

## RICERCHE

I CONTRATTI  
DI COMPUTER SERVICES

## SOMMARIO

1. I *computer services contracts*. — 2. Clausole sul pagamento del corrispettivo. — 3. Durata del contratto e recesso delle parti. — 4. La risoluzione del contratto: a) le cause; b) gli effetti. — 5. Fattispecie di inadempimento: a) acquisizione pura; b) *pre-processing*; c) elaborazione pura; d) violazione dell'obbligo di riservatezza; e) l'inadempimento da parte del cliente. — 6. Risarcimento del danno e clausole di esonero da responsabilità.

1. I « COMPUTER  
SERVICES CONTRACTS »

Nell'ambito dei molteplici momenti di rilevanza giuridica del fenomeno « computer », assume una particolare importanza l'esame dei cosiddetti « contratti di utilizzazione del computer » e cioè di quei contratti aventi per oggetto elaboratori elettronici. All'interno di tale ampia categoria si distinguono, per le peculiari caratteristiche dell'attività che regolano e per il particolare oggetto, i contratti di prestazione di servizi informatici (« *computer services contracts* », « *service bureaux* »)<sup>1</sup>, che possono essere definiti come quei contratti mediante i quali « un qualsiasi centro elettronico di calcolo assume, con l'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un servizio, normalmente a carattere periodico, verso un corrispettivo in denaro »<sup>2</sup>.

Accogliendo tale definizione si riconducono i contratti in esame alla figura dell'appalto, e più precisamente a quella dell'appalto di servizi: siamo cioè in presenza di un contratto di scambio consen-

suale da cui sorge per l'appaltatore una obbligazione di risultato (il compimento del servizio, che può consistere o in una fornitura di sistemi o in una attività di gestione di dati) e per l'appaltante una obbligazione pecuniaria (il pagamento del corrispettivo); pertanto, ai fini della integrazione dei contratti conclusi dalle

\* La presente ricerca è stata realizzata da un gruppo di studio organizzato dal Centro d'iniziativa giuridica Piero Calamandrei con la partecipazione di laureandi della Libera Università Internazionale degli Studi Sociali (Luiss) di Roma.

Il lavoro è stato curato collettivamente, ma si devono in particolare a Gianluigi CIACCI i paragrafi 1 e 5; a Monica MARCUCCI il paragrafo 6; a Michele TOMMASI il paragrafo 3; a Fabrizio RIGA il paragrafo 4; a Lorenzo GRISOSTOMI i paragrafi 1 e 2.

Il coordinamento è stato effettuato da Renzo RISTUCCIA e Vincenzo ZENO.

<sup>1</sup> In materia CRISCUOLI, *Una nuova figura di appalto: il computer services contract*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale* a cura di P. VERRUCOLI, Milano, 1978, pp. 374, 11; MOSCATI, *L'appalto di sistemi e di servizi informatici*, in *I contratti d'informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio* a cura di ALPA e ZENCOVICH, p. 227 ss.; LA ROSA, *Lineamenti dei contratti di fornitura di computers e di servizi informatici*, in *Informatica e situazioni giuridiche soggettive*, pp. 213, 11.

<sup>2</sup> CRISCUOLI, *Una nuova figura di appalto*, cit., pp. 374, 11.

parti, si dovrà sempre far riferimento alla disciplina codicistica dell'appalto, anche se frequenti sono le deroghe apportate a tale disciplina dai formulari predisposti dalle imprese fornitrici di servizi informatici.

Tale qualificazione è stata criticata in dottrina: si è infatti sostenuto che « ... le prestazioni oggetto di computer services contracts possono essere effettuate da soggetti (professionisti, operatori specializzati, ecc.) che operano al di fuori di una organizzazione a carattere imprenditoriale.

Lo schema negoziale al quale ricondurre le prestazioni con siffatte caratteristiche non sarà quindi quello dell'appalto, bensì quello del contratto d'opera professionale... »<sup>3</sup>.

In contrario potrebbe osservarsi che una attività di gestione di dati richiede in genere apparecchiature elettroniche assai costose e pertanto appare improbabile che piccoli imprenditori esercitino tale attività; inoltre, accogliendo tale opinione, il medesimo tipo di prestazione, per il solo fatto che venga fornita da un imprenditore anziché da un piccolo imprenditore sarebbe regolata in modo affatto differente<sup>4</sup>, soprattutto in relazione alla disciplina della responsabilità del contraente che effettua il servizio e correlativamente dei rischi a carico dell'altro soggetto del contratto.

Altra questione da risolvere è quella relativa alla possibilità di qualificare il « computer services contract » come contratto di somministrazione, in considerazione del fatto che generalmente il rapporto contrattuale ha una efficacia prolungata nel tempo (contratto di durata). Va premesso che sul piano pratico la scelta tra somministrazione ed appalto non ha grande rilevanza in quanto,

per il disposto dell'art. 1677 cod. civ., all'appalto che ha per oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi si applicano anche le norme dettate per la somministrazione, in quanto compatibili; in ogni modo il contratto non può essere qualificato come somministrazione perché oggetto della prestazione del primo (come d'altronde dell'appalto) è il compimento di un servizio, rimanendo in primo piano l'impegno di un *facere* in vista di un risultato promesso<sup>5</sup>, mentre la prestazione fondamentale della seconda consiste nel prestare periodicamente o continuativamente cose già compiute. Per concludere sul punto, allorché un « computer services contract » preveda prestazioni periodiche, ci si troverà in presenza di un unico appalto con oggetto plurimo e non di una somministrazione.

Chiarito ciò occorre rilevare, al fine di circoscrivere l'oggetto della presente ricerca, che il compimento del servizio può riguardare sia la fornitura di programmi personalizzati, sia una attività di gestione di dati: scopo del presente lavoro è esclusivamente quello di analizzare i contratti di prestazione di servizi informatici aventi ad oggetto una attività di gestione di dati nei suoi tre aspetti fondamentali (attività di *data entry*, attività di *pre-processing*, attività di elaborazione pura); esula pertanto dal campo di indagine l'esame di quei contratti che riguardano il software, e cioè i contratti di sviluppo progetti, i contratti di fornitura di procedure generalizzate, i contratti di assistenza.

Prima di passare all'esame delle singole attività di gestione di dati, è necessario osservare come la ricerca, vista l'assoluta mancanza di fonti legislative e giurisprudenziali, si sia basata prevalentemente sulla analisi testuale dei modelli contrattuali adottati nella pratica, modelli cortesemente forniti da imprese operanti nel settore e dei quali è garantito l'uso anonimo; sulla analisi della parte ottava del capitolato d'oneri della pubblica amministrazione per i beni e i servizi informatici<sup>6</sup>; sulla analisi delle clausole contrattuali tipiche dei servizi di informatica elaborate dall'ANASIN. Da sottolineare inoltre come la ricerca sia stata effettuata mediante la individuazione di differenti settori di indagine il cui esame viene svolto attraverso la considerazione delle varie clausole contrattuali.

