente per attivare la seconda fase della consulenza.

Da ultimo, occorre sottolineare come spesso, ad un primo esame, possano non emergere soluzioni soddisfacenti, il che può condurre ad una ridefinizione degli obiettivi con un conseguente supplemento d'indagine.

Le difficoltà per chi effettua lo studio di fattibilità sono notevoli e dipendono da vari fattori. In primo luogo dall'elevato grado di soggettività nell'individuare e raffrontare tra loro le diverse soluzioni, ciò soprattutto se si tiene conto che normalmente le soluzioni possibili sono molteplici. In secondo luogo dalla mancanza, nonostante le innumerevoli metodologie, di criteri

sicuri ed oggettivi per valutare il livello del rapporto tra costi e prestazioni nelle diverse soluzioni. Infine, dalla necessità di tener conto, già al momento della proposta di soluzione, dell'evoluzione del sistema e della sua durata media di vita in un settore in cui le nuove tecnologie divengono rapidamente obsolete nel volgere di pochi anni.

### ***2.1.2 La fase dello studio dettagliato dei fabbisogni***

La precedente fase ha condotto, come risultato dello studio di fattibilità, all'individuazione di una serie di soluzioni praticabili e convenienti. Tra le varie soluzioni ne è stata scelta una da realizzare (documento 8, slide 24 e 25), che costituisce il presupposto della fase delle attività precontrattuali ed in particolare della prosecuzione o della stesura del nuovo contratto di consulenza (documento 9, slide 26), nonché del successivo studio dettagliato del progetto (documento 10, slide 26) e della conseguente definizione analitica dei requisiti del sistema che produrrà le così dette "specifiche funzionali" (documento 11, slide 26).

La definizione delle specifiche funzionali ed il documento che le comprende (documento 11, slide 26) costituiscono il punto centrale di tutta l'attività precontrattuale e della stesso sistema contrattuale poiché definiscono l'oggetto della fornitura hardware e software ed il livello delle prestazioni complessivamente richieste al sistema elaborativo.

La prima attività, dunque, dopo aver scelto la soluzione, consisterà nel realizzare uno studio di dettaglio che dovrà definire:

- a) modalità di cattura delle informazioni (natura dei supporti, caratteristiche fisiche e logiche, volume d'informazioni, periodicità d'utilizzo);
- b) modalità di aggiornamento e di consultazione (frequenza degli aggiornamenti, frequenza e quantità delle consultazioni, soggetti abilitati, ecc.);
- c) modalità di archiviazione o di conservazione dei dati (durata di vita degli archivi, supporti di memorizzazione: carta, dischetti, dischi, microfilms, microfiches, ecc.);

- d) modalità di trattamento dell'informazione (interconnessione e fusione degli archivi, input ed output, TP o batch, ecc...);
- e) modalità di trasferimento delle informazioni (natura e lunghezza delle informazioni trasmesse, rapidità di trasmissione, ecc.).

Lo studio dettagliato del progetto, individuando in modo analitico i bisogni dell'utente, dovrà essere tradotto successivamente in un elenco di specifiche funzionali che verrà allegato alle lettere di richiesta d'offerta (documento 13, slide 27 e 28) e dal quale i fornitori potranno trarre tutti gli elementi necessari per individuare l'hardware ed il software più opportuni e per dimensionare correttamente il sistema elaborativo da proporre. Le specifiche funzionali dovranno indicare:

a) nelle sue linee generali, il progetto di informatizzazione, specificandone il campo di applicazione, i possibili sviluppi futuri ed il tipo di strumenti hardware e software;

b) le applicazioni da realizzare, indicando come avviene la raccolta, il trasferimento e la diffusione delle informazioni, i tempi e le modalità di installazione del sistema, le procedure di messa in esercizio del sistema;

c) le specifiche vere e proprie (interfacce, collegamenti, tipi di componenti hardware e relative prestazioni, software di base, software applicativo, ecc.);

d) le garanzie richieste (compatibilità, periodo di garanzia contrattuale, livello di servizio, espandibilità del sistema, ecc.);

e) i test di prova cui dovrà sottostare il sistema elaborativo;

f) le diverse obbligazioni di cui dovrà farsi carico il fornitore.

Quanto alle garanzie ed alle diverse obbligazioni, le specifiche dovranno inoltre chiarire se il costo dei supporti per il software è incluso nel prezzo, se viene fornito il software sorgente o l'eseguibile, che tipo di manutenzione è richiesta, quali procedure di sicurezza sono disponibili, che tipo di addestramento è previsto, quali sono i tempi di installazione, se è richiesto un periodo di prova, se sono previsti test di accettazione, se è richiesto un deposito cauzionale alla firma



del contratto, e così via, tutte condizioni che troveranno poi puntuale riscontro nell'articolato contrattuale. Un elemento molto importante da precisare, nelle specifiche, è l'esistenza di un eventuale direttore dei lavori e dei poteri ad esso riconosciuti. Questa figura in Italia è diffusa in campo soprattutto edilizio e più in generale nel settore dell'ingegneria civile, mentre è scarsamente presente nei contratti di informatica. Le ragioni di ciò vanno in parte ricollegate alle considerazioni svolte precedentemente. In primo luogo per il fatto che finora i fornitori hanno imposto una politica di massimo frazionamento contrattuale e, in secondo luogo, poiché i progetti più complessi di automazione hanno per lo più riguardato aziende di notevoli dimensioni che disponevano al proprio interno di dirigenti in grado di svolgere tale compito. Gli apporti di consulenza esterni, pur molto frequenti, in genere si limitano alla fase di progettazione del sistema o ad attività di supporto a chi deve assumere decisioni importanti. Queste consulenze implicano evidentemente per chi le esplica una minore responsabilità rispetto a quella di un direttore dei lavori la cui prestazione può essere gravata da un "obbligo di risultato". Tuttavia, se è vero che è necessario operare in un'ottica di sistema contrattuale, e non solo per l'hardware e per il software, ma tenendo presente che fanno parte del sistema molti altri contratti (appalto dei lavori edili di allestimento dei locali; appalto per la fornitura degli impianti di condizionamento, delle apparecchiature antincendio e dei gruppi di continuità; contratti per l'attivazione delle linee di trasmissione dati; ecc.) alcuni non strettamente informatici, si può facilmente comprendere l'utilità di una figura come quella del direttore dei lavori.

Non a caso un gruppo di studiosi francesi, in un congresso sul "Diritto dell'informatica" organizzato nel 1978 a Ginevra, constatata l'insufficienza degli schemi giuridici tradizionali, nel ricercare precedenti applicabili al campo informatico, ritenne di ravvisare forti analogie proprio con i contratti edilizi, ed in particolare con i rapporti intercorrenti tra committente, impresa costruttrice ed architetto direttore dei lavori.

Il parallelismo tra edilizia ed informatica è dato dal fatto che anche in questa ultima "il contratto prevede sempre più

spesso tre parti contraenti: la casa costruttrice di elaboratori, che può essere paragonata all'impresa costruttrice di un edificio; l'utente dell'elaboratore, paragonabile a colui che commissiona l'edificio, cioè al futuro proprietario; ed infine il consulente informatico per l'installazione e la programmazione del sistema, paragonabile all'architetto". Non a caso, in Francia, entrambe le figure vengono denominate "maître d'oeuvre" che ho reso con "direttore lavori" e che corrisponde al "consulente" informatico cui è stato affidato il compito di realizzare il sistema col gravame di un obbligo di risultato.

Il consulente (direttore lavori) svolge però un'attività essenzialmente tecnica che sfocia, attraverso la stesura delle specifiche funzionali, nella creazione dei presupposti per la stipulazione del contratto che è invece un documento in cui i termini tecnici vanno inseriti in un contesto giuridico di pertinenza di un diverso tipo di professionalità. La responsabilità del consulente, presente nella fase tecnica, si sfuma quindi notevolmente in quella giuridica.

La direzione dei lavori può essere affidata ad un singolo ovvero ad una ditta, cui spesso è affidato anche il compito di realizzare una parte del software applicativo. I rapporti di consulenza per condurre lo studio di fattibilità e per progettare il sistema possono essere affidati allo stesso soggetto incaricato della direzione dei lavori, ovvero possono essere contratti autonomi con altri soggetti operanti anch'essi sotto il coordinamento del direttore dei lavori.

Quanto fin qui abbiamo definito come "specifiche funzionali del sistema elaborativo" altro non è che un "capitolato d'appalto", e tale potrebbe essere la traduzione del corrispondente francese "chaier des charges". Come tale esso, giuridicamente, ha carattere obbligatorio solo in alcuni contratti della pubblica amministrazione, quindi non per il committente privato. La stessa situazione vale anche per la Francia ove però, a livello giurisprudenziale, il fatto che il committente privato non abbia elaborato un "cahier des charges" relativo all'acquisizione del sistema elaborativo è considerato prova di leggerezza e negligenza da parte del committente stesso che tende così ad essere penalizzato. Parallelamente, dati gli obblighi che vengono a gravare sui fornitori, la giurisprudenza francese non è tenera

neppure con quelli tra loro che accettano di impegnarsi contrattualmente anche in assenza di un "cahier des charges". In questo modo, in Francia, il capitolato diviene di fatto obbligatorio non solo per l'ente pubblico, ma anche per i privati.

### ***2.1.3 La fase di ricerca del mercato***

Una volta completato lo studio dettagliato (documento 10, slide 24 e 25) e definite le specifiche funzionali (documento 11, slide 24 e 25) sappiamo finalmente con precisione che cosa vogliamo acquisire. Occorre ora vedere quanto offre il mercato, identificare i possibili fornitori, sollecitare le offerte di questi ultimi e, alla fine, individuare quella o quelle più convenienti che si ritengono negoziabili.

L'individuazione dei fornitori può avvenire in diversi modi che, essenzialmente, sono riconducibili a tre situazioni:

- 1) diffusione della richiesta d'offerta tramite i mezzi di comunicazione di massa (giornali, radio, televisione, internet, ecc.) rivolgendosi genericamente a tutti gli operatori del settore;
- 2) invio della richiesta d'offerta solo ad un gruppo predefinito di possibili fornitori (in genere i più noti ed affidabili tra quelli operanti sul mercato);
- 3) invio della richiesta d'offerta ad un gruppo di fornitori dei quali già si sa, o si presume, che siano in grado di offrire il sistema elaborativo desiderato.

La soluzione ottimale è senza dubbio la terza, ma essa presuppone una vasta ed approfondita conoscenza del mercato che in genere possiedono solo i consulenti più preparati. La scelta dell'una o dell'altra forma è condizionata però anche da alcuni altri fattori. Così, ad esempio, se il cliente è un ente pubblico, in alcuni casi è obbligatorio pubblicizzare la richiesta d'offerta rivolgendosi genericamente a tutti i potenziali fornitori, mentre in altri è possibile rivolgere l'invito solo ad un gruppo preselezionato di possibili fornitori.

Le aziende private, a meno che non si tratti di aziende a partecipazione pubblica o di grosse forniture, non ricorrono alla prima possibilità che in genere ha costi elevati e tempi di attuazione più lunghi. Normalmente quindi, soprattutto se si è

utilizzato un consulente, l'elenco dei fornitori (documento 12, slide 27 e 28) sarà redatto da quest'ultimo in base alla propria esperienza professionale. In caso contrario, invece, non esistono regole precise. Tutti i canali informativi sono buoni, ma quelli più ricorrenti sono: la visita a mostre specializzate, la lettura di riviste del settore ed il contatto con altri utenti che hanno già affrontato e risolto esigenze analoghe.

Individuati i fornitori da interpellare occorre poi predisporre le lettere di richiesta d'offerta (documento 13, slide 27 e 28). A queste lettere andranno allegate le specifiche funzionali di cui si è detto in precedenza e, dal punto di vista giuridico, come si vedrà meglio in seguito, dovranno essere chiaramente definite alcune cautele a favore del cliente in modo che questi non resti vincolato in alcun modo dalla richiesta e dal ricevimento dell'offerta.

Sempre con le dovute cautele, può essere molto utile richiedere con la lettera anche una bozza di contratto. Uno degli elementi da non trascurare, infine, è anche quello di indicare nella richiesta d'offerta il termine ultimo entro il quale debbano pervenire le risposte.

Una volta pervenute le offerte (documento 14, slide 27 e 28) si procederà ad una selezione isolando quelle rispondenti (o maggiormente rispondenti) alle specifiche funzionali (documento 15, slide 27 e 28) e scartando le altre. A questo punto si dovrà altresì valutare se le risposte sono state esaurienti e se per caso non si è dimenticato di richiedere qualche elemento o condizione particolare. In questa ipotesi, infatti, si dovrà procedere ad un supplemento d'indagine predisponendo ulteriori lettere di richiesta d'integrazione dell'offerta (documento 16, slide 27 e 28), usando ben inteso tutte le cautele già adottate nella prima richiesta. Quando siano giunte le integrazioni d'offerta (documento 17, slide 27 e 28) se ne potrà finalmente effettuare una selezione predisponendo nel contempo una graduatoria.

La valutazione delle offerte non è cosa semplice. È infatti possibile che le risposte dei fornitori siano disomogenee o poiché taluno è interessato solo a una parte della fornitura, o perché alcuni, a differenza di altri, hanno inviato un'ampia e dettagliata documentazione o, infine, perché, qualche offerta,

pur essendo interessante, si discosta in parte dalle specifiche fornite rendendo difficile la sua comparazione con le altre. In ogni caso esistono diverse metodologie che consentono di creare griglie di valutazione. Esse, in genere, prevedono una prima selezione per scartare le offerte che non soddisfano i requisiti definiti come essenziali poi, con varie metodiche, si attribuiscono dei punteggi con diversi pesi ai singoli elementi, ottenendo così la graduatoria finale.

È importante disporre, anche se ciò può comportare una maggiore difficoltà di scelta, di più offerte accettabili, poiché non è detto che la trattativa sull'offerta migliore andrà sicuramente in porto. Il disporre di alternative pone al riparo dal rischio di dover ridefinire i requisiti e procedere ad una nuova ricerca di mercato. Non solo, ma la presenza di più offerte accettabili (documento 18, slide 27 e 28) può consentire, nella fase di negoziazione, di porre in concorrenza fra loro i vari fornitori ottenendo ribassi dei prezzi o maggiori garanzie.

#### ***2.1.4 La fase della negoziazione del sistema elaborativo***

Una volta pervenute le offerte e selezionate quelle che rispondono ai requisiti tecnici definiti dalle specifiche funzionali ed ai limiti e vincoli di altra natura posti dal cliente, inizia la vera e propria attività di negoziazione.

Questa attività può assumere le forme più disparate, formali ed informali, ma è comunque fondamentale ai fini della successiva stipulazione del contratto. È infatti dagli incontri, dalle dimostrazioni, dai "pourparlers" di questa fase che emergono eventuali limitazioni di responsabilità e di garanzia, ovvero emergono eventuali difficoltà circa la disponibilità, i tempi di consegna, l'installazione, ecc. delle macchine, ovvero vengono manifestate disponibilità aggiuntive e disponibilità a prestare ulteriori garanzie o servizi. Poiché, come è noto, «verba volant sed scripta manent», appare allora opportuno fissare in qualche modo su carta (= formalizzare) tutto quanto viene via via definito.

Nascono così: accordi quadro (documento 17, slide 29 e 30); verbali di riunione (documento 18, slide 29 e 30); accordi

specifici (documento 19, slide 29 e 30); protocolli d'intesa (documento 20, slide 29 e 30); integrazioni d'offerta (documento 21, slide 29 e 30) ed altri tipi di pattuizioni (indicate genericamente nel documento 22, slide 29 e 30).

E' ovvio che non saranno certo i fornitori ad insistere per formalizzare i documenti sopra citati: questa è un'esigenza che deve essere rivendicata con forza da parte del cliente. In generale si può stabilire con buona approssimazione la serietà ed affidabilità del venditore dal grado di disponibilità a sottoscrivere quanto affermato a voce nel corso di questi incontri.

Va comunque precisato che la fase di negoziazione può comprendere in realtà sottofasi che hanno diverso grado di pregnanza rispetto alla negoziazione vera e propria. Così vi saranno momenti iniziali in cui i documenti prodotti impegnano solo il fornitore e possono essere considerati integrazioni all'offerta, e momenti finali in cui vengono firmati protocolli e accordi che vincolano già le parti anche se magari condizionatamente al buon esito dell'intera trattativa. Se la negoziazione procede con esito soddisfacente per le parti si giungerà alla fine alla stipulazione del «sistema contrattuale» (documento 23, slide 29 e 30) sia essa un atto unico o un insieme di negozi tra loro strettamente correlati da reciproche clausole di rinvio.

Negoziati insoddisfacenti potranno invece condurre a rimettere in gioco fornitori ed offerte inizialmente esclusi ovvero a riprendere la ricerca di mercato per individuare nuovi possibili partner. A questo riguardo è sicuramente meglio investire ulteriore tempo e denaro che contrarre vincoli di cui non si è convinti o con fornitori nei confronti dei quali manca un rapporto di piena fiducia. Nell'ipotesi limite, qualora nonostante il supplemento di ricerca di mercato non fosse possibile concludere in modo soddisfacente, non resterà che rinunciare ad approntare il sistema elaborativo, salvo procedere ad un drastico ridimensionamento degli obiettivi.

Il lavoro fatto e le risorse impiegate, se l'attività è stata condotta con metodo e buone capacità professionali, non rappresentano una totale perdita; spesso infatti l'aver studiato la razionalizzazione dei flussi informativi nell'ottica del sistema elaborativo può condurre comunque ad interventi di riorga-

nizzazione funzionale apportatori di benefici.

### ***2.1.5 La fase della realizzazione del sistema elaborativo***

Nella fortunata ipotesi in cui si sia pervenuti alla stipulazione di un soddisfacente sistema contrattuale (documento 23, slide 31-35), occorre ora procedere alla sua concreta realizzazione che procederà tanto più speditamente quanto più il corpo normativo degli accordi sia stato espresso con chiarezza e completezza, attribuendo a ciascuno il proprio giusto carico di responsabilità.

In questa fase vanno ricomprese attività quali la preparazione degli ambienti che dovranno ospitare il sistema e le funzioni di servizio ad esso accessorie, la formazione del personale, la conversione di archivi o di sistemi elaborativi preesistenti, l'installazione e le verifiche di funzionamento di macchine e programmi, l'eventuale sviluppo di software ad hoc e quant'altro previsto dall'insieme dei contratti e dei relativi allegati tecnici. In particolare, se la predisposizione dell'ambiente non è a carico dello stesso cliente, ma compete direttamente al fornitore dell'hardware, come spesso accade, o a ditte terze specializzate, il cliente dovrà formalmente richiedere l'avvio dei lavori e sarà opportuno lo faccia in forma scritta (documento 24, slide 31-35). Questo documento, da un lato afferma la disponibilità e l'assenza di impedimenti da parte del cliente, dall'altro costituisce il punto di riferimento da cui computare il calcolo dei tempi, sanciti contrattualmente, entro i quali il lavoro debba essere completato. La forma scritta, sia essa raccomandata, telex, telefax o altra, purché giudizialmente riconosciuta come elemento di prova certo ed inoppugnabile, mette il cliente al riparo dalle conseguenze di eventuali ritardi o inadempienze del fornitore, ma anche da responsabilità nei confronti di fornitori terzi, ad esempio di hardware o di software, la cui prestazione subisca ritardi o comunque danno dal protrarsi delle attività di preparazione di locali. Dovrà quindi essere posta particolare attenzione, nel predisporre il sistema contrattuale, all'attribuzione di responsabilità dirette e indirette a carico del singolo fornitore inadempiente.

Col numero 25 e la generica dicitura "azioni" (slide 31) si è voluto indicare un insieme di documenti che possono andare,

secondo il sistema pattizio sottoscritto, da atti di diffida e messa in mora, oppure di richiesta di risarcimento del danno e, in casi limite, qualora la prestazione non venga completamente resa, alla risoluzione stessa del contratto. In quest'ultima ipotesi, proprio nell'ottica del sistema contrattuale e dei legami tra le varie prestazioni sarà altresì opportuno inviare formali comunicazioni di quanto sta accadendo anche agli altri fornitori coinvolti (documento 26, slide 31) specificando loro se si intenda comunque proseguire nella realizzazione del sistema sostituendo a quello inadempiente altro diverso fornitore o se, al contrario, non si voglia rinunciare all'intero progetto.

Nell'auspicabile ipotesi che la predisposizione dell'ambiente vada a buon fine si dovrà procedere, d'intesa con il fornitore, al collaudo delle opere redigendone, in caso di esito positivo, apposito verbale (documento 27, slide 31). Tale atto attesterà ad ogni effetto l'avvenuta prestazione.

Qualora invece il collaudo avesse esito negativo, ferma restando la necessità di formalizzare comunque la cosa, si ritornerà alla situazione di ritardo ed inadempienza sopra descritta ed alle relative azioni (documento 25, slide 31 e 32).

Quanto detto per i lavori di approntamento dell'ambiente vale anche per la consegna e l'installazione dell'hardware e del software. Le azioni esperibili, in caso di ritardi o inadempienze (documenti 28, 29, 31 e 32, slide 33 e 34), sono esattamente le stesse così come lo sono le possibili conseguenze che potrebbero arrivare alla sostituzione del singolo fornitore o alla risoluzione totale o parziale del rapporto. In ogni caso, qualora invece tutto proceda regolarmente, dovrà esservi un verbale di collaudo dell'hardware (documento 30, slide 34 e 35) e del software (documento 33 slide 35). Se le apparecchiature ed il software provengono da una pluralità di fornitori, come spesso accade, potranno esserci singoli collaudi e collaudi complessivi di ciascuno dei quali dovrà restare traccia.

Ultimata la predisposizione del sistema elaborativo dovrà comunque esserci un verbale di collaudo dell'intero sistema, inteso cioè nella combinazione di hardware, software ed altre prestazioni ausiliarie (ambiente, linee trasmissione dati, ecc.). Questo verbale rappresenterà di norma una presa d'atto del funzionamento del sistema e potrà costituire accettazione del



medesimo o, come più spesso accade, questa potrà essere subordinata al buon esito di un periodo di prova.

Il periodo di prova, normalmente, serve al fornitore per le ultime messe a punto del sistema operante sulla realtà e non, come in precedenza, su test fittizi e serve anche al cliente che acquisisce la padronanza del nuovo strumento verificandone la funzionalità prima di abbandonare definitivamente la precedente organizzazione del lavoro. Possono dunque manifestarsi, anche in questo frangente, vizi o carenze del sistema. Qui occorrerà però distinguere tra vizi e carenze, costituendo i primi un anomalo funzionamento di tutto o parte del sistema, situazione riconducibile ai vizi di un qualunque prodotto, e le seconde un funzionamento non adeguato alle aspettative. Nel primo caso, tutte le azioni esperibili sono quelle relative alla fornitura di un prodotto non funzionante. Nel secondo caso occorre invece vedere se il sistema fornito è qualcosa di diverso o di non adeguato rispetto alle richieste del cliente, ed allora ci ritroveremo nelle stesse ipotesi esaminate in precedenza circa i ritardi o le inadempienze nel predisporre l'ambiente, il software e l'hardware, oppure se le carenze derivano da errate valutazioni, imprecisione o errori nella determinazione delle specifiche del sistema, ed in tal caso al cliente non resterà che cercare di rimediare agli errori fatti.

Qualora invece il periodo di prova si concluda felicemente, tale evento verrà sancito da un atto esplicito di accettazione del sistema stesso (documento 36, slide 35 e 36) che servirà da atto liberatorio per i fornitori comprovando l'avvenuta corretta prestazione. I fornitori resteranno quindi obbligati solo per l'eventuale successiva assistenza e per ulteriori obblighi eventualmente sottoscritti.

### ***2.1.6 La fase dell'esercizio del sistema elaborativo***

Una volta accettato il sistema, ha inizio la fase di routine dell'esercizio durante la quale possono verificarsi sostanzialmente due tipi di eventi: il presentarsi di guasti o malfunzionamenti e la necessità di modifiche per implementare il sistema.

Il verificarsi di guasti è normale e connaturato ad ogni tipo di

apparecchiatura soggetta ad usura ed un elaboratore o le sue unità periferiche a questo riguardo non fanno certo eccezione: spetta al servizio di manutenzione, disciplinato da apposita pattuizione, il ripristinare il normale stato di funzionalità. Ciò che rileva è invece quando la frequenza dei guasti assume una tale portata da porre seriamente in dubbio la funzionalità del sistema stesso. A questo riguardo il negoziatore accorto avrà avuto cura di definire nell'apparato contrattuale precisi parametri di valutazione dell'efficienza e funzionalità del sistema ottenendo altresì garanzia su un livello minimo di funzionalità al di sotto del quale scattino nuovamente responsabilità per il fornitore quando la diminuita efficacia non sia imputabile a normale usura degli apparati.

Per poter accertare il livello di funzionalità dovranno quindi essere predisposte e conservate particolari registrazioni tecniche sul funzionamento delle macchine e, soprattutto, deve essere tenuto un registro delle chiamate e degli interventi (documento 37, slide 36 e 37) che registrerà; tipo di inconveniente; data e ora della chiamata; data e ora dell'intervento; esito dell'intervento; durata di fermo macchina; ed altri simili.

Qualora guasti e malfunzionamenti non vengano rimossi o si manifestino con eccessiva frequenza l'utente, secondo i casi, potrà risolvere il contratto di manutenzione, agire per danni, contestare la qualità dei prodotti c, più in generale, intraprendere tutte le azioni (documento 38, slide 36 e 37) che gli sono consentite dal Codice Civile o dalle specifiche pattuizioni.

Tale evenienza, in ultima istanza, potrebbe portare alla "fine del sistema".

Nell'altra possibile situazione, di fronte cioè alla necessità di potenziare il sistema o semplicemente di apportarvi delle modifiche, se queste sono sostanziali ci troveremo ancora una volta di fronte ad un'ipotesi di "fine del sistema", se invece non ne intaccano globalmente la natura, verranno poste in essere nuove forniture con le conseguenti modifiche al "sistema contrattuale" (documento 39, slide 36 e 37).