<sup>3</sup> LA ROSA, *Lineamenti dei contratti di fornitura di computers e di servizi informatici*, cit., pp. 213, 11.

<sup>4</sup> SBISÀ, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers*, in *I contratti di utilizzazione del computer* a cura di ALPA, Milano, 1984, pp. 23, 11.

<sup>5</sup> La dottrina prevalente è concorde nel ritenere l'oggetto della prestazione come il criterio di differenziazione tra appalto e somministrazione, sul punto GIANNATTASIO, *La permuta; il contratto estinatorio; la somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXIV, p. 222; COTTINO, *Del contratto estinatorio, della somministrazione*, in *Commentario al codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, artt. 1556-1570, p. 119.

<sup>6</sup> In questa Rivista, 1986, p. 667.

Si parlerà quindi in primo luogo delle clausole relative al pagamento del corrispettivo, seguirà lo studio delle clausole riguardanti la durata del contratto, si tratterà poi delle clausole relative alle fattispecie di inadempimento e di risoluzione, per finire con l'analisi delle clausole inerenti al risarcimento del danno.

L'esame di tale settore di indagine verrà svolto tenendo conto delle profonde differenze che intercorrono fra i tre tipi di attività di gestione di dati: occorre quindi definire tali attività e metterle in luce le reciproche differenze. Queste sono:

#### a) *Acquisizione pura.*

Tale tipo di attività risale ai primi anni di vita della gestione dati, e consiste nella trasposizione da supporto cartaceo a supporto magnetico di una serie di informazioni fornite dal cliente. Servizio di scarsa importanza, è oggi svolto da imprese minori ed è destinato a scomparire.

#### b) *Pre-processing.*

È il servizio che unisce ad una semplice acquisizione l'elaborazione dei dati del cliente; elaborazione che può consistere semplicemente nel controllare e correggere i risultati dell'acquisizione (come avviene per il lavoro c.d. « batch »), oppure che può comprendere anche procedure più complesse<sup>7</sup>. Tale attività ha avuto un notevole sviluppo verso la fine degli anni settanta; negli ultimi tempi è invece entrata in crisi, a causa della sempre maggior diffusione di personal computer e di software capaci di svolgere la stessa funzione che precedentemente veniva esercitata dai centri di gestione. Il servizio di *pre-processing* tende quindi a scomparire per i compiti che non richiedono una notevole specializzazione tecnica, potendo questi essere svolti da un qualsiasi personal computer con un programma apposito e a costi minori.

#### c) *Elaborazione pura.*

In questo caso il cliente viene fornito di terminali che gli permettono di elaborare i propri dati a distanza: il centro di gestione, dove è posto il « mainframe »

con il quale si collega l'utente, concede ad esso un certo tempo-macchina, durante il quale il cliente può utilizzare la potenza di un grande elaboratore a basso costo e senza necessità di personale specializzato. Questo terzo tipo di servizio è nato nei primi anni ottanta, e nel momento attuale è quello maggiormente diffuso.

## 2. CLAUSOLE SUL PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO

Nei « computer services contracts » l'obbligazione fondamentale del cliente è rappresentata dal pagamento del corrispettivo. Per evitare il sorgere di problemi nel corso dell'esecuzione del servizio è necessario che il contratto indichi separatamente i corrispettivi dovuti per i servizi, quelli dovuti per i lavori, quelli dovuti per gli eventuali materiali di consumo.

Occorre preliminarmente rilevare che le clausole contrattuali relative alla determinazione e al pagamento del corrispettivo non sono uniformi, ma variano in relazione al concreto oggetto del contratto e cioè in relazione al tipo di servizio fornito. È opportuno quindi considerare tali clausole alla luce della distinzione che è stata prospettata in precedenza, salvo esaminare poi alcune clausole comuni a tutti i contratti.

#### a) *Data entry.*

Generalmente il corrispettivo della prestazione viene fissato sulla base di un prezzo unitario per carattere acquisito (registrato e verificato).

« Per il servizio di acquisizione dati il corrispettivo è riferito ad ogni carattere registrato e verificato ».

Tale metodo, assai diffuso sul mercato, presenta non pochi inconvenienti:

<sup>7</sup> Ad es. l'elaborazione di paghe e stipendi, la gestione magazzini, la contabilità generale (clienti e fornitori), il contratto *budget*, il lancio e controllo della produzione, la gestione schedari...

1) non è il numero dei caratteri da acquisire che deve essere preso in considerazione, ma il numero delle effettive digitazioni poiché è da quest'ultimo fattore che concretamente dipende la maggiore o minore onerosità della prestazione;

2) la produttività oraria dell'operatore varia a seconda del tipo di carattere da acquisire (numerico, alfabetico, alfanumerico) e delle condizioni in cui si presentano i moduli originari.

Sarebbe preferibile quindi, per superare tali inconvenienti, fissare un prezzo per ciascun tipo di transazione sulla base della produttività oraria prevedibile e della tariffa oraria dell'impresa.

Per quanto riguarda le modalità di pagamento, la fatturazione del corrispettivo avviene, di regola, in due tempi: una determinata percentuale del corrispettivo viene versata al momento della conclusione del contratto, mentre il conguaglio è dovuto a collaudo effettuato.

### b) *Pre-processing.*

I criteri in base ai quali può essere stabilito il corrispettivo sono molteplici, dipendendo dalla concreta tipologia del servizio richiesto; non mancano casi in cui il corrispettivo viene fissato forfetariamente o sulla base di un prezzo unitario per effetto trattato, ma di regola i metodi seguiti sono:

1) si fissa un prezzo globale in funzione del numero delle possibili transazioni, con possibilità di variazione in più o in meno in relazione alle transazioni effettuate, o in relazione a una transazione acquisita come rappresentativa;

2) si fissa un prezzo per ogni pezzo di programma (« *ste* ») (costo fisso) e un prezzo per ogni tipo di transazione;

3) si fissa un prezzo legato alla configurazione del sistema messo a disposizione (utilizzo macchina).

### c) *Elaborazione pura.*

Normalmente per questo servizio, che ha per oggetto la fornitura di una certa potenza elaborativa per un determinato periodo di tempo, il corrispettivo viene definito in relazione all'utilizzo effettivo delle singole apparecchiature, rilevato con idonei sistemi di misurazione (« *accounting routine* »), oppure in relazione

al periodo di tempo macchina concesso all'utente. Il canone di servizio mensile è normalmente composto dalla somma di tre elementi:

« 1° elemento (GESTIONE OPERATIVA) indicizzato, pari a L. ...

2° elemento (MANUTENZIONE ORDINARIA DEL SOFTWARE) indicizzato, pari a L. ...

3° elemento (CONSUMI) variabile, costituito dalla somma degli importi delle fatture ricevute dalla ditta dai fornitori per: acquisto di materiali necessari per l'espletamento del servizio, manutenzione ordinaria e straordinaria delle apparecchiature, nolo e/o acquisto del software di base, eventuale manutenzione straordinaria del software di base, eventuale registrazione e verifica dei dati, tutto ciò che, pur non essendo previsto da questo accordo, dovesse rendersi necessario per permettere l'esecuzione del servizio (in questo caso gli addebiti relativi dovranno risultare da accordo separato) ».