### ***2.1.7 La fase della fine del sistema elaborativo***

Oltre che per guasti o malfunzionamenti che rendano non più affidabile il sistema e per necessità di potenziamenti e modifiche che possono derivare tanto da mutate esigenze aziendali quanto dalla stessa evoluzione delle tecnologie, il sistema può vedere la sua fine anche per la scadenza dei termini di licenze di software o di locazioni delle macchine non più rinnovabili o per il perimento del sistema stesso per accadimenti fortuiti.

Quale ne sia la causa, all'utente si porrà solo l'alternativa tra rinunciare a disporre di un nuovo sistema elaborativo, cosa ormai alquanto improbabile, ovvero iniziare un nuovo ciclo di progettazione di un sistema che questa volta, tra i vincoli, avrà quasi sicuramente quello della compatibilità, almeno a livello di gestione dei dati, con quello precedente (Vedi slide 38).

### 3. LA TUTELA DEL SOFTWARE SLIDE 39-46

Gli elevati costi connessi alla progettazione dei programmi per elaboratore e la relativa semplicità ed economicità con cui possono essere copiati, hanno messo in luce fin dall'ingresso sul mercato di questi nuovi prodotti tecnologici l'esigenza di una tutela giuridica di tipo esclusivo, l'unica in grado di remunerare gli elevati investimenti, sia in termini di risorse umane che finanziarie, necessari per la realizzazione del software. Questa esigenza trova in Italia sfogo nella disciplina entrata in vigore con il D. Lgs. del 29 dicembre 1992, n. 518 che, in sede d'attuazione della Direttiva 91/250/CEE, ha modificato la legge n. 633 del 1941 estendendo la tutela propria del diritto d'autore ai programmi per elaboratore:

"In particolare sono comprese nella protezione:...(omissis)...8) I programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso". Il legislatore italiano, così come quello europeo, si è astenuto dal fornire una definizione dettagliata di "programma per elaboratore"; il motivo di questa lacuna risiede probabilmente nella stessa natura tecnica del bene in oggetto, destinato a mutare a ritmi vertiginosi in piena simbiosi con il rapido sviluppo tecnologico che caratterizza questa particolare branca della scienza umana. L'ampia definizione è così idonea a inglobare, con i dovuti limiti, le nuove espressioni tecnologiche con cui i programmi per elaboratore potranno venire in essere. In sede internazionale, sin dai primi anni Settanta, divenne sempre più pressante l'esigenza di trovare un istituto giuridico che riuscisse ad accogliere al proprio interno il software al fine di garantirne una reale tutela. Varie e numerose furono le ipotesi avanzate dai singoli legislatori nazionali, le principali delle quali possono essere, in modo sintetico, individuate in tre "macroscopie" di tutela:

A) la prima è quella riguardante il diritto d'autore;

- B) la seconda coinvolge la disciplina dei brevetti;
- C) la terza, infine, attiene ad un regime normativo di tutela che prende spunto, contemporaneamente, dalla disciplina del diritto d'autore e da quella dei brevetti, prelevando da queste realtà solo gli aspetti che appaiono maggiormente affini e compatibili con le nuove esigenze e le caratteristiche del bene "programma per elaboratore".

La particolare attenzione per il risultato economico delle attività svolte in campo industriale, determinò un precoce e particolare interesse da parte degli Stati Uniti d'America per il bene "software". Risale, infatti, al 1980 il "Computer software Amendment Act" (Public Law 96-517, 12-12-80) con cui la più avanzata potenza economica dell'Occidente industrializzato cristallizzò l'indirizzo che divenne, in breve tempo, quello dominante a livello mondiale: fu creata, ai fini della tutela, un'affinità elettiva tra il software e il diritto d'autore. Negli anni successivi, infatti, furono emanate discipline normative contenenti una tutela del software derivata dai principi base del Computer software Amendment Act in Australia, in Francia, in Germania, in Gran Bretagna, in Spagna e in Giappone. A livello europeo, l'esigenza di armonizzare la disciplina posta a tutela dei programmi per elaboratore fu avvertita come un problema da risolvere, in tempi brevi, al fine di garantire non solo la competitività, ma la stessa futura esistenza, del mercato interno di tali prodotti. La ricerca di un meccanismo giuridico di difesa dei programmi per elaboratore sfociò nella Direttiva n. 250 del 1991. Con tale atto, fonte di diritto comunitario, si fissarono gli obiettivi di tutela da raggiungere in una prospettiva idonea ad includere il software nell'ambito della tutela assicurata al diritto d'autore.

Tra le ragioni che hanno contribuito a far propendere il legislatore comunitario verso le linee adottate dai precedenti legislatori internazionali in materia di software, vi è, dunque, una forte motivazione economica: "il diritto d'autore ha per caratteristica di nascere con la creazione dell'opera, non richiedendo formalità quali il deposito o la registrazione per ottenere protezione immediata e, dunque, offre una tutela di facile accesso. Sulla base di queste considerazioni, è stato

ritenuto che il diritto d'autore fosse lo strumento più idoneo a favorire gli interessi dei produttori contro la riproduzione illegale e contro le manipolazioni e, allo stesso tempo, fosse uno strumento capace di favorire lo sviluppo tecnologico". L'Europa ha cercato, quindi, con la suddetta Direttiva di fornire un'efficace risposta al dilagante fenomeno della copia e della distribuzione illegale di programmi per elaboratore: la c.d. "PIRATERIA" del software.

Problemi particolari sono stati sollevati in dottrina a causa dell'equiparazione che il legislatore ha attuato tra software e opera letteraria. Per poter affrontare tale argomento, anche se in modo superficiale, è necessario esaminare con estrema attenzione, quanto dispone l'art. 1 della Legge n. 633 del 1941:

*" Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Sono altresì protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con la legge 20 giugno 1978, n. 399, (omissis)."* Il primo punto da approfondire è quello riguardante le ragioni per cui il legislatore ha fatto rientrare il software all'interno della categoria "opera letteraria". Il programma per elaboratore è protetto poiché considerato "opera letteraria"; è solo da tale "comparativo riconoscimento", infatti, che trae origine e forza la suddetta tutela.

Un secondo momento di riflessione deve essere dedicato al fatto che non tutto ciò che è definibile astrattamente software rientra nella categoria che il legislatore nazionale ed europeo ha inteso tutelare. Il programma deve presentare un autonomo carattere creativo e risultare come un originale prodotto dell'ingegno del suo autore. Il requisito dell'originalità appare, quindi, come insopprimibile condizione per l'attribuzione dell'esclusiva propria del diritto d'autore. Rispetto alle opere letterarie, la stessa natura funzionale e pratica del software impone una particolare valutazione del grado di originalità che lo stesso deve presentare ai fini della tutela. Il momento è di particolare rilievo dato che la scelta del criterio da adottare in sede di valutazione d'originalità,

incide in modo rilevante sulla possibilità di ricorrere alla tutela giuridica. Il legislatore comunitario propende per un approccio di tipo soggettivo, disponendo che un programma per elaboratore è tutelato solo se originale, ossia se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore. La scelta del criterio soggettivo si rivela l'unica percorribile e praticabile al fine di non escludere dalla tutela d'autore la gran parte dei programmi per elaboratore, in ragione della particolare natura tecnica di questo bene. Il software, si ricorda, rappresenta nella sua più intima essenza una modalità di risoluzione di problemi tecnici; per questo motivo è difficile, salvo casi eccezionali e limitatissimi, che vengano alla luce programmi totalmente nuovi e innovativi rispetto a quelli preesistenti. L'innovazione tecnologica raramente procede per salti, presentandosi sempre come un discorso, direttamente o indirettamente, causalmente legato ai traguardi e alle conquiste precedenti. "Il risultato di tale intervento legislativo è stato quello rendere meritevole di tutela ogni programma per elaboratore che risulti frutto di un'attività intellettuale dell'autore e non di una mera azione di copiatura". Il terzo, ed ultimo, aspetto da approfondire è quello relativo ai confini della tutela riconosciuta al software. Rientra sotto l'egida di tale tutela, infatti, solo la forma espressiva dell'opera e non i contenuti posti alla base del programma.

L'art. 2, n.8 della legge sul diritto d'autore così dispone: "...restano esclusi dalla tutela accordata dalla legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma compresi quelli alla base delle sue interfacce". In altre parole: essendo il software essenzialmente un risolutore di problemi squisitamente tecnici e pratici, l'idea risoltrice non è di per sé tutelata dal diritto; quest'ultima tutela, infatti, solo le diverse tipologie d'espressione attraverso cui si manifesta e si concretizza l'ingegno. Questa soluzione, se da un lato si presenta in sintonia con i precedenti, legislativi e giurisprudenziali, in tema di tutela delle opere dell'ingegno, dall'altra crea non pochi problemi interpretativi "di rigetto" nel momento in cui viene trapiantata in una realtà particolare come quella del software. In questo bene, infatti, la forma espressiva non è facilmente distinguibile e separabile dal suo contenuto, con la conseguenza di creare dei momenti di incertezza sicuramente non auspicabili

in un settore così delicato e complesso. L'idea, nell'intenzione del legislatore, è così svincolata "dall'espressione proprietaria", rimando libera di diventare fonte causale di successivi e fecondi sviluppi da parte di altri autori che potranno ad essa ispirarsi realizzando, con espressioni differenti, tecniche più vantaggiose e segnando, così, un originale progresso degno della tutela garantita dal diritto.



#### 4. LICENZA D'USO DI SOFTWARE SLIDE 47-50

L'elemento essenziale del contratto di licenza d'uso è il trasferimento all'utente della possibilità di utilizzare un pacchetto applicativo, cioè un insieme di programmi che costituiscono un prodotto ben definito.

Parimenti essenziale, come oggetto contrattuale, è la definizione dell'ampiezza di disponibilità del prodotto fornito. Così, secondo le varie esigenze del licenziatario, potrà esservi un interesse ad utilizzare il prodotto soltanto per sé, ovvero ad avvalersi di esso per fornire servizi a terzi. Inoltre, qualora il licenziatario svolga attività di commercializzazione o, più genericamente, di service, potrebbe avere interesse, a sua volta, a cedere in uso il prodotto ai propri clienti.

Quest'ipotesi potrebbe risolversi in forme contrattuali diverse quali ad esempio un accordo tra il cedente e licenziatario per fornire a terzi, ad esempio il prodotto ed il relativo servizio, ovvero, qualora il licenziatario operi in una particolare fascia di mercato o in una specifica area commerciale, potrebbe chiedere, come specifico oggetto contrattuale, la possibilità di concedere in sublicenza a terzi il prodotto.

Oggetto del contratto sarà dunque una licenza di utilizzo esclusivo o non esclusivo di un prodotto software, nonché l'eventuale possibilità di cedere a terzi il diritto stesso.

Quanto fin qui detto, tuttavia, non esaurisce l'intero oggetto del contratto.

Per poter usufruire del software e quindi per la completezza del contratto, infatti, è essenziale che il licenziatario sia anche in grado di utilizzare concretamente il prodotto salvo il caso in cui oggetto specifico del contratto sia la concessione per la commercializzazione del prodotto a terzi.

Pertanto, normalmente, sarà oggetto del contratto non solo l'insieme dei programmi, ma anche tutto quel "materiale aggiuntivo", come viene spesso definito nei contratti standard, che è essenziale per l'utilizzo del prodotto.

Tra questo materiale vanno ricompresi i vari tipi di documentazione per l'utente, per il sistemista che deve curare l'installazione, per il gestore che ne assicura il quotidiano

funzionamento ed, eventualmente, per il programmatore, qualora il licenziatario abbia la necessità e sia autorizzato ad apportare in proprio modifiche.

Una particolare cautela deve invece essere usata quando si stipula un contratto di "licenza d'uso esclusivo".

Bisogna infatti verificare se la ditta che cede il software non abbia per caso ceduto in precedenza ad altri il medesimo prodotto. Questi ultimi, infatti, potrebbero utilizzare il software in modo concorrente, vanificando di fatto l'esclusività della cessione.

Sempre con riferimento all'oggetto, nella maggior parte dei casi correnti, riteniamo essenziale richiedere anche tutta la necessaria "attività di servizio" ai programmi, ricomprendendo in questa l'assistenza all'installazione del prodotto nonché la manutenzione del medesimo.

E' soprattutto opportuno definire il concetto di uso, poichè da ciò potrebbero derivare importanti conseguenze per l'intero contratto. Dal punto di vista informatico, nell'"uso" bisogna ricomprendere, quanto meno, la facoltà di installare il prodotto su una determinata macchina e quella di effettuare copie di sicurezza, benchè questo diritto sia sempre riconosciuto anche dalla legge sul diritto d'autore per il software.

Affrontando poi la natura giuridica della licenza d'uso, con specifico riferimento alla determinazione dell'oggetto, abbiamo trattato alcuni punti sui quali è opportuno soffermarci ulteriormente.

La licenza d'uso è caratterizzata dal fatto di essere "esclusiva" o "non esclusiva" e l'apposizione di un simile vincolo rientra nell'ambito della disponibilità del cedente quale potere connesso all'esercizio del pieno diritto di titolarità del software.

Connessi alla "paternità" del prodotto vi sono tutti quei diritti qualificati come patrimoniali e ricomprensivi, fra l'altro, della trasmissibilità del godimento del bene a fronte di un determinato corrispettivo.

La portata di tale trasmissibilità in favore del licenziatario può essere la più ampia possibile, tanto che il cedente non solo trasmette la potestà di godimento, ma estende a completo favore del terzo la rinuncia ad avvalersi egli stesso di tali diritti, in proprio o tramite altri cessionari.

Una siffatta pattuizione è diretta indubbiamente a regolare sia la concorrenza interna al rapporto (cedente-licenziatario), sia quella esterna al rapporto (cedente-terzi-licenziatario).

Il concedente, di contro, rinuncia espressamente ad esercitare la facoltà di libero commercio cioè a porsi in stretto rapporto economico con altri soggetti e, nel contempo, garantisce con il suo comportamento che terzi non si intromettano commercialmente in quell'area con il medesimo prodotto.

Riteniamo pertanto che la violazione della clausola di "esclusiva" comporti la risoluzione del contratto, anche in difetto di espressa clausola, giacché l'intero contratto viene ad esserne in certo qual senso condizionato.

Il licenziatario sottoscrive infatti il proprio impegno solo in funzione dell'esclusività ed in tale parametro vengono computati il corrispettivo e la portata dell'intero contratto, per cui ci pare fondato ritenere che, diversamente, le parti non avrebbero concluso l'accordo.

L'esclusiva, inoltre, assume il carattere di elemento qualificante dell'intero rapporto negoziale: il contratto non è di durata con più prestazioni autonome, in modo tale cioè che la violazione dell'obbligo risulti rilevante solo a fronte di aperte del contratto, potendo non incidere a fronte del restante arco del rapporto.

Nella licenza d'uso il concedente trasferisce immediatamente, in un unico contesto, il diritto di godere in senso ampio del software e l'eventuale violazione si rifletterà sull'intera prestazione.

Non potrebbe ritenersi di scarsa rilevanza neppur il venir meno dell'obbligo di esclusiva qualora si manifesti in prossimità del termine contrattuale.

Un tale comportamento potrà essere oggetto di minor risarcimento quantitativo del danno, ma manterrà sempre la sua massima incidenza nel rapporto negoziale.

La licenza d'uso può essere trasferibile o non trasferibile. Si rientra qui in un'ipotesi analoga alla sublocazione. Qualora il concedente autorizzi il trasferimento della licenza dal licenziatario ad un terzo, si avranno due fattispecie distinte e cioè il primo rapporto concedente-licenziatario ed il secondo rapporto licenziatario-sublicenziatario.

Coesistono quindi due situazioni giuridiche che hanno in comune uno dei soggetti (il licenziatario-sublicenziante), ma che restano, per quant'altro, distinte fra loro.

A maggior riprova valga la considerazione che, ammessa la trasferibilità della "licenza d'uso", l'unico punto di contatto fra cedente e sub-licenziatario è offerto dalla possibilità per il primo di agire direttamente nei confronti del secondo per ottenere il pagamento dei canoni arretrati.

A fronte di tale azione, non avente carattere surrogatorio, il sub-licenziatario potrà eccepire il fondamento di uno dei due rapporti di dare-avere (cioè fra concedente e licenziatario, e fra quest'ultimo ed il sub-licenziatario), ma non potrà eccepire la compensazione fra il proprio debito nei confronti del licenziatario ed un credito vantato da questi nei confronti del cedente originario.

Al di fuori di queste ipotesi non vi sono altri rapporti diretti fra cedente e sub-licenziatario, mentre il licenziatario dovrà gravare il suo sub-licenziatario di tutti gli oneri a cui è a sua volta sottoposto.

Così, ad esempio, tutti gli obblighi di segretezza imposti al licenziatario dovranno essere onorati anche dal sub-licenziatario al fine di evitare che il cedente agisca nei confronti del licenziatario stesso, il quale, a sua volta, potrà soddisfarsi con il suo avente causa.

Trattando invece del divieto di trasmissibilità (o sublicenza) ci pare che tale obbligo debba essere rispettato sia "direttamente" sia "indirettamente" anche in assenza di una simile "precisazione" nella clausola relativa.

Il licenziatario potrebbe cercare di aggirare l'ostacolo posto al divieto conferendo il proprio diritto nell'ambito di una partecipazione societaria con l'altro soggetto giuridico. In tal caso, conferendo ad esempio parte dei propri mezzi, potrebbe attuare una sub-cessione non consentita.

Va tenuto presente, infatti, che lo scopo del divieto è proprio quello di impedire che altri possano godere del bene anche solo parzialmente, e cioè potrebbe verificarsi sia in virtù di un vero e proprio contratto di sub-licenza sia attraverso altri negozi giuridici.

## **5. CONSIDERAZIONI GENERALI SUL CONTRATTO DI SVILUPPO DI SOFTWARE SLIDE 51-54**

Il contratto di sviluppo di software, unitamente al contratto di licenza d'uso, costituisce la più diffusa forma di acquisizione dei programmi per elaboratore.

Trova applicazione in tutti i casi in cui il mercato non offra un prodotto soddisfacente già preconfezionato ed il committente non è in grado o non intenda svilupparlo in proprio.

Questo tipo di contratto è molto "più delicato" di quello di licenza d'uso e cioè per almeno tre ragioni fondamentali.

La prima è che, mentre il package in licenza è un prodotto esistente e quindi in una certa misura valutabile all'atto della stipulazione del contratto, il software sviluppato ad hoc rappresenta un'incognita fino al suo rilascio. E, se è pur vero che sono previsti un collaudo ed un'accettazione, è vero anche che, pur rispondendo pienamente alle specifiche funzionali fornite dal committente, potrebbe scaturirne un programma o un'insieme di programmi più o meno brillanti, senza avere quindi alcuna possibilità di rifiutare totalmente il prodotto in caso di insoddisfazione.

La seconda ragione è di tipo essenzialmente economico poiché, mentre nella licenza d'uso vi è solo l'esborso di una quota parte rispetto al costo totale di sviluppo del prodotto, nel contratto qui in esame il committente si accolla di solito l'intero costo.

La terza ragione che rende più delicato questo genere di accordo è ad un tempo di tipo commerciale e giuridico.

Commissionare lo sviluppo di software significa normalmente rivolgersi ad uno specialista del settore (software house). Ebbene, se il software sviluppato è destinato all'utilizzazione per il suo committente, non sorgono problemi. Se invece, al contrario, il committente intende avvalersene per fornire servizi a terzi, ovvero se intende cederlo in licenza a questi ultimi, si troverà ad avere un potenziale e temibile concorrente proprio in chi per suo conto ed a sue spese gli ha sviluppato il software.

Questi, infatti, avrà acquisito a spese del committente tutto il

know-how necessario e sarà in grado di riscrivere, rapidamente e con poco costo, un programma del tutto analogo a quello commissionatogli, che potrà commercializzare a prezzi più competitivi.

Ora, è pur vero che la natura stessa dell'appalto tende ad escludere indebiti utilizzi, da parte del fornitore ma ciò implica un'attenta valutazione contrattuale.

Quindi in relazione al titolare della proprietà sul software sviluppato potrebbe essere convenuto indifferentemente che proprietario sia l'uno o l'altro dei due contraenti e, in entrambi i casi, con diverse gradazioni.

Così, ad esempio, potrebbe restare proprietaria la software-house con un diritto d'uso perpetuo e non esclusivo a favore del committente, ovvero potrebbe ricadere su quest'ultimo la titolarità di ogni e più ampio diritto economico.

L'ipotesi principale comunque è quella della più ampia titolarità della proprietà del software da parte del committente, così come è per effetto naturale del contratto di appalto.

Una seconda distinzione risiede nella presenza o meno delle "specifiche funzionali", cioè di tutto un certo tipo di materiale, frutto di un attento esame delle esigenze che sottendono alla richiesta del software.

Le specifiche funzionali, costituiscono infatti il fulcro di tutto il contratto di sviluppo, poiché rappresentano la costante pietra di paragone per l'attuazione del contratto stesso. Il più delle volte, il committente non è in grado di definire adeguatamente in proprio le "specifiche funzionali", pertanto deve commissionarle a terzi che possono essere la stessa software-house che verrà poi incaricata di realizzare i programmi o altra azienda specializzata. In ogni caso, il contratto che ha per oggetto la produzione delle specifiche funzionali è del tutto analogo, strutturalmente e giuridicamente, a quello di sviluppo del software che ci si accinge ad esaminare.

Al riguardo, l'ipotesi più comune è che già esistano delle "specifiche funzionali" approvate e fatte proprie dal committente, considerando altresì irrilevante che tali specifiche siano state prodotte dalla stessa software-house incaricata dello sviluppo dei programmi ovvero da terzi.

(Ciò, anche se il fatto può essere tutt'altro che irrilevante poiché,

ad esempio, nel caso in cui le specifiche provengano dalla stessa software-house, questa non potrà lamentarne l'insufficienza ovvero la scarsa chiarezza).

Una terza distinzione di notevole rilievo, infine è relativa alla soluzione economica prescelta, infatti, vi è una triplice possibilità:

- a) contratto a consumo;
- b) contratto a consumo con tetto massimo di spesa;
- c) contratto a prezzo fisso;

A seconda della soluzione scelta potranno infatti variare le clausole.

Un cenno a parte, infine, merita il fatto che, nel contratto di sviluppo di software, a differenza di altre figure contrattuali, quali la vendita di software o la licenza d'uso, il cliente ha una particolare incidenza, potendo scegliere fra molti fornitori ai quali predeterminare le proprie esigenze, senza preclusioni preliminari.

## **5.1 NATURA GIURIDICA**

Per quanto concerne la natura giuridica del contratto di sviluppo software riteniamo di essere indubbiamente di fronte, ad un contratto tipico e nominato in quanto lo sviluppo di software ha assunto un'incidenza notevole nell'ambito dei rapporti negoziali informatici ed altresì per il fatto di trovare ampia e precisa disciplina nel dettato del codice civile, quale contratto di appalto.

Preliminarmente occorre però distinguere due ipotesi dal punto di vista della qualità dei soggetti, cioè delle parti contraenti, o meglio di uno dei due contraenti.

La configurazione tipica, infatti, è offerta da un soggetto (utilizzatore o cliente) che concorda con un altro soggetto (fornitore) un certo prodotto-software, che questi si impegna a realizzare.

Siamo quindi di fronte ad un appalto, fermo restando che in alcune ipotesi potrebbe trattarsi di prestazione d'opera (art.2222 cc e seg), e comunque la preponderante casistica è relativa alla figura dell'appalto.

## **5.2 OGGETTO DEL CONTRATTO DI SVILUPPO DI**

## **SOFTWARE**

Particolare attenzione va posta in merito all'oggetto del contratto di sviluppo di software, tale aspetto consta nella scrittura di uno o più programmi secondo le "specifiche funzionali" fornite dal Committente.

Con specifico riferimento alla natura del bene del contratto, tuttavia, l'appaltatore non avrà esaurito i suoi obblighi con la semplice scrittura dei programmi, questi infatti dovranno essere testati secondo precise metodologie, prima singolarmente (=program testing) poi nel loro complesso (=system testing), inoltre dovranno essere installati sullo hardware del Committente.

Quest'ultimo poi dovrà essere addestrato all'uso dei programmi, gli dovrà essere trasferito tutto il know-how, e ciò potrà avvenire tramite addestramento diretto, se il committente dispone di proprio personale tecnico adeguatamente preparato, o comunque con la consegna di una documentazione adeguata.

In altre parole, l'appaltatore potrà ritenersi adempiente quando avrà fornito il prodotto, il relativo materiale di supporto ed avrà messo il committente in condizione di usare il software sicché questi possa esprimere la propria accettazione.

Una prima indagine dovrà essere rivolta a quello che è l'impegno assunto dall'appaltatore: si dovrà cioè considerare se questi sia incaricato di realizzare "un'opera" oppure di compiere un determinato "servizio".

La distinzione tra appalto d'opera e appalto di servizio è argomento di vasta portata perché la fattispecie contrattuale non è solitamente schematizzata in due rigidi aspetti, cioè nella realizzazione di un bene, intendendosi con il termine realizzazione la creazione di quel bene, o nella prestazione di un servizio, ma esistono altresì serie di "facere" che si pongono in posizione per così dire intermedia alle sopra dette.

Si tratta dei così detti appalti di manutenzione, di ristrutturazione, di riparazione, di modificazione e così via.

Tutte queste figure rientrano nell'appalto d'opera, ma possono essere estese anche all'appalto di servizio, e sarà quindi questione da risolvere di volta in volta con riferimento al caso



specifico, l'appurare se ci si debba riferire all'ambito della prestazione d'opera o del servizio.

Il contratto che qui esaminiamo rientra nella sfera del contratto d'opera, intendendosi con tale definizione l'attività diretta alla realizzazione di un determinato bene (nel nostro caso il software).

Indubbiamente problemi nuovi sorgono spontanei dalla "novità" della materia stessa e quindi preliminarmente ci si deve chiedere se il software inteso come bene immateriale possa o meno essere oggetto di appalto.

A nostro parere non vi sono dubbi, e il software è riconosciuto come pacchetto non solo nella dottrina "giurisprudenza" ma anche dalla stessa legge 518/92 sul software tutelato dal diritto d'autore e dall'estensibilità delle norme sulla tutela da prodotto difettoso.