Prima di passare all'esame delle clausole comuni a tutti i contratti di computers « *services* », è necessario fare una precisazione: il canone corrisposto per le attività di elaborazione dei dati (ci riferiamo quindi sia all'ipotesi di *pre-processing* che a quella di *elaborazione pura*), c.d. canone di servizio, va sempre tenuto distinto da quello dovuto per l'avviamento, la conversione, la manutenzione delle procedure, da quello dovuto per servizi ulteriori, da quello dovuto per l'espletamento di prestazioni diverse.

Il corrispettivo per l'avviamento, conversione e manutenzione delle procedure è di regola computato in termini di ora/uomo applicata perché assai spesso nelle conversioni e negli avviamenti intervengono imprevedibili elementi di disturbo che rendono più difficoltoso il compimento delle operazioni in esame e impossibile la preventiva determinazione del costo globale; tuttavia in alcuni formulari il corrispettivo per la personalizzazione e l'avviamento del servizio è determinato da una somma fissa (costo « *una tantum* »).

Il corrispettivo per i servizi è così determinato:

« Per gli eventuali servizi aggiuntivi, eccedenti o non previsti dal pre-

sente accordo, l'utente corrisponderà alla ditta i seguenti corrispettivi:

1) per ogni ulteriore ora di accensione del sistema con il presidio di un operatore: per ora o frazione L. ...

2) per ogni turno di lavoro operativo aggiuntivo al primo: per mese o frazione L. ...

3) per ogni giornata di assistenza applicativa: consulente L. ..., capo progetto L. ..., analista L. ..., programmatore L. ... ».

Le prestazioni diverse da quella principale, come per esempio la modifica e l'integrazione delle procedure esistenti, la realizzazione di nuove procedure, la fornitura del servizio a uffici dell'utente ubicati altrove rispetto al luogo indicato nel contratto, formano normalmente oggetto di accordi separati con cui le parti stabiliscono un ulteriore compenso. Allo stesso modo le spese relative agli allacciamenti telefonici, le comunicazioni telefoniche interurbane, le spese di trasporto e di viaggio, il lavoro svolto oltre il normale orario, quello svolto il sabato o la domenica non sono compresi nel canone di servizio:

« Oltre il canone, se il cliente richiede le prestazioni descritte o se le stesse sono il risultato obbligato di una omissione del cliente, sarà emessa dalla ditta una fattura a parte ».

Infine è necessario esaminare ciò che i formulari prescrivono in ordine alle modalità di pagamento:

« Per la fase di avviamento la fatturazione dei corrispettivi avverrà il 50% all'ordine e il 50% a collaudo avvenuto; per la fase di produzione la fatturazione del canone di servizio sarà mensile con pagamento anticipato e con conguaglio a ricevimento fattura dal fornitore.

I corrispettivi per i servizi ulteriori e quant'altro previsto in questo contratto diverso dal canone di servizio verrà fatturato mensilmente a consuntivo.

Il pagamento delle fatture avverrà con modalità a trenta giorni data fattura ».

Passando all'esame delle clausole comuni a tutti i contratti, va rilevato come spesso nei formulari vengano inserite clausole che prevedono minimi garantiti; funzione di tali pattuizioni è da un lato quella di tutelare l'impresa da even-

tuali errori di previsione del cliente in ordine al volume della fornitura di servizi da richiedere, dall'altro quella di assicurare un canone minimo a prescindere dal comportamento del cliente:

« Il cliente si impegna a pagare, in ogni caso, un minimo garantito di L. ... riferito al servizio ... Nel caso che il cliente receda in qualunque modo dal contratto per qualsivoglia ragione prima del termine di scadenza, sarà dallo stesso comunque dovuto il canone minimo previsto fino al termine del periodo contrattuale. Qualesivoglia contestazione da parte del cliente non darà in nessun caso diritto di sospendere il pagamento delle fatture in corso emesse dalla ditta ».

Clausole di tale genere, pienamente giustificate dalla necessità per le imprese di pianificare la propria attività, devono essere espressamente approvate per iscritto ai sensi degli artt. 1341 e 1342 cod. civ. in quanto vessatorie.

Ugualmente soggette alla specifica approvazione per iscritto sono le clausole che prevedono l'adeguamento dei prezzi della fornitura all'andamento dei costi. Chiaramente è necessario prendere in considerazione un indice di riferimento per calcolare la variazione dei costi; nei formulari si fa riferimento all'indice generale dei prezzi al consumo calcolato dall'ISTAT, all'indice del carico salariale medio orario pubblicato dalla Associazione Nazionale Industrie Elettrotecniche e Elettroniche (ANIEE), all'indice del costo di produzione dei servizi di informatica calcolato, per ogni tipo di servizio, dalla Associazione Nazionale Aziende Servizi Informatica (ANASIN).

« I prezzi si intendono legati all'andamento dell'indice del costo di produzione di servizi di informatica calcolato dall'ANASIN. Pertanto una o più variazioni in aumento di tale indice a partire dalla data del ..., data a cui si riferiscono i prezzi, darà luogo a un aumento dei prezzi della stessa misura percentuale ».

Per quanto riguarda la frequenza degli adeguamenti, i prezzi potranno essere modificati ad ogni variazione degli indici di riferimento (vedi clausola riportata), oppure a cadenze predeterminate (di regola ogni sei mesi).

In relazione alle modalità di pagamento del corrispettivo va osservato che le parti contraenti si impegnano a pagare i canoni e ad attenersi alle condizioni di pagamento previste dal contratto; la parte inadempiente sarà obbligata a corrispondere alla controparte, per il ritardato pagamento, gli interessi di mora calcolati sulla base del « prime rate » ABI aumentato di tre punti e il rimborso di eventuali maggiori danni. Anche le clausole contrattuali che prescrivono tali obblighi sono soggette alla specifica approvazione scritta del cliente ai sensi degli artt. 1341 e 1342 cod. civ.

Per quanto riguarda infine gli oneri fiscali:

« Sono a carico del cliente l'IVA e qualsiasi altra tassa, imposta o onere di carattere fiscale che gravino o siano comunque commisurati ai corrispettivi indicati dal contratto, al contratto stesso o alle prestazioni in esso previste ».

### 3. DURATA DEL CONTRATTO E RECESSO DELLE PARTI

La durata del contratto di « computer services » è di regola determinata. Quando questo non accade, trova applicazione il principio della recedibilità contro preavviso comune ai contratti a tempo indeterminato.

Ciascuna delle parti può recedere dal contratto mediante preavviso scritto variabile tra i trenta e i novanta giorni a seconda dei contratti; l'assenza di determinazione pattizia del termine di preavviso (peraltro non riscontrata negli schemi contrattuali visionati) implicherebbe l'applicazione dei noti criteri del « termine stabilito dagli usi » o, in mancanza di « un termine congruo » (art. 1569 cod. civ.).