Va fatta anche un'opportuna considerazione relativa alla creazione del prodotto informatico: nella realtà un programma potrebbe essere realizzato "ex novo" senza cioè utilizzare precedenti software o parti di essi, oppure potrebbe essere realizzato combinando fra loro parti od elementi già preesistenti, integrandoli eventualmente anche con qualcosa di nuovo.

Queste distinzioni, avevano sottolineato precedentemente, possono avere influenza con riferimento ai singoli casi pratici e sarà appunto nel confronto con la realtà che potranno essere approfondite le necessarie indagini; tuttavia riteniamo che al fine di una valutazione generale del contratto in esame, ci si possa limitare al concetto ampio di appalto d'opera.

Riteniamo tale l'essenza del contratto, l'oggetto stesso del contratto deve essere possibile, lecito e determinato.

A proposito di "possibilità", l'articolo 1346 del codice civile ed i seguenti tendono a specificare bene in che cosa essa debba consistere, limitando l'indagine all'ambito della cosiddetta impossibilità originale sia pur fisica o giuridica.

Estendendo poi l'esame, anche dall'art.1418 risalta come l'appalto possa essere nullo qualora manchi "uno dei requisiti indicati nell'art.1325 (nel nostro caso n.3: oggetto) e "la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art.1346" pertanto potrebbe sorgere effettivamente il problema se la

commissione di un determinato software ricada o meno nella fattispecie qui esaminata.

Una situazione particolare, facilmente riscontrabile nell'ambito dei contratti di creazione di software, è data dalla presenza, accanto all'incarico vero e proprio di realizzare il prodotto, di un particolare altro incarico finalizzato a valutarne preventivamente la fattibilità.

Si tratta di un'ipotesi assai simile al fenomeno classico del "progetto" rilevabile negli usuali contratti di appalto.

Pertanto, useremo alternativamente il termine progetto o studio di fattibilità per indicare in linea di massima questo fenomeno.

Ora le situazioni ravvisabili possono essere di due tipi: ci si può trovare, cioè, di fronte a delle semplici indicazioni oppure ad una vera e propria "opera" o "studio" che costituisce un insieme complesso di dati, valori, limiti, incidenze ecc. cioè un vero e proprio impegno svolto su richiesta del committente.

Per quanto concerne le cosiddette "semplici indicazioni", le stesse possono pervenire direttamente dal committente, oppure possono essere frutto di collaborazione fra il committente e l'appaltatore od infine, possono essere stilate da un terzo e consegnate dal committente all'appaltatore.

Per ciascuna di queste tre situazioni vi è sempre l'obbligo a carico dell'appaltatore di verificare esattamente l'oggetto del contratto in quanto egli stesso viene ad essere investito della piena incombenza del "facere".

Le indicazioni servono quindi di per sé come elemento di demarcazione non rilevante del problema e dell'interesse del committente.

Pertanto, con l'esecuzione dell'opera, tali indicazioni perdono i loro contorni netti sfumando via via e venendo ad essere sovrastate dal lavoro dell'appaltatore stesso.

Se invece si è di fronte ad un vero e proprio studio, le situazioni potranno essere di due tipi: che lo studio sia stato redatto dall'appaltatore stesso su incarico del committente oppure che sia stato predisposto da un terzo su incarico del committente.

Qualora sia l'appaltatore ad essere investito di questa incombenza potremmo avere o un appalto autonomo, relativo a questo studio, oppure il medesimo studio potrebbe far parte di

un unico e più vasto incarico costituito sia dallo studio del progetto sia dal vero e proprio appalto.

Qualora si verta nella specie dell'incarico autonomo, potremmo avere un condizionamento nella creazione del software in base al risultato dello studio, per cui quest'ultimo dovrà essere preventivamente valutato ed accettato dal committente e, solo dopo ciò, l'appaltatore potrà eseguire l'opera.

Questo incarico autonomo relativo allo studio potrebbe anche non essere condizione del secondo appalto, ma solo un parametro al quale fare riferimento l'appaltatore nell'esecuzione del software e ciò, proprio per la portata dello studio medesimo, che potrebbe essere indirizzato a diverse finalità e solo marginalmente alla specificazione delle esigenze relative al software successivamente commissionato.

Si potrebbe anche vertere in una fattispecie a formazione progressiva (studio più appalto di software) e pertanto, l'inadempimento nel primo incarico (studio) si riverbererà sul secondo e l'eventuale inadempimento del secondo incarico (software) dovrà essere valutato di volta in volta, ai fini della propria incidenza rispetto all'intera obbligazione, giacché parte dell'obbligo è stata regolarmente effettuata e l'inadempimento potrebbe ripercuotersi o meno anche sulla parte adempiuta.

In quest'ipotesi poi, non vi sarebbe alcuna differenza fra "vizi" dello studio e vizi dell'appalto di software, giacché a nostro avviso sarebbe sempre responsabile l'appaltatore al quale sia stato affidato l'intero incarico.

In effetti saremmo di fronte ad un livello ampio di responsabilità per l'appaltatore giacché, essendo egli stesso incaricato anche allo studio, si troverebbe investito della piena fiducia del committente, le cui approvazione dello studio è indubbiamente di minor rilevanza che in altre ipotesi, avendo egli affidato alla totale e piena tecnica dell'appaltatore l'intero lavoro.

In contrapposizione allo studio effettuato direttamente dall'appaltatore su richiesta del committente, vi è poi la già citata situazione del terzo che abbia sviluppato lo studio –progetto su incarico del committente medesimo.

In questo caso, distinte e diverse saranno le responsabilità del terzo e dell'appaltatore.

Il primo sarà responsabile per lo studio commissionatogli, mentre il secondo lo sarà per l'esecuzione dell'opera sulla base del progetto, ma sottolineando sempre che l'appaltatore deve agire con autonomia propria, non facendo mai venir meno il principio del "rischio" che costituisce la essenza stessa del contratto di appalto.

Ora, la responsabilità per l'appaltatore circa lo studio affidato ad un terzo sussisterà nel caso di una cattiva attuazione di questo progetto-studio. L'appaltatore sarà altresì responsabile se, prima di porre in essere il lavoro, non abbia valutato e controllato lo studio sottopostogli: diversamente infatti, rivestirebbe la funzione di mero esecutore, e non vi sarebbe quindi alcun appalto.

Così dunque il concetto di "appaltatore-tecnico" assume rilevanza preminente al fine di garantire al committente il risultato del facere.

Ovviamente, l'indagine dell'appaltatore sullo studio dovrà essere approfondita giacché qualora questi scoprisse un vizio dello studio durante l'esecuzione del proprio incarico di produrre il software, dovrebbe avvertire subito il committente per non incorrere nel rischio di veder aumentata la propria responsabilità. Si tratta quindi, a nostro parere, di un ipotesi di obbligatorietà dettata anche dall'art.1660 codice civile (che esamineremo più oltre) limitandoci qui a rammentare che, secondo il dettato di legge, qualora ai fini di una esatta esecuzione dell'opera sia necessario apportare variazioni, le parti debbano accordarsi in merito, salvo poi l'eventuale intervento del giudice, ed è proprio in riferimento alla necessità di accordarsi, che riteniamo fondato l'aumento del grado di responsabilità dell'appaltatore qualora, accertato un vizio del progetto non ne dia tempestiva comunicazione al committente al fine di attuare tutti i necessari interventi di modifica.

## **6. I CONTRATTI DI SERVICE SLIDE 55 - 91**

A questo punto dell'indagine si rende necessario affrontare una particolare categoria di contratti informatici che hanno avuto recentemente un rilevante impulso e continuano ad occupare sempre maggiori spazi nel settore: i contratti di service.

Le ragioni della loro sempre maggior diffusione sono legate a molteplici fattori tra cui l'obbiettivo risparmio di costi che offrono rispetto alla gestione diretta del loro oggetto, l'elevato contenuto tecnologico e quindi la necessità di continuo adeguamento e sviluppo, e, non ultimo, la possibilità, pur se a volte necessariamente limitata, di mutare fornitore o di stravolgere integralmente il proprio approccio al problema tornando, ad esempio, a gestire direttamente il proprio centro di elaborazione.

I contratti di service informatico rientrano, nella loro quasi totalità, e quindi solo con eventuali eccezioni, nell'ambito della figura del contratto di appalto, cioè di quell'accordo in forza del quale una parte (appaltatore o fornitore) realizza un'opera o svolge un'attività per conto dell'altra parte (committente o fruitore) a fronte della corresponsione di somme di denaro.

Sulla figura dell'appalto informatico è stato ampiamente scritto e basti qui rammentare come in nulla differisca la fattispecie informatica da quella per così dire "usuale": troveranno piena applicazione le norme del codice civile sia in tema di appalto vero e proprio che, eventualmente, anche in tema di somministrazione.

Pertanto possiamo sin d'ora ritenere che le tre figure giuridiche più specifiche (disaster recovery, facility management e outsourcing) rientrino nell'ambito dell'appalto di servizi (o eventualmente nell'appalto misto "servizi e opera"), con tutte le inerenti incidenze proprie di ciascuna fattispecie.

## **6.1 DISASTER RECOVERY**

### **6.1.1 Natura giuridica**

Si tratta di una figura la cui natura giuridica è collocabile nell'ambito dell'appalto e specificatamente nell'appalto di servizi. Per quanto concerne la distinzione fra appalto d'opera e appalto di servizi rinviamo a quanto scritto in materia dalla dottrina e giurisprudenza ritenendo sufficiente richiamare l'assodato principio che la distinzione fra appalto di servizi e appalto d'opera sia del tutto ininfluyente alla qualificazione del negozio, che è e resta un appalto, differenziandosi, in una situazione rispetto all'altra, semplicemente nell'oggetto della prestazione che consiste o in un vero e proprio bene o nella esecuzione di un servizio.

Il Disaster Recovery ha per oggetto la prestazione di una attività di elaborazione su programmi dell'utente operanti sul sistema dell'offerente, e operante in situazioni di blocco, totale o parziale, del sistema informativo dell'utente medesimo.

La figura è quindi caratterizzata dalla specifica funzione di "garanzia", cioè di "sicurezza" di continuità del ciclo vitale informativo anche a fronte di situazioni che ne hanno pregiudicato la regolare funzione per un periodo più o meno ampio.

Il rapporto può quindi essere distinto in una duplice fase temporale:

- a) la durata del contratto
- b) la prestazione funzionale del servizio di Disaster Recovery vero e proprio.

Infatti, stabilita una durata dell'intesa che può abbracciare un arco temporale più o meno ampio, e solitamente gode di rinnovo automatico per periodi di identica estensione, il fornitore mette a disposizione dell'utente il proprio sistema per l'eventualità che il sistema informativo dell'altra parte subisca un arresto.

A fronte di una simile situazione si attua la prestazione dell'attività di elaborazione per sopperire al Disaster.

Quindi oggetto del contratto è la messa a disposizione del proprio sistema, in modalità più o meno articolata secondo quanto concordato in punto tecnico, costituendo la prestazione

centro di valutazione in ordine al corretto adempimento.

Il Disaster Recovery si colloca, in ogni caso, fra gli atti che, a nostro giudizio gli Amministratori o i Sindaci delle Società "a rischio" debbano tener presente in modo da mantenere la possibilità di usufruire del servizio per evitare un danno alla Società e, quindi, operare correttamente ai fini del rispetto del dovere di diligenza proprio del mandatario.

Ora, ferma restando la durata dell'accordo, in tale arco temporale si pone l'eventuale ricorso al service a fronte dell'arresto del servizio dell'utente che in quel preciso istante ha diritto all'effettuazione del service di sicurezza.

E' stato correttamente argomentato come la gravità dei danni causati dal blocco totale o parziale del sistema informativo possa dipendere: dalla durata del blocco stesso, dal tipo di azienda, dal grado di informatizzazione, dalla criticità delle applicazioni, con la conseguenza di ricorrere a strumenti e procedure atte a ripristinare in tempi rapidissimi tutte le attività informatiche soggette all'evento disastroso.

Quest'ultimo potrebbe dipendere da una molteplicità di cause legate sia a guasti tecnici di macchine ed impianti, sia ad eventi naturali o accidentali, quali alluvioni, terremoti o allagamenti, incendi, crolli, esplosioni, o legate a veri e propri atti umani di sabotaggio o comunque dolosi.

Il Buffa ha quindi elencato le possibili soluzioni a situazioni di disastro, soluzioni diverse tecnicamente e praticamente l'una dall'altra:

- EMPTY SHELL: cioè la dotazione di una struttura vuota, attrezzata di tutti gli impianti necessari, nella quale, grazie ad un preventivo accordo con i fornitori, installare un nuovo sistema di elaborazione.

- BACKUP RECIPROCO: cioè un accordo di " mutuo soccorso" con altra azienda dotata di elaboratore con caratteristiche simili sul quale, in caso di emergenza trasferire le principali applicazioni.

- CENTRO DI EMERGENZA COMUNE: cioè la realizzazione di un centro di calcolo in " multiproprietà" fra varie aziende, da utilizzare in caso di blocco del proprio centro.