Il termine di preavviso può essere identico per le due parti o diverso a seconda che la facoltà sia esercitata dal cliente o dall'impresa di elaborazione:

« Il contratto rimarrà in vigore a tempo indeterminato salvo che venga disdetto dal cliente o dalla società

con preavviso scritto rispettivamente di trenta o novanta giorni ».

Quando il contratto ha una durata determinata questa è per lo più abbastanza breve variando a seconda dei casi da un minimo di sei mesi a un massimo di tre anni.

La durata del rapporto può protrarsi anche al di là di questo termine quando opera la rinnovazione tacita ossia quando nessuna delle parti lo disdice mediante scrittura da fare pervenire alla controparte in un lasso di tempo che va dai tre ai dodici mesi a seconda dei casi prima della scadenza del contratto:

« Il centro fornisce i servizi finché non verrà data disdetta da una delle parti all'altra mediante scrittura comunicata almeno tre mesi prima della data di scadenza.

Fondamentale il rispetto del termine di preavviso; la disdetta tardiva infatti non è idonea secondo un orientamento della Cassazione (sentenza 13 luglio 1983, n. 4783) ad impedire la rinnovazione tacita di un contratto di durata.

Il rinnovo automatico può avvenire alle stesse condizioni alla scadenza del periodo stabilito ovvero a condizioni diverse quando la maggiore o minore durata del rapporto si riflette sulla determinazione del corrispettivo nel senso che a una maggiore durata corrispondono condizioni più favorevoli e viceversa.

Il rinnovo può operare per periodi di uguale durata a quelli per i quali il contratto è stato stipulato (« l'appalto è tacitamente rinnovabile di anno in anno ») o per periodi di durata diversi (« il contratto è tacitamente rinnovabile per ulteriori due anni e così di seguito »).

Nessun limite alla rinnovabilità in questi casi mentre in alcuni contratti è previsto un « tetto »: « l'appalto è tacitamente rinnovabile ... sino al massimo di altri due rinnovi ». La durata, il rinnovo e gli eventuali termini di disdetta del contratto possono essere variabili in funzione degli effettivi scopi del cliente che possono andare dalla acquisizione di un pieno possesso di programmi senza sostanziali limitazioni di durata allo sfruttamento invece occasionale di possibilità specialistiche di elaborazione.

Il recesso è spesso consentito anche nei contratti mediante disdetta con preavviso pattizio. La durata del preavviso per l'esercizio del recesso è variabile (si parla di tre, sei o anche dodici mesi).

Una particolare fattispecie di recesso si riscontra in una clausola che si riferisce alla modificazione del contratto da parte dell'impresa senza la previa accettazione del cliente. Essa prevede che la modificazione del contratto da parte dell'impresa deve avvenire con un preavviso scritto di tre mesi. Se entro dieci giorni da questa comunicazione non viene esercitata la facoltà di recesso le modificazioni apportate si intendono automaticamente accettate da parte del cliente.

Va a questo punto precisato che il termine « recesso » non è usato con rigore nei contratti di « computer services ». È lecito parlare a questo proposito di una « confondibilità » con l'istituto della risoluzione per inadempimento; questo accade sia in ordine agli effetti del recesso che sono sostanzialmente quelli di una risoluzione per inadempimento (l'indennizzo dovuto — come si vedrà — abbraccia tutti quei danni che sarebbero risarcibili in caso di risoluzione per inadempimento), sia in ordine alle cause di recesso specificatamente previste da alcuni contratti: si dice ad esempio che il verificarsi di un ritardo, nei termini che il contratto considera non superabili nell'adempimento delle prestazioni, dà alla parte non responsabile la facoltà di « recedere » dal contratto...

La facoltà di recesso prevista dall'art. 1671 cod. civ. permette di soddisfare l'interesse dei clienti a che non venga più eseguito il servizio. Il cliente può quindi recedere per giusti motivi e questi possono essere della più varia natura: dalle mutate esigenze, quando ad esempio il servizio non risponde più ai bisogni del cliente, alle mutate condizioni economiche se per esempio il committente non è più in grado di sostenere le spese necessarie per ottenere la prestazione del servizio o infine per la sopravvenuta sfiducia del cliente nei confronti dell'impresa di « computer services ».

Il recesso *ad libitum* può aver luogo in qualsiasi momento posteriore alla conclusione del contratto anche se l'esecuzione del servizio è già stata iniziata.

Non è necessario che il recesso sia preceduto da un preavviso; le conseguenze pregiudizievoli per la società di « computer services » sono infatti in ogni caso largamente compensate dall'indennizzo dovuto consistente nel tene-

re indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dai lavori eseguiti e dal mancato guadagno.

Le conseguenze pregiudizievoli del recesso possono essere compensate oltre che con l'applicazione dell'art. 1671 cod. civ. ricorrendo al dettato dell'art. 1373, comma 3 il quale prevede la possibilità che le parti pattuiscano a carico della parte recedente « la prestazione di un corrispettivo » sotto forma di pagamento all'atto del recesso. In questo caso il pagamento ha la funzione di corrispettivo del recesso per il quale non occorre preavviso e che produce i suoi effetti nell'ipotesi dell'art. 1373 solo quando la prestazione del corrispettivo sia eseguita.

I criteri pattizi di determinazione del corrispettivo sono vari: si parla di « minimo garantito dal contratto per tutto il periodo rinnovato » — dove questo minimo riferito al servizio rappresenta una somma che il cliente si impegna a pagare in ogni caso; altri contratti prevedono il versamento alla controparte di una somma pari a « 18 volte il canone di servizio mensile in vigore alla data di recesso se il recesso medesimo si verifica nei primi 3 anni nell'accordo » oppure « 12 volte il canone di servizio mensile specificato in vigore alla data di recesso negli altri casi ».

#### 4. LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

##### a) *Le cause.*

Non sempre il testo delle convenzioni contrattuali dispone espressamente in materia. Se la superficialità delle convenzioni costituisce, senz'altro, un primo fattore di caratterizzazione (giustificabile, peraltro, sotto il profilo psicologico, attenendo, la risoluzione, alla fase patologica del rapporto instaurato), un secondo fattore di estremo interesse è rappresentato dalla profonda differenziazione che emerge nella regolamentazione della materia in ragione della qualità dell'utente (a seconda, cioè, che il servizio venga effettuato in favore di un privato, ovvero della P.A.). Per quanto riguarda, infatti, i rapporti contrattuali

di cui sia parte la P.A., il Capitolato speciale d'appalto, al quale la convenzione rimanda (in conformità con le disposizioni di legge che regolamentano l'esercizio dell'attività contrattuale da parte della P.A.) riconosce al pubblico utente il potere di risolvere, con un ampio margine di discrezionalità, il rapporto instaurato.

« L'amministrazione ha inoltre facoltà di risolvere il contratto concernente il servizio o il lavoro affidato o di ridurne la durata, in relazione a sopravvenute sue esigenze operative. Tale facoltà può essere esercitata anche in seguito a ripetute negligenze o inadempienze rilevate durante i controlli e le verifiche. Costituisce motivo di risoluzione del contratto la ripetuta rilevazione di errori oltre i limiti di tolleranza consentiti.

La risoluzione del contratto, per colpa dell'impresa, oltre all'applicazione delle previste penalità, comporta l'esecuzione dei servizi in danno, secondo i criteri indicati nel Capitolato d'onori generali del provveditorato generale ».

Il Capitolato speciale d'appalto contempla, dunque, un non indifferente numero di ipotesi, non sempre subordinando la risoluzione all'inesatto adempimento (errore) dell'impresa di « computer services ». È senz'altro significativo il fatto che inadempimento ed inesatto adempimento, nella regolamentazione del rapporto dettata dal Capitolato, vengano considerati motivi di risoluzione soltanto in caso di ripetizione; si può, in fondo, sostenere che la risoluzione per inadempimento (o adempimento inesatto) presuppone quella menomazione della fiducia nell'esattezza dei successivi

adempimenti cui l'art. 1564 cod. civ. (norma, peraltro, dispositiva) subordina la risoluzione del contratto di somministrazione. Un'applicazione puntuale dei principi formulati dal Capitolato speciale d'appalto può essere riscontrata attraverso l'analisi del contratto di acquisizione dati stipulato da un importante ente pubblico con una società del settore. Vengono contemplate, in questa sede, ben sei differenti cause di risoluzione.

1) Mancata riconsegna dei nastri difettosi entro il termine convenzionalmente stabilito.

« Qualora uno o più nastri contenenti le informazioni acquisite dovessero essere ritenuti inutilizzabili perché difettosi o non elaborabili a causa di errori imputabili alla Società, la Società appaltatrice sarà tenuta a ritirare i nastri a proprie spese ed a consegnare nastri perfettamente utilizzabili nel termine di venti giorni naturali consecutivi dalla data delle contestazioni... Scaduto inutilmente il termine di venti giorni naturali consecutivi assegnato per la riconsegna dei nastri difettosi, il contratto si intende risolto di pieno diritto.

Tuttavia l'Ente fino a quando non avrà dato comunicazione alla Società appaltatrice della conseguente revoca dell'aggiudicazione, potrà accettare ugualmente il materiale consegnato in ritardo, continuando la Società stessa a restare assoggettata alle penali per ritardo previste... ».

2) Inosservanza della normativa e delle disposizioni dettate dai contratti collettivi di lavoro nei confronti del personale dipendente dalla società appaltatrice.

« In caso di accertata inadempienza in materia, l'Ente si riserva la facoltà, a suo insindacabile giudizio, di procedere senza bisogno di messa in mora né di pronuncia giudiziale, alla rescissione del contratto di appalto, all'incameramento della cauzione, nonché al risarcimento di ogni conseguente danno »<sup>8</sup>.

3) Mancata esecuzione del servizio entro i termini indicati nel Capitolato speciale di appalto.

« Qualora il servizio o parte di esso non venga eseguito nei termini fissati, per cause imputabili alla Società,

<sup>8</sup> La *ratio* della clausola non è di agevole comprensione. Tenendo presente che lo schema contrattuale è stato predisposto dal committente, si può sostenere che la clausola sia stata introdotta per scongiurare il pericolo di un'azione da parte degli ausiliari dell'appaltatore diretta contro il committente per il conseguimento di quanto loro dovuto, ex art. 1676 cod. civ.



il contratto dovrà intendersi risolto di pieno diritto.

Tuttavia, fino a quando l'Ente non avrà dato comunicazione alla Società appaltatrice della conseguente revoca dell'aggiudicazione, potrà accettare ugualmente il materiale consegnato in ritardo, restando la Società appaltatrice assoggettata alle penalità...

4) Notevole e continuata inadempienza.

« Qualora dai controlli eseguiti risultasse la non rispondenza dei lavori alle prescrizioni del citato Capitolato speciale, l'Ente potrà, a suo giudizio insindacabile, procedere all'applicazione delle penalità per errori previste nel predetto Capitolato speciale, fermo l'obbligo della Società di ripetere il lavoro, ovvero, in caso di notevole e continuata inadempienza, dichiarare risolto il contratto...

5) Cessione del contratto o subappalto.

« Nel caso in cui senza il preventivo assenso dell'Ente venga ceduto o subappaltato in tutto o in parte il lavoro oggetto del contratto l'Ente avrà il diritto di dichiarare rescisso in tronco il contratto senza che occorra all'uopo intervento o pronuncia di magistrato...

6) Fallimento della società appaltatrice.

Il presente contratto si intende rescisso in tronco in caso di fallimento.

Tuttavia, l'Ente, ove lo creda opportuno, può far continuare l'appalto all'appaltatore fallito stesso, se autorizzato a norma di legge...

È appena il caso di notare che, al di là dell'imprecisa terminologia adottata in sede contrattuale, le ipotesi contemplate sono tutte cause di risoluzione del contratto.

Se nei contratti stipulati dalla P.A. ovvero da Enti pubblici la risoluzione del rapporto instaurato costituisce oggetto di attenta regolamentazione, nei contratti stipulati dai privati la predisposizione di analoghe clausole costituisce fenomeno del tutto eccezionale. Soltanto in uno dei contratti esaminati risulta dettata un'esauriente disciplina della materia. Il contratto contempla quattro cause di risoluzione.

1) Cessione in subappalto.

« È fatto assoluto divieto all'appaltatore di cedere in subappalto in tutto o in parte il lavoro ad esso affidato.

L'inosservanza di questa condizione comporterà la risoluzione di diritto del rapporto ai sensi dell'art. 1456 cod. civ. e l'addebito di tutti i danni diretti... ».

2) Eccessività del tasso d'errore.

« Resta inteso che in casi di inaccettabile tasso di errore (superiore al 2%), la ditta potrà interrompere il flusso di lavoro.

3) Ripetizione di errori oltre la terza volta in misura superiore al tasso di tolleranza (0,3%).

4) Ripetizione di ritardi nella consegna dei lavori e delle copie di supporti magnetici che risultassero illegibili, oltre la terza volta. È interessante notare che anche nel contratto in esame viene posto a carico dell'appaltatore l'obbligo di applicare, nei confronti dei propri dipendenti, le norme dei contratti collettivi di lavoro e le disposizioni legislative o regolamentari in materia, ma, in caso di inadempimento, non si prevede la risoluzione del contratto, bensì la sospensione dei pagamenti fino alla regolarizzazione della posizione retributivo-contributiva.

« L'appaltatore si impegna ad applicare, nei confronti dei propri dipendenti, le norme dei contratti di lavoro, delle assicurazioni sociali e di qualsiasi altra prescrizione e normativa vigente nel settore di competenza, ivi comprese eventuali modifiche che dovessero intervenire nell'arco di tempo previsto per l'appalto. L'inadempimento, sia pure parziale, agli impegni di cui al presente articolo, provocherà da parte della ditta l'immediata sospensione dei pagamenti fino all'avvenuta e dimostrata regolarizzazione della posizione retributiva e/o contributiva »<sup>9</sup>.