- FRAZIONAMENTO SU PIU' CENTRI: cioè la dotazione di più centri di calcolo separati, con opportuna suddivisione del carico

delle applicazioni, in modo tale che, in situazione di blocco sia possibile trasferire le applicazioni sugli altri centri ancora funzionanti.

- **DISASTER RECOVERY:** cioè l'accordo con una azienda specializzata nell'effettuare un simile servizio, in forza del quale sia possibile accedere immediatamente ad una porzione predefinita del sistema di emergenza, al fine di ripristinare le attività elaborative.

Indubbiamente ciascuna delle soluzioni indicate presenta vantaggi, ma è altrettanto vero, e su ciò concordiamo pienamente con l'Autore, che gli svantaggi insiti in simili soluzioni siano di gran lunga inferiori per il ricorso al servizio di Disaster Recovery che offrirà maggiori garanzie di rapidità di intervento, di affidabilità della esecuzione, di costi ridotti e predeterminati, e, non ultimo, possibilità di inserire un simile service in un contesto contrattuale più ampio quale, ad esempio un'attività di outsourcing con ulteriori maggiori garanzie di tranquillità per la vita aziendale.

Pertanto, specifica prerogativa della figura giuridica in esame è la possibilità per il fornitore di ripartire fra più utenti il service garantendo a tutti la possibilità di intervento in caso di disastro:ovviamente dovranno essere rispettati i diritti di tutte le parti e mantenere a disposizione di tutti la capacità elaborativa di emergenza.

### **6.1.2 Oggetto**

Esaminiamo preliminarmente l'oggetto tipico del contratto di Disaster Recovery.

Si verte solitamente in un appalto di servizio o in un appalto misto, cioè caratterizzato da una prestazione di opera e di servizio: l'ipotesi tipica è quella offerta da un Fornitore che, da un lato sviluppi appositi programmi per il Cliente, programmi legati alla prestazione successiva del servizio (tralasciandosi quindi le più complesse ipotesi di sviluppo di programmi applicativi ad hoc indipendentemente dalla prestazione dell'attività di Disaster Recovery vera e propria) e che, sulla base di detti programmi nonché sull'utilizzo di altri di cui mantenga la titolarità o, comunque, la disponibilità, offra la prestazione



oggetto dell'accordo.

Nell'ipotesi di sviluppo di particolari programmi per conto del Cliente, detti programmi potranno essere concessi a quest'ultimo in licenza per tutta la durata del servizio o essere trasferiti nella piena titolarità del Cliente medesimo che ne usufruirà, secondo i termini e modalità stabiliti nell'accordo di Disaster Recovery e ne manterrà comunque la piena disponibilità anche successivamente, o, al limite, potrà disporne sia durante il vigore dell'accordo di Disaster Recovery ai fini dello stesso sia, sempre in vigore detta prestazione, usufruirne per altri scopi, se compatibili con l'uso dei programmi medesimi.

In relazione allo sviluppo di programmi richiamiamo brevemente quanto definitivamente statuito in materia dalla Legge 518/92 che, con richiamo espresso alla disciplina della Legge 22.04.1941 n. 633 (Legge sul Diritto di autore) ha riconosciuto in capo al creatore del programma la paternità dello stesso, confermando la libera trasferibilità di tutti i diritti patrimoniali inerenti.

Conseguentemente, in presenza di un contratto di appalto, la consegna del prodotto finito al committente ne implica anche il passaggio di titolarità, trasferendosi solo in capo a quest'ultimo ogni inerente diritto, con la conseguenza che, per mantenere qualsiasi forma di contitolarità o di disponibilità anche parziale dei diritti di utilizzazione economica del prodotto in capo all'appaltatore, occorrerà un apposito atto scritto che ne stabilisca limiti e modalità.

Nulla vieta pertanto che anche l'appaltatore (sviluppatore) mantenga la contitolarità sul software, potendo così riutilizzarlo economicamente anche per altri suoi Clienti, o abbia diritto a royalty o possa distribuirlo in licenza riconoscendo, a sua volta, diritti economici sulla cessione al Committente, ma ciò che rileva in tal senso è la necessità, sempre, di un apposito documento scritto che ne stabilisca le modalità, rammentandosi, fra l'altro, come alla Legge sul Diritto di Autore, nel cui contesto si è innestata la legge 518/92, richieda nell'art. 110 la prova scritta per ogni atto dispositivo dei diritti di utilizzazione economica dell'opera (software) in oggetto.

Ulteriore caratteristica della figura del Disaster Recovery, è quella di porsi indifferentemente o come figura autonoma, staccata ed indipendente da ogni altra diversa prestazione, o di

porsi come parte di un più articolato e complesso rapporto contrattuale, come ad esempio, nell'ambito di un accordo di outsourcing, che ponga il Disaster recovery quale elemento di esecuzione nonché di garanzia per il miglior risultato, ma venendosi così a creare una serie di nuovi rapporti interaziendali che coinvolgono, ai fini della legge sulla tutela dei dati personali, non solo le entità aziendali in senso stretto, ma anche i rispettivi organi amministrativi ed i responsabili di ciascun centro di elaborazione (i "titolari" e i "responsabili del trattamento").

Rammentiamo quindi che il Disaster recovery opera ponendo in essere un sistema di emergenza che investe le applicazioni vitali delle risorse elaborative dell'utente, risorse caratterizzate o dalla titolarità diretta in capo all'utente, o nella sola disponibilità dell'utente (o parziale titolarità di quest'ultimo, con riferimento cioè ai soli dati elaborati) nell'ipotesi di una maggior articolata situazione quale potrebbe essere la prestazione di un accordo di outsourcing.

### **6.1.3 Modalità di prestazione**

La prima opportuna regola da osservare è che l'Utente definisca correttamente le proprie esigenze, sulla base dello stato attuale e comunque di fatto del proprio sistema: il Fornitore del servizio di Disaster Recovery deve essere posto nella condizione di poter valutare concretamente ogni parametro relativo alla prestazione del servizio stesso.

In particolare le parti dovranno scambiarsi ogni opportuna informazione e l'Utente non solo dovrà rendere edotto il Fornitore del proprio sistema, cosa di per sé ovvia, ma informarlo preventivamente di ogni possibile opzione di implementazione o mutamento dello stesso, già programmata o programmabile, in modo tale che vengano affrontati preventivamente tutti i punti inerenti le modalità di erogazione del servizio, senza che possano sorgere in un secondo momento attriti (e ancor peggio, disservizi) imputabili a reticenze o cattiva informazione, con gravi ripercussioni sulla miglior resa della prestazione tecnica del Disaster Recovery.

Occorrerà altresì censire le varie applicazioni secondo il loro livello di importanza e determinare, relativamente a ciascuna di esse, tutto quanto opportuno al ripristino, dal tempo massimo di

riattivazione a tutti i requisiti per il funzionamento del software e dei dati.

Fra l'altro non va scordato come, in presenza di modifiche al sistema non preventivamente comunicate, il Fornitore del servizio, abbia diritto ad ottenere una revisione dei termini economici dell'intesa che, alla luce della mutata realtà operativa, si porrebbe in divergenza rispetto le originarie valutazioni e condizioni trattate con l'estrema possibilità di richiedere la risoluzione dell'accordo medesimo.

Per quanto concerne le modalità di attuazione del Disaster Recovery, rammentiamo anche come esse consistano in una serie di precise attività, tra cui primariamente, la presenza del sistema di emergenza e la sua disponibilità per il periodo di Disaster del sistema principale, la presenza di tutta la più o meno complessa, a seconda del tipo di accordo, attività di assistenza all'avviamento, la presenza di una serie completa di sistemi di sicurezza, e, proprio sui sistemi di sicurezza ci soffermeremo più avanti, in quanto essi costituiscono un elemento importantissimo di garanzia.

Sulla durata dell'accordo ci siamo già soffermati, ma riteniamo opportuno dilungarci ancora sull'argomento proprio in virtù della peculiare natura della figura in esame.

L'arco temporale nel quale si sviluppa il contesto di prestazioni in esame può essere collocato in tre distinte fasi che contemplan, integrandosi vicendevolmente, il ciclo di vita del service stesso.

La prima fase è relativa alla durata contrattuale dell'intesa: come tutti i contratti di service, anche il Disaster Recovery è caratterizzato da un arco di validità, durante il quale trova vigore il contratto medesimo e ciascuna delle parti è tenuta al rispetto delle proprie obbligazioni.

Così, ad esempio, l'Utente dovrà mettere a disposizione i propri dati e corrispondere i canoni pattuiti, mentre il Fornitore dovrà predisporre la propria apparecchiatura ed utilizzare le proprie risorse per la prestazione del servizio.

E' altresì buona norma contemplare contrattualmente dei test di prova stabilendone la portata e i tempi di attuazione: ciò renderà più sicura la operatività durante l'eventuale fase di criticità vera e propria, cioè durante l'attivazione del servizio di emergenza.

Infatti è proprio a fronte del blocco del sistema operativo

dell'Utente che si concretizza la funzionalità del Disaster Recovery che opererà come " servizio di emergenza" per tutta la durata dell'interruzione della operabilità del sistema principale.

Quanto all'attività dei test di prova durante il vigore dell'accordo, è opportuno che gli stessi vengano accuratamente programmati al fine di consentire al Fornitore del servizio di gestire correttamente la propria attività, che, di solito, investe più Utenti, e che, nel deprecabile caso di concretizzazione di un Disaster a carico di uno degli Utenti stessi, consenta anche l'eventuale superamento di test per gli altri, senza che ciò infici la qualità del servizio e la piena operabilità anche in loro favore.

A tal fine rammentiamo come le parti convengano solitamente che per consentire l'esecuzione delle prove, il Fornitore metta a disposizione il proprio sistema di emergenza per un certo numero di giornate durante l'anno, stabilendosi altresì le varie modalità di esecuzione dei test di prova (es.: blocchi di uno o più giorni, comunicazione di inizio, previa schedulazione con congruo anticipo di tempo, possibilità di interruzione delle prove, ripristino ecc...).

#### **6.1.4 Garanzie**

La voce "garanzie" è sempre particolarmente gradita all'Utente alla ricerca della maggior tranquillità possibile, soprattutto in considerazione della caratteristica del servizio che diventa concretamente operativo nel momento in cui si è verificata già una situazione di elevatissimo rischio per lui, a fronte dell'interruzione del proprio sistema operativo.

Si è così consolidata una certa prassi nella definizione degli accordi di Disaster Recovery che contempla, al di là delle solite ed ovvie garanzie di corretta esecuzione del contratto, anche la presenza di polizze assicurative per la copertura di eventuali danni e la presenza di precisi sistemi di sicurezza fisica e logica che tutelino la riservatezza dei dati trattati.

Per quanto concerne la presenza di polizze assicurative, presenti anche in altre forme contrattuali, va rammentato che solitamente esse garantiscono solo i danni hardware mentre limitino la loro portata al costo di ricostituzione dei dati eventualmente andati dispersi, senza però estendere la portata di garanzia ad altri

eventuali danni diretti ed indiretti patiti dall'Utente.

In effetti il principale problema sollevato dal rapporto " polizza-danni" è quello dell'ammontare del risarcimento a fronte del reale danno subito, e, se tale risarcimento può essere in alcuni casi facilmente determinato o determinabile (come nell'ipotesi di ammanchi di denaro a causa di computer crimes), in altri, come nella quantificazione di mancati guadagni, la difficoltà di accertamento si riflette sia sul premio richiedibile sia sulla valutazione complessiva da parte delle Compagnie di stipulare simili polizze.

A sua volta anche il Fornitore dovrà essere "garantito" da parte dell'Utente relativamente ad alcune situazioni, diverse, ovviamente, dal suo diritto alla percezione dei canoni pattuiti.

Dette situazioni potrebbero consistere nell'impegno, da parte dello stesso Utente, di procurarsi tutto il materiale accessorio (nastri, dischetti, carta ecc....), di tutelare i propri dati e di procedere, successivamente, alla eventuale cancellazione dei propri dati dal sistema del Fornitore, di accollarsi la responsabilità (peraltro evidente) del contenuto dei propri dati.

Il Fornitore garantirà invece la manutenzione di tutti i componenti hardware e software e sistemi di rete e comunicazione del sistema di emergenza, senza alcun onere per l'Utente.

Ovviamente, e sul punto torneremo infra, trattando di "garanzie" non si potrà scordare la specifica nuova esigenza di rispetto della normativa sulla tutela dei dati.

## ***6.2 FACILITY MANAGEMENT***

Un articolato complesso di attività di service e di sviluppo rientra nell'ambito della figura qualificata come facility management, offrendosi solitamente priorità alla prestazioni di accordi di body rental (utilizzo di personale della Società appaltatrice) e di consulenza sistemistica, ma ampliandosi sovente lo spazio operativo integrando la prestazione con la fornitura di software in licenza o di software e hardware in proprietà.

Si opera pertanto in presenza di un prestatore di servizio che

potrà ricorrere anche ad altri fornitori, in esecuzione di un ampio mandato conferitogli dall'utente, ma comunque e sempre con posizione diretta del prestatore del servizio ai fini della responsabilità e garanzia.