In tema di sospensione nell'esecuzione della prestazione dovuta, non può non essere sottolineata la presenza, tra

<sup>9</sup> Vedi le considerazioni già svolte a nota 8.

le condizioni contrattuali tipo predisposte dall'ANASIN, di una clausola che prevede l'interruzione del servizio in caso di morosità dell'utente. La clausola richiama espressamente l'art. 1565 cod. civ., norma che è in rapporto di *species ad genus* rispetto alla disposizione generale sull'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.) e che esclude la possibilità per il somministrante di sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso, qualora l'inadempimento della controparte sia di lieve entità. Si prevede, peraltro, anche la risoluzione del contratto in caso di inutile decorso di un determinato termine.

« In relazione all'art. 1565 cod. civ., la ... (s.b.) ... potrà interrompere la prestazione dei servizi previsti da questo contratto in caso di mancato pagamento alle scadenze convenute senza necessità di messa in mora ed, eventualmente, trascorsi trenta giorni, considerare risolto il contratto ».

*Quid iuris* qualora, come generalmente accade, il contratto nulla disponga in tema di risoluzione? Non può che essere invocata, in questo caso, l'applicazione della normativa predisposta dall'art. 1565, relativamente alla sospensione della somministrazione, e della disciplina risultante dall'integrazione degli artt. 1564 e 1662 cod. civ. La risoluzione del contratto per inadempimento presuppone, secondo il disposto dell'art. 1564, il concorso di due differenti circostanze: la notevole importanza dell'inadempimento stesso e la menomazione della fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti. Per quanto riguarda il primo dei presupposti in esame, è sufficiente sottolineare che l'inadempimento di notevole importanza ex art. 1564 è un inadempimento di gravità maggiore rispetto a quell'inadempimento di non scarsa importanza che, come si desume dal testo dell'art. 1455 cod. civ., rappresenta il presupposto generale per la risoluzione del contratto. La menomazione della fiducia nell'esattezza dei successivi adem-

pimenti non implica valutazioni ed apprezzamenti di carattere personale: il giudizio non può che essere fondato su canoni elastici, ma obiettivi<sup>10</sup>. La menomazione della fiducia d'altronde, non necessariamente implica l'insolvenza del contraente o comunque un peggioramento delle sue condizioni economiche e prescinde perfino dalla dolosità o colposità dell'inadempimento: il furto subito dal somministrante può menomare la fiducia del somministrato nell'esattezza dei successivi adempimenti, qualora incida sensibilmente sull'organizzazione del servizio. Si deve, infine, rilevare che, in base al disposto dell'art. 1662 cod. civ., l'inadempimento può anche consistere nell'inosservanza dell'obbligo di conformarsi alle condizioni contrattuali ed alle regole dell'arte, nell'esecuzione del servizio, entro il limite stabilito dal committente.

Un rapido cenno meritano le ultime due cause generali di risoluzione: l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità sopravvenuta. Per quanto concerne il primo dei due istituti, l'intervento di circostanze indipendenti dalla volontà della società erogatrice in un settore nel quale « l'esecuzione del servizio è soggetta a condizioni spesso tecnicamente fuori del controllo del fornitore »<sup>11</sup>, l'ipotesi è tutt'altro che paradossale. Basti pensare (ma si tratta soltanto di un esempio) ad un guasto delle linee telefoniche che collegano il terminale dell'utente al centro elaborazione della società fornitrice del servizio. La normativa applicabile è, in linea di principio, la normativa codicistica ex art. 1256, 1258, 1463 ss. I casi che possono verificarsi con maggiore probabilità sono, evidentemente, casi d'impossibilità temporanea. Dispone, in materia, l'art. 1256, comma 2 cod. civ.: « Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla ». Si potrebbe anche sostenere che nei contratti di durata l'impossibilità temporanea si traduce in impossibilità parziale, ma non è

<sup>10</sup> Cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio, della somministrazione*, cit., p. 144.

<sup>11</sup> Da un documento ANASIN.

questa la sede più opportuna per affrontare la complessa problematica<sup>12</sup>.

Per quanto poi concerne l'eccessiva onerosità sopravvenuta, la presenza, nelle convenzioni contrattuali, di clausole per l'automatica revisione dei prezzi<sup>13</sup> esclude la possibilità che se ne verifichino gli estremi.

### b) Gli effetti.

Non può che essere invocata, in materia, l'applicazione del principio generale ex art. 1458 cod. civ. che sancisce la non retroattività della risoluzione avente ad oggetto un contratto di durata: è logico che, data la particolare natura del contratto (ad esecuzione periodica o continuata), gli effetti della risoluzione non si estendano alle prestazioni già eseguite. Il principio è stato riconfermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte. « L'appalto non può ritenersi, in generale, un contratto ad esecuzione continuata o periodica e pertanto, in linea di massima, la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, a norma dell'art. 1458 cod. civ. Ciò non può valere, tuttavia, per alcune figure di appalto (es. appalto di manutenzione o di servizi), le quali sono sostanzialmente ad esecuzione periodica o differita: rispetto ad esse non può aversi piena retroattività della risoluzione e restano salve le prestazioni già eseguite e, quindi, l'obbligo di pagare il relativo corrispettivo, secondo la reale entità di esse in relazione all'utilità trattate dal committente, e salva sempre un'eventuale ragione di danno per quest'ultimo in rapporto alle prestazioni non eseguite »<sup>14</sup>.

## 5. FATTISPECIE DI INADEMPIMENTO

### a) Data Entry (acquisizione pura).

Come si è già visto, tale servizio consiste nel trasferire da supporto cartaceo a supporto magnetico un certo numero di dati forniti dal cliente. È facilmente intuibile che l'ipotesi più comune d'inadempimento in questo tipo di attività sia

quella dell'errore o adempimento inesatto: tralasciando per il momento le fattispecie di errori causate da fatti del cliente, analizziamo qui unicamente quelle imputabili alla società di gestione che fornisce il servizio. Esaminando le singole clausole contrattuali, si può osservare come venga prevista la possibilità per l'impresa di errare entro limiti stabiliti: la percentuale di errori in genere tollerata, essendo influenzata dal concorso di numerosi fattori (fra cui il tempo disponibile per le correzioni), può essere variabile da un minimo di 0,5% (cinque caratteri sbagliati ogni mille digitati) a un massimo di 2% (due caratteri sbagliati ogni cento digitati). Le percentuali di errori tollerate sono calcolate sul « record », e possono essere elevate se le prestazioni oggetto del servizio riguardano grandi volumi di dati. Nel caso in cui il numero di errori superasse questi livelli di tolleranza, l'impresa si renderebbe inadempiente con varie conseguenze. È consuetudine di alcuni utenti (in particolare la Pubblica Amministrazione) di applicare in tali ipotesi delle penali, calcolate in vario modo, mentre in ogni caso la società di gestione deve correggere o rifare il lavoro. Ove il numero di errori superi un ulteriore limite di tolleranza, il cliente potrà risolvere il contratto.