Molti aspetti della figura in esame si ritrovano nell'outsourcing, che ne costituisce la più avanzata e completa forma, pur differenziandosi soprattutto per il fatto che nell'outsourcing solitamente non si perfeziona un'intesa di sviluppo di software, o, quantomeno ne costituisce una parte non preponderante, pur se a volte essenziale rispetto all'intera dinamica negoziale (vedasi l'ipotesi di software in proprietà dell'utente che consenta il ripristino del servizio elaborativo presso l'utente stesso).

In realtà la distinzione fra Facility Management e Outsourcing non è pacifica e vi sono Autori che pongono l'outsourcing nell'ambito del Facility Management.

Le interpretazioni del concetto di Outsourcing e più in generale di Facility Management si diversificano in base alla modalità di erogazione dei servizi, che possono essere forniti con risorse (apparati e personale) ubicati presso la sede del Cliente, oppure in unità organizzative all'interno del fornitore dei servizi; inoltre può variare l'estensione del campo di facility da gestire (Assistenza Tecnica, Assistenza Sistemistica, rapporti di partnership...), costituendo il Facility Management, per detti Autori, la naturale evoluzione dell'Outsourcing.

In realtà riteniamo che tutte le classificazioni siano di per sé valide, purché non solo fini a se stesse, e nulla vieta di considerare, per propria valutazione tecnica, una delle due figure assorbita nell'altra o viceversa, soprattutto se, in ultima analisi, i punti di riflessione pratici per ciascuna di esse siano in linea di massima concordanti e rispecchianti quelle che sono diventate oramai prassi operative del settore.

Da questo punto di vista riteniamo opportuno considerare l'Outsourcing come il limite estremo del Facility Management, intendendo però l'Outsourcing (come vedremo nelle pagine seguenti) come la scelta di spogliarsi completamente del proprio sistema informativo, e non come solo una o più deleghe tecniche al Fornitore, mantenendo la gestione diretta del proprio centro di calcolo e dati.

Indubbiamente l'utente deve richiedere ampie garanzie e il

fornitore deve essere in grado di assicurare la corretta esecuzione della prestazione, e comunque, anche in questa come in molte altre ipotesi, non sarà tanto la presenza di penali o garanzie economiche quanto la serietà del fornitore a far sì che il contratto arrivi a buon fine con reciproca soddisfazione.

## ***6.3 OUTSOURCING***

### **6.3.1 Natura giuridica**

Anche l'outsourcing rientra nell'ambito del contratto d'appalto di servizio, pur se caratterizzato dalla più articolata presenza di una prestazione di opera vera e propria attuata con lo sviluppo di specifici programmi software atti a soddisfare le articolate esigenze dell'utente.

L'oggetto del contratto è quindi la fornitura di un completo servizio informativo che si sostituisca a quello dell'utente, praticamente in tutto o, quantomeno in materia preponderante, restando in quest'ultimo caso in capo all'utente medesimo solo attività marginali.

Una più ridotta distribuzione delle funzioni delegate colloca la figura giuridica nell'ambito del Facility Management e pertanto riteniamo che per considerare un accordo quale outsourcing sia necessario che una delle parti (il cliente/utente) si spogli del proprio sistema "integralmente" o comunque in modo rilevante, praticamente rinunciando alla gestione diretta del proprio centro e di quanto ad esso connesso.

Comunque è altrettanto vero quanto scritto in precedenza in tema di Facility Management, e cioè che qualsiasi classificazione terminologica sia suscettibile di veridicità, assumendo reale incidenza la sostanziale natura del rapporto posto in essere e non la sua qualificazione terminologica.

Sulla base della nostra classificazione appare evidente che la figura contrattuale sia caratterizzata dalla presenza di un alto "rischio", cioè del pericolo che il trasferimento del sistema informativo vincoli l'utente in maniera estremamente rigida, condizionandone la futura eventuale scelta di ritorno alla

gestione diretta.

Ulteriore elemento da considerare è quello legato alla possibilità di sostituzione del fornitore con altro, senza rientrare nella gestione diretta del centro, ma avendo ugualmente l'esigenza di continuità delle prestazioni e di rispetto dei parametri economici.

Si evidenzia così la collocazione dell'Outsourcing nell'ambito degli appalti di servizi o misti, richiamandosi qui quanto precedentemente scritto in tema di Disaster Recovery.

La peculiarità dell'inserimento nell'ambito dell'appalto della fattispecie in esame consente di spingere oltre l'analisi dei rapporti posti in essere fra le parti estendendola alla fase preliminare inquadrabile nell'ambito dello studio di fattibilità o studio preliminare.

Lo studio sia esso predisposto dall'Utente singolarmente o tramite un proprio incaricato, o sia predisposto dal Fornitore, opererà in ogni caso sulla base delle necessità dell'Utente medesimo e ne scaturiranno responsabilità in ordine all'esecuzione successiva dell'accordo assumendo incidenza ai fini dell'accordo definitivo anche quanto preliminarmente analizzato e costituente la base della futura realizzazione.

Le garanzie si riverberano altresì quindi dalla fase preliminare alla esecuzione finale dell'accordo di Outsourcing.

Stabilito che il contratto di Outsourcing rientra nella ampia categoria dei contratti di appalto, occorre valutare anche l'incidenza della complessità contrattuale che fa capo alle esigenze dell'utente e che corrisponde alla fitta rete di interconnessioni negoziali in essere: così dovranno essere presi in considerazione i rapporti

- con il gestore del servizio di Outsourcing stesso
- di (eventuale) sviluppo software
- di (eventuale) assistenza/manutenzione software
- di (eventuale) assistenza/manutenzione hardware
- di Disaster Recovery
- di ulteriori servizi
- di ulteriori servizi di telecomunicazione
- di trattamento e/o trasmissione dati personali

In particolare per quanto concerne l'area delle telecomunicazioni subentreranno l'adozione di reti di commutazione di pacchetti e di protocolli di accesso, interventi di diagnosi e gestione di



rete,ricorso quindi al sistema delle reti di accesso, secondaria e primaria che consentono interventi su aree geografiche amplissime, soddisfacendo le più ampie esigenze dell'Utente.

Si rileva così che anche il settore stesso delle telecomunicazioni gli interventi verteranno tanto nell'ambito gestionale stretto degli impianti che in quello dell'intervento diretto realizzativo di programmi e soluzioni tecniche dirette all'esercizio del servizio.

Una simile complessità tecnica implica una sempre più qualificata specializzazione operativa che travalica gli ordinari sistemi applicativi e gestionali e che investe conoscenze e competenze nuove e diversificate che consentano di intervenire, inizialmente sulla configurazione della rete di telecomunicazione con possibilità di interventi successivi, eventualmente anche programmati, di variazione ed implementazione della struttura rispetto alla configurazione iniziale, e di intervenire, successivamente, lungo la rete stessa al fine di mantenerla in corretta funzione.

### **6.3.2 Oggetto**

Anche le prestazioni qualificabili come "servizi" hanno avuto un continuo sviluppo e, poco per volta, hanno occupato spazi sempre più ampi della contrattazione informatica, sia per la loro peculiare caratteristica di essere diretti a soddisfare precisi interessi diversamente non realizzabili a causa di complessità tecnica nella loro attuazione o di costi elevati se considerati singolarmente da un unico utente, ed è proprio per ovviare all'aumento dei costi (in senso stretto di variazioni di listini, ed in senso lato di necessità di sempre maggior tecnologia e qualità) che l'Outsourcing si pone imperiosamente nel mercato.

Ed è grazie all'estensione del suo oggetto (servizio oltre ad acquisizione definitiva e/o temporanea di beni) che può adattarsi a molteplici aree economiche, e quindi soddisfare le esigenze informatiche di banche, assicurazioni, imprese industriali e commerciali.

Proprio grazie a questa capacità "espansiva" dell'oggetto, occorrerà di volta in volta determinare tecnicamente e giuridicamente la portata.

### **6.3.3 Rapporti contrattuali**

La particolare posizione dell'Utente e, come vedremo in seguito, anche del Fornitore, è evidenziata dai complessi rapporti scaturenti dalla figura in esame, sia per quanto concerne i rapporti contrattuali già esistenti in capo all'Utente medesimo, sia per quanto concerne i rapporti di nuova esistenza, cioè quell'insieme di accordi che sorgono direttamente fra Utente e Fornitore o fra essi ed altre terze parti.

Conseguentemente dovranno essere esaminate tutte le prestazioni che costituiranno l'oggetto del contratto di outsourcing nella sua concezione di servizio di gestione diretta del cuore informativo dell'Utente, sia quelle ulteriori e parallele o connesse attività che si renderanno necessarie per la prestazione corretta del servizio.

Una di tali attività può consistere nella realizzazione di un apposito sviluppo di software per l'Utente.

La realizzazione del prodotto potrà essere affidata al fornitore medesimo o delegata da quest'ultimo ad una terza parte, previo consenso dell'Utente, dovendosi rammentare che il contratto di Outsourcing, per sua natura consistente in un appalto, implica sempre il parere favorevole del committente - Utente, ogni qual volta si debba ricorrere a subappalto.

Per il resto richiamiamo quanto già noto in tema di contratto di sviluppo di software rammentando come le parti siano comunque libere di disciplinare il contenuto del contratto di sviluppo, nel senso di determinare la titolarità esclusiva del bene in capo al committente, o di concretizzare una contitolarità, o, in casi particolari, soprattutto nei quali al committente interessa maggiormente la possibilità di uso del nuovo prodotto piuttosto che detenerne i diritti di disponibilità piena, stabilire la facoltà per l'Utente di disporre senza limitazioni del software ai propri fini, fermo restando il diritto dello sviluppatore di riutilizzare in qualsiasi modo il software, ritraendone ogni ulteriore beneficio economico e pratico.

Infatti le parti Utente e Fornitore potrebbero concordare una collaborazione nello sviluppo del software nel senso di offerta di consiglio ed esperienza pratica da parte dell'utente, con minor incidenza economica finale per quest'ultimo che potrà utilizzare il

software secondo lo scopo prefissato, mentre lo sviluppatore, una volta realizzato il programma e messo a disposizione dell'Utente, potrà liberamente commercializzare lo stesso prodotto, offrendolo in licenza d'uso a terzi.

Potrebbe altresì verificarsi la soluzione intermedia, ossia, che anche al committente vengano riconosciuti diritti economici sulla futura commercializzazione del software.

Parallelamente allo sviluppo di software saranno presenti accordi manutentivi sul software medesimo o su altri programmi.

Anche in queste ipotesi l'attività potrebbe essere prestata o direttamente dal Fornitore o da terzi appositamente delegati, e sempre con il consenso dell'Utente.

Lo stesso discorso varrà anche per i contratti di disposizione dell'hardware e della sua manutenzione, nonché per ogni altra pattuizione di service, sia esso inteso a specifiche funzioni di gestione dell'outsourcing, come ad esempio la presenza di attività di disaster recovery, sia per ogni altro service che si rendesse utile o fosse comunque richiesto dalla natura dell'accordo o dalla volontà dell'utente.

#### **6.3.4 Riduzione dell'area a rischio**

Si crea così una vera e propria "area di rischio" del tutto particolare e caratterizzante la fattispecie in esame sulla quale è opportuno soffermarsi.

Preliminarmente richiamiamo il concetto di alea e rischio.

Nell'ambito del codice civile non esiste una specifica determinazione del concetto di alea se non per richiamo indiretto come nell'ipotesi dell'art.1882 c.c. in materia di assicurazione o dell'art. 1448 c.c. comma 4 (" *non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori* ") ed ancora art. 1469 c.c., che stabilisce come le norme sull'impossibilità sopravvenuta non si applichino ai contratti aleatori.

Per quanto concerne la nostra fattispecie il concetto di alea è necessariamente collegato ad un quid di negativo, non potendosi certamente considerare l'ipotesi di alea positiva, come quella insita nell'acquisto di un biglietto della lotteria, che nell'eventualità di sorteggio favorevole non potrà che essere ben accetta.

Ben più grave incidenza ha l'alea che implica un quid di pericolo come il verificarsi di un evento negativo e tale incidenza del rischio è sicuramente presente nel contratto di outsourcing che è per sua natura, caratterizzato da una profonda incidenza pratica e non solo giuridica, nella sfera dell'Utente.

Va altresì sottolineato che le osservazioni che esporremo devono essere lette non in senso di diffidenza per il contratto di outsourcing nel suo complesso, ma proprio in favore di una figura contrattuale così rilevante nella sua portata complessiva da implicare una precisa attenzione da parte di ciascun contraente sui suoi effetti.

La funzione dell'outsourcing è essenzialmente quella di offrire al minor costo possibile e nel miglior modo possibile la gestione dell'intera struttura EDP dell'Utente, e, quindi, implica il trasferimento dell'intera attività informatica dal centro di calcolo dell'Utente a quello del Fornitore.

Conseguentemente occorre che sia sempre presente la possibilità di ripristino della situazione originaria o il passaggio dal fornitore originario ad un altro Fornitore, il tutto senza particolari intoppi, e senza "rischio": rischio che grava indubbiamente sull'Utente, ma che potrebbe riversarsi anche sul fornitore qualora, per sua scelta o per fatto indipendente ma comunque gravante su di lui, si rendesse necessario risolvere anticipatamente il contratto senza arrecare alcun danno all'utente.

Per tale motivo abbiamo sottolineato la presenza di una specifica "area di rischio" affinché le parti prendano gli opportuni provvedimenti per evitare che dallo stato di "alea" si passi a quello di " danno".

Quindi occorre che diventi condizione abituale determinare nel testo contrattuale le modalità di ripristino del sistema originario dell'Utente o di sostituzione del Fornitore in modo tale che, pur a fronte di ulteriori costi, l'Utente abbia la certezza di non perdere mai il servizio di outsourcing.

Quanto scritto costituisce sicuramente la parte più incidente della area di rischio, ma non ne esaurisce l'ambito, esistendo un'ulteriore serie di elementi che debbono essere attentamente valutati, soprattutto nella fase iniziale di predisposizione dell'accordo, al fine di evitare che i benefici propri

dell'outsourcing vengano vanificati, o, quanto meno, che i costi lievitino oltre ogni previsione positiva.

I punti di disamina possono essere ricompresi in due categorie a seconda che il soggetto principalmente interessato sia l'Utente o il Fornitore.

Esaminiamo le due distinte posizioni rammentando però che la prima non esclude la seconda e viceversa, e che, quindi, le valutazioni proprie per l'Utente possono applicarsi anche al Fornitore e quelle proprie di quest'ultimo siano compatibili con la posizione del primo.

Pertanto, la prima valutazione dovrà essere attuata sui contratti esistenti e facenti capo a ciascuna parte al momento della predisposizione dell'accordo.

Appurato che la caratteristica dell' outsourcing sia quella di offrire un service completo nella gestione del centro EDP, si dovranno attentamente esaminare i contratti in essere e in forza dei quali l'Utente gestiva il proprio centro informativo o il Fornitore la propria attività di service.

Distinguiamo pertanto le varie figure contrattuali secondo la loro qualifica:

- contratti di titolarità
- contratti di licenza d'uso
- contratti di assistenza e manutenzione o di durata

In ordine al diritto di titolarità di un programma rinviamo a quanto precedentemente scritto, sottolineando come sia opportuno precisare sempre nel testo dell'accordo di outsourcing tutti gli estremi di identificazione del proprietario del programma e le eventuali concessioni di uso dello stesso programma, in modo tale che, al termine del service, o, se occorrendo anche durante il vigore del contratto, sia sempre evidente la modalità d'uso e gli eventuali vincoli ad essa connessi.

Lo stesso discorso vale anche per gli accordi di licenza preesistenti, tenendo presente che per essi la discussione non si porrebbe tanto in tema di titolarità, quanto di utilizzo conforme all'accordo di licenza d'uso iniziale.

Sappiamo che la licenza d'uso si caratterizza per la possibilità di usare il programma senza trasferimento della proprietà, conformemente alle specifiche proprie del programma medesimo, solitamente senza possibilità di sub-cessione di

licenza o trasferibilità su CPU diversa da quella contrattualmente identificata, e per un tempo determinato o a tempo indeterminato, ma con precisi vincoli di garanzia a favore del concedente in ordine al rispetto delle condizioni contrattuali a suo favore.

Risulta evidente che, per la sua caratteristica "rigida" il contratto di licenza d'uso non possa trasferirsi o interrompersi secondo la volontà dell'utilizzatore salvo specifico consenso del concedente, consenso che potrebbe legittimamente essere rifiutato o, se concesso, richiedere una rilevante contropartita economica.

Pertanto l'Utente non potrebbe scordare il vincolo che lo lega al concedente la licenza d'uso nello stipulare un accordo di outsourcing, giacché, indipendentemente da quanto pattuito nel service di outsourcing con il suo Fornitore, i vincoli contrattuali precedentemente assunti in ordine alla licenza d'uso permangono e continuano a produrre effetti giuridici ed economici che non possono essere sottovalutati.

Altra incidenza di un contratto di licenza d'uso potrebbe essere legata alla peculiarità di utilizzo del software: la potenza di elaborazione inizialmente pattuita per un certo canone e valutata con riferimento alla macchina del licenziatario verrebbe meno a fronte del trasferimento del software sulla macchina del Fornitore il servizio di outsourcing, macchina solitamente di maggior potenza, con la conseguenza che al concedente la licenza spetti un canone ben più incidente di quello originariamente considerato.

Potrebbero poi sussistere vincoli particolari di utilizzo legati alla modalità o al soggetto utilizzatore, che non consentano la trasferibilità della licenza nell'ambito del contratto di outsourcing. La medesima incidenza sussiste anche nell'ipotesi di contratti di manutenzione o assistenza software o hardware, che sono caratterizzati sia dalla durata sia dalle modalità di utilizzo.

Ora, quanto detto assume solitamente maggior incidenza nei confronti dell'Utente che sostituisce il proprio sistema con quello fornito dal gestore del service di outsourcing, ma anche quest'ultimo dovrà attentamente valutare la portata dei propri contratti di licenza o assistenza e manutenzione, sempre in considerazione del servizio che presterà per quello specifico Utente e per ogni altro utilizzatore.

In particolare il Fornitore dovrà valutare la complessiva possibilità di prestazione del service, ivi compreso il delicato problema della conversione e della fase intermedia di avviamento.

### **6.3.5 Clausole generali e speciali del contratto**

Da quanto esposto risulta evidenziato come la figura contrattuale dell'outsourcing si caratterizzi per una serie tipica di prestazioni valide per qualsiasi Utente e costituenti l'oggetto proprio del contratto, ma è altrettanto vero che ciascun Utente abbia esigenze proprie, diverse, se non in tutto almeno in parte, da quelle di altri Utenti e, come tali, da tener sempre presenti nella predisposizione dell'intesa.

Quindi, ciascuna parte trasmigrerà nell'accordo le proprie peculiarità, in considerazione delle personali caratteristiche ed esigenze, in modo tale da aver sempre presente l'obbiettivo da perseguire e di coordinare l'intera attività in modo uniforme e coerente, senza intoppi iniziali, durante la fase operativa del service e tanto meno nella eventuale fase di cessazione o rinegoziazione dell'intesa stessa.

Pertanto richiamiamo alcune delle più comuni clausole di portata generale o speciale, soffermandoci solo su una di esse, particolarmente attinente alla problematica della tutela dei dati personali.

#### **A) CONDIZIONI GENERALI**

A.1 - Prodotti e materiali del Fornitore

A.2 - Prodotti e materiali dell'Utente

A3 - Ambiente operativo del Fornitore

A4 - Accesso fisico al centro

A5 - Sicurezza e riservatezza

A6 - Violazione di brevetti e copyright

A7 - Divieto di subappalto

A8 - Corrispettivi e fatturazioni

A9 - Responsabili del progetto

A10 - Penali

A11 - Clausola risolutiva espressa

A12 - Foro competente

A13 - Divieto di cessione

A14 - Modifiche e contenuto contrattuale

## B) CONDIZIONI SPECIALI

La natura stessa dell'outsourcing implica la formulazione di condizioni contrattuali del tutto particolari, legate alla peculiarità delle prestazioni volute dalle parti.

L'attenzione, come già scritto dovrà estendersi all'oggetto dell'accordo, che costituisce il fulcro dell'intesa e soprattutto alle modalità tecniche del servizio.

Queste ultime dovranno ricomprendere anche alcuni punti essenziali per una positiva esecuzione dell'accordo, e precisamente:

- tipologia
- tempificazione
- soluzioni alternative
- richiesta di uniformità a standard
- test
- collaudo
- sistemi di sicurezza

### **6.3.6 Rapporti fra i services informatici e la legge sulla tutela dei dati: banche, assicurazioni, broker, provider di Internet**

Come precedentemente esaminato, la qualità di Titolare e di Responsabile può esistere in capo a soggetti diversi o in capo al medesimo soggetto.

E' particolarmente in tema di accordi di service informatico che si pone la necessità di indagare quale posizione reale assuma un soggetto giuridico.

E' stata precedentemente esaminata la definizione di Titolare e di responsabile, nonché tutta l'articolata operatività del "consenso dell'interessato" e già in quel contesto si era sottolineato come la legge non abbia tenuto ben distinto, né forse avrebbe potuto tenerlo a fronte dei continui interventi sui DDL, il ruolo di chi determini le modalità e finalità del trattamento da chi debba essere identificato quale puro tecnico, cioè Responsabile del trattamento medesimo su designazione del



Titolare.

Il rapporto che intercorre fra Titolare ed Interessato, implica una serie di obblighi, diritti e doveri, ma, soprattutto nell'attività negoziale, è caratterizzato dalla presenza di un accordo contrattuale fra le due parti.

Prendiamo ad esempio un contratto assicurativo, sintetizzando al massimo, per maggior linearità di descrizione, le sue parti.

A fronte dell'accordo scaturito fra il contraente e la Compagnia di Assicurazioni, quest'ultima gestirà, in senso lato, tutta una serie di dati, a volte anche sensibili, dell'assicurato (anagrafica, condizioni particolari legate alla specificità della polizza, eventuali autorizzazioni all'incasso ecc..), dati che, a loro volta, resteranno nella disponibilità in senso stretto o in senso lato del Titolare (Compagnia di Assicurazione).

Nel primo caso, la Compagnia gestirà, previa identificazione di uno o più Responsabili e Incaricati, all'interno della propria struttura aziendale i dati.

Tale identificazione " fisica" del trattamento sarà identica sia nell'ipotesi di un unico centro interno della Compagnia come nel l'ipotesi di centri diversi (anche di Disaster Recovery ad esempio)ma sempre di pertinenza della Compagnia medesima: in entrambi i casi la Compagnia è sempre identificata quale Titolare del trattamento.

Nel secondo caso, invece, la Compagnia potrebbe ricorrere ad un accordo di service con un terzo fornitore, per l'attività di trattamento: in questo caso, non si sposterà la qualità di Titolare dalla Compagnia, ma si attuerà una nuova posizione soggettiva in capo al fornitore del service, che dovrà essere qualificato come Responsabile del trattamento.

In una simile fattispecie, il consenso prestato dall'Interessato dovrà riguardare solo il Titolare e non anche il Responsabile, salvo l'obbligo di informativa da parte del Titolare all'Interessato, informativa che dovrà contenere l'identificazione del Responsabile.

La comunicazione attuata attraverso il trasferimento dei dati dal Titolare (Compagnia di Assicurazioni) al suo Responsabile (fornitore del servizio) e da quest'ultimo nuovamente al Titolare(Compagnia di Assicurazione) rientra nell'esecuzione del medesimo accordo originario intercorso fra il contraente e la

Compagnia medesima, la quale mantiene doverosamente, la propria autonomia gestionale ed operativa.

Inoltre va sottolineato come, nel consenso iniziale al trattamento dei dati rilasciato dall'Interessato alla Compagnia possa essere ricompreso l'assenso alla comunicazione da parte di quest'ultima al suo fornitore del service.

Il dettato di legge (art. 12 punto 1 lettera b) non è chiarissimo: e riteniamo che si possa propendere ad una esclusione del consenso espresso alla comunicazione dalla Compagnia al fornitore del service, in quanto tale attività rientrerebbe nella ordinaria gestione della Compagnia medesima e l'assicurato resterebbe comunque estraneo a detta modalità, avendo, esclusivamente, diritto alla corretta esecuzione del contratto di assicurazione stipulato.

La specificazione, all'interno della richiesta e rilascio di consenso, anche per quanto concerne la comunicazione al fornitore del service è sicuramente un plus, che tutela maggiormente, ma non un elemento essenziale.

Una diversa situazione potrebbe verificarsi in presenza di un terzo soggetto, ad esempio di un Broker Assicurativo.

Quest'ultimo interviene direttamente nel rapporto fra l'interessato e la Compagnia che offrirà la copertura, e ciò assume particolare incidenza sia a fronte di precisi accordi operativi, come, ad esempio, con istituti di credito che operino nell'ambito della collocazione di polizze, oppure, come sopraindicato, attraverso proprie valutazioni per il contraente finale, non essendo, egli Broker, legato ad una sola compagnia, ma operante con più Compagnie.

E' evidente che in queste ipotesi, secondo lo spirito della legge, si avrà una diversa e successiva comunicazione e quindi trattamento, dall'interessato al Broker e quest'ultimo definirà il rapporto con la Compagnia prescelta.

In questa situazione pratica si dovrà intervenire con attenzione anche ai fini della predisposizione della nota informativa all'interessato, che dovrà tener conto delle diverse posizioni e trattamenti, e richiedere specifico consenso senza determinare confusioni o incertezze di identificazione dei soggetti.

Un'altra fattispecie particolare è quella del Provider di Internet.

Tale soggetto opera normalmente come una Gate-Way, senza

trattenere o ricevere dati, ma semplicemente collocandosi come si collocherebbe un gestore telefonico, consentendo l'accesso alla rete.

Ovviamente assume rilevanza la sua posizione con il cliente solo ai fini del contratto di accesso, ma non per i dati che fluiscono sulla rete successivamente.

Tuttavia se operasse quale Provider e Hosting la situazione muterebbe in quanto tale Hosting trattiene informazioni del cliente ed in tal caso si colloca nella qualità di titolare.

Ulteriore situazione è quella del Provider Housing, che detiene per conto del cliente apparecchiature di quest'ultimo e le collega alla rete.

Riteniamo che si abbia una situazione analoga a quella del Provider puro.