« Nell'esecuzione dei lavori è ammessa una tolleranza di errori fino al 0,3% (tre per mille) dei «campi» o «record» per ciascun contingente di lavoro, come specificato nella lettera di affidamento. Qualora venisse rilevata una percentuale di errori superiore allo 0,3%, ogni correzione verrà addebitata nella misura indicata nella lettera di affidamento; verrà inoltre applicata una penale per ogni 1% di errori in più oltre il previsto. Resta inteso, in caso d'inaccettabile tasso di errore (superiore al 2%, due per cento), il cliente potrà interrompere il flusso di lavoro ».

<sup>12</sup> Sul punto, vedi COTTINO, *Del contratto estimatorio e della somministrazione*, cit., p. 144.

<sup>13</sup> Su cui vedi sopra il capitolo riservato alla determinazione del corrispettivo.

<sup>14</sup> Cass. 9 novembre 1977, n. 4818.

In un altro contratto si trova un ulteriore criterio nell'applicazione di penali nel caso di adempimento inesatto. Se i nastri contenenti le informazioni acquisite, oggetto della prestazione del servizio in esame, dovessero essere ritenuti, in sede di controllo, inutilizzabili perché difettosi o non elaborabili a causa di errori imputabili all'impresa, questa sarà tenuta a ritirare e a riconsegnare perfettamente utilizzabili a proprie spese i supporti magnetici errati. Le penali si applicano per ogni giorno di ritardo, a decorrere dalla data originariamente prevista per la consegna e considerando neutro il periodo intercorrente tra la data di consegna del materiale e quella delle contestazioni successive al controllo; nel caso in cui poi trascorra inutilmente un certo termine assegnato per la riconsegna dei nastri difettosi, il contratto viene risolto a tutti gli effetti.

È chiaro che clausole di tale genere, vessatorie per l'impresa che fornisce il servizio, riescono ad essere stipulate unicamente da clienti con una notevole forza contrattuale (ad es. la P.A.). Inoltre sono accettate quasi pacificamente dalle società di servizi perché poste nell'ambito di un'attività, il « data entry », che non si presenta particolarmente rischiosa perché correlata a servizi di lieve attività economica; i problemi sorgono, soprattutto per quanto riguarda l'applicazione delle penali, per il *pre-processing*, attività che unisce alla semplice acquisizione dei dati anche un'elaborazione di tali informazioni, come si vedrà approfonditamente nel prossimo paragrafo.

Ovviamente l'imprenditore di limitata capacità contrattuale sottoscrive altri tipi di clausole:

« Qualora i risultati del servizio prestato dalla Ditta presentino errori, e sempre che tali errori siano esclusivamente imputabili al personale della Ditta, o alle macchine, programmi, ..., dalla stessa usati per l'esecuzione del servizio, la responsabilità della Ditta sarà limitata all'eliminazione di detti errori ed al rifacimento del lavoro, quando necessario, nel più breve tempo possibile e senza oneri aggiuntivi, restando espressamente esclusa qualsiasi altra responsabilità della Ditta ».

Niente penali quindi, ma solo l'elimi-

nazione degli errori, ed eventualmente il rifacimento del lavoro, sempreché gli errori non siano dovuti a fatti del cliente, nel qual caso l'ulteriore attività di correzione verrà fatturata a questo (si veda più compiutamente l'apposito paragrafo).

Grava sul cliente l'onere di controllare l'esattezza dei dati forniti dall'impresa, entro un congruo periodo di tempo. In genere fino a tale momento la società che fornisce il servizio non viene pagata, o perlomeno non totalmente. Sia nel caso in cui non vengano riscontrati difetti, come nel caso in cui non venga effettuato il collaudo entro il termine dato, l'impresa non risponde più di eventuali errori.

« Con l'esito favorevole del collaudo di cui al punto ..., la Ditta sarà liberata da ogni garanzia o responsabilità in ordine ai servizi oggetto del presente contratto ».

In pratica, però, pur non essendo formalmente più obbligata, se per caso vengono scoperti errori anche in un momento successivo al collaudo, la società di gestione procede in genere al rifacimento del lavoro per esigenze di mercato e per tutelare la propria immagine professionale.

Oltre ai casi di adempimento inesatto, i contratti regolano gli inadempimenti relativi. Vi sono tutta una serie di clausole che limitano la responsabilità dell'impresa nell'eventualità in cui la consegna del materiale al cliente avvenga in ritardo. In genere comunque le ipotesi di mora dell'impresa vengono regolate mediante l'applicazione di penalità per il ritardo nell'effettuazione della prestazione o delle singole prestazioni, ovvero per prestazioni non eseguite secondo i tempi o le modalità indicate nei vari contratti.

« Per ogni giorno di ritardo nell'ultimazione dei lavori, e quindi nella riconsegna del materiale, sarà applicata una penale giornaliera nella misura indicata nella lettera di affidamento ».

Il protrarsi della condizione di mora della società di servizi oltre un certo numero di giorni, ovvero il ripetersi dell'inadempimento relativo per un certo numero di volte, costituiscono giusta causa di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1456 cod. civ.

L'inadempimento assoluto si verifica, a parte l'ipotesi dell'impresa di gestione che non esegue la sua obbligazione (divenendo questa non più eseguibile), anche quando l'adempimento effettuato in ritardo, o in maniera inesatta, fa perdere al cliente ogni interesse all'esecuzione della prestazione. È il caso, già visto, in cui la percentuale di errori nel servizio da parte dell'impresa superi il limite massimo di tolleranza (con la facoltà in capo al cliente di risolvere il contratto); oppure è il caso in cui la società di gestione consegna il risultato del servizio oltre il termine contrattualmente previsto (sia nell'ipotesi sopra esaminata di un'attività di correzione di errori, sia in un'ipotesi più generale di inadempimento relativo oltre un certo numero di giorni).

### b) *Pre-processing (acquisizione più elaborazione).*

Il servizio consiste nel trasferire su supporto magnetico le informazioni fornite dal cliente, nel controllare l'avvenuta acquisizione, e infine nell'elaborare tali dati. Pur essendo molto simile all'attività di *data entry*, soprattutto per quanto riguarda la prima fase del servizio, abbiamo qui peculiari caratteristiche che ci portano a leggere clausole uguali in maniera diversa e a soffermarci con attenzione su singoli aspetti che assumono in questo caso un'importanza maggiore che in precedenza. Si ha quindi una maggiore rigidità da parte delle società di servizi, a scapito del cliente, a causa dei riflessi di notevole rilievo economico coinvolti: così in tema di controllo del risultato del servizio, nonché di errori o ritardi.

Un primo problema tra impresa e cliente riguarda proprio il risultato del servizio: potrebbe accadere che una volta avuti i dati elaborati, l'utente non sia soddisfatto, non ottenga quello che voleva. Per evitare ciò, nella fase di trattativa si prova il *software* insieme all'interessato, in modo che questo venga a conoscere come sarà il risultato dell'elaborazione. Altro sistema è quello di preparare il programma insieme al cliente.

« Nel caso che il contratto contempli lo sviluppo di un programma da parte della Ditta, a completamento dello sviluppo di tale programma e

prima di elaborare il lavoro del cliente, se del caso, o prima della consegna del programma al cliente (qualora questi ne abbia pagato il prezzo) il cliente conviene di sottoporre alla Ditta un test di una estensione sufficiente a provare tutte le parti del programma in modo che ne sia accertato il buon funzionamento ».

È chiaro che in tal modo viene anche notevolmente ristretta la possibilità di errare nell'elaborazione, limitando le ipotesi di adempimento inesatto alla fase di acquisizione. Nonostante ciò, vi sono spesso clausole che prevedono errori di elaborazione, ma sono altamente vessatorie nei confronti del cliente, sia per il fatto che anche qui la società di gestione s'impegna unicamente alla correzione o al rifacimento del lavoro, ma soprattutto per il fatto che essa è responsabile solo se l'adempimento inesatto è contestato dal cliente in genere entro un brevissimo periodo di tempo che decorre dalla consegna del risultato dell'elaborazione (e non dalla conoscenza del vizio, *ex art. 1667 cod. civ.*).

« La responsabilità della Ditta è limitata alle correzioni e rifacimenti resi necessari per propri errori elaborativi denunciati alla stessa entro 3 giorni lavorativi dalla consegna degli elaborati ed entro 2 giorni lavorativi dalla consultazione e dall'aggiornamento degli archivi *on line* ».

Per quanto riguarda l'adempimento inesatto nella fase di acquisizione, si richiama quanto già detto per l'attività di *data entry* nell'apposito paragrafo, precisando alcune differenze. Anche in tale ipotesi i clienti con forza contrattuale maggiore tendono ad applicare penali quando gli errori superano un certo limite di tolleranza, ma non sempre in questo caso le società di servizi accettano pacificamente questa prassi.

Anzi, avendo tale tipo di servizio spesso come oggetto elaborazioni correlate ad attività del cliente di notevole rilievo economico, esse propongono come unico rimedio ai difetti delle forniture, a volte nemmeno imputabili all'impresa, quello della loro correzione o rifacimento, sempreché naturalmente non si possa ravvedere grave negligenza o dolo da parte del fornitore.

« La Ditta userà la dovuta cura nell'elaborazione dei dati del cliente

e s'impegna affinché, a sue spese, siano corretti gli errori attribuibili esclusivamente al cattivo funzionamento delle macchine, o agli operatori. In ogni caso la responsabilità della Ditta è limitata all'addebito totale di una somma pari al canone dovuto dal cliente, e non ai danni particolari o susseguenti che possano risultare ».

La clausola riportata sopra dimostra come venga ben recepito il rimedio ai difetti delle forniture proposto dalle società di servizi; ma nella sua seconda parte dimostra anche che tale tipo di clausole s'inseriscono in contratti pieni di norme che tutelano gli interessi dell'impresa a scapito di quelli del cliente, e che quindi una maggiore severità nei confronti del fornitore in tema di adempimento inesatto, mediante l'applicazione di penalità o la previsione di risarcimenti, non è del tutto ingiustificata.

Per quanto riguarda l'inadempimento relativo, anche in tal caso si richiama quanto già detto nel paragrafo precedente con riferimento all'attività di acquisizione pura. Vengono applicate delle penalità per ogni giorno di ritardo, e il protrarsi del ritardo oltre un certo numero di giorni porta alla risoluzione del contratto. Per i motivi già esposti vi sono però clausole che prevedono maggiori limitazioni di responsabilità a favore della società di servizi.

« La Ditta non è responsabile per i danni subiti dal cliente o altri terzi causati dal materiale o dai dati elaborati che essa ha prodotto o fornito in esecuzione di questo contratto, ovvero causati da ritardi o dalle omissioni verificatesi nel corso della loro produzione o fornitura ».

Anche per quanto riguarda l'inadempimento assoluto ci si può riferire a quanto già detto nel paragrafo precedente riguardo al servizio di *data entry*.

### c) *Elaborazione pura.*

In tal servizio si fornisce il cliente di terminali collegati con il centro di gestione, il quale mette a disposizione il proprio *mainframe* e un certo tempo macchina all'utente: questo inserisce i dati da elaborare autonomamente. Il più delle volte all'impresa rimangono

inoltre anche gli archivi dei dati del cliente.

Essendo il momento più delicato dell'attività di elaborazione l'immissione delle informazioni nelle memorie del *computer*, è chiaro che mettendo l'utente nella condizione d'inserire autonomamente i propri dati per mezzo di terminali, non si hanno più problemi circa l'adempimento inesatto: neanche se ne hanno circa l'inadempimento relativo, perché l'utente ottiene la risposta dell'elaboratore, cioè il risultato del servizio, immediatamente in tempo reale sul terminale del proprio ufficio. Anche in tale ipotesi è prassi consolidata quella di procedere insieme al cliente al collaudo del *software* che verrà usato o addirittura di preparare un programma apposito che soddisfi le sue esigenze.

I problemi che possono sorgere nell'ambito dell'attività di elaborazione pura sono poco numerosi.

Si potrebbe verificare un guasto lungo la linea telefonica durante la trasmissione o la ricezione dei dati, con conseguenti errori di elaborazione o addirittura impossibilità totale di svolgere il servizio. In tal caso la responsabilità non viene assunta dalla società di servizi, ma dovrebbe gravare sulla SIP.

Altra ipotesi, che potrebbe rientrare nella fattispecie di inadempimento relativo (o addirittura assoluto), riguarda il caso in cui un cliente, sottoscritto il contratto per potere usufruire di tempo macchina, pur essendosi collegato mediante terminale con il *mainframe* della ditta, non riesce a ricevere la risposta dell'elaboratore perché questo è già saturo delle chiamate di altri utenti: quando il cliente riesce finalmente a collegarsi, non fa più in tempo a svolgere il proprio servizio. È chiaro che in tal caso l'impresa fornitrice dei servizi è pienamente responsabile, perché avendo concesso un determinato tempo macchina all'utente, deve necessariamente garantire la possibilità per questo di svolgere il servizio. Per evitare di soggiacere a grossi risarcimenti causati dal verificarsi d'ipotesi di tale genere, le società di gestione tendono prima di tutto a rifiutare la stipulazione di contratti aventi ad oggetto un servizio di notevole rilievo economico; inoltre tendono a spostare la concessione di tempo macchina nelle ore di minore accesso della giornata.

Per quanto riguarda l'ipotesi di guasto all'elaboratore dell'impresa, essa viene in genere contemplata nelle clausole di limitazione della responsabilità come uno dei casi di forza maggiore indipendente dalla volontà della società di servizi. Si ha però in capo all'impresa l'obbligo di avvertire nel più breve tempo possibile (in genere entro dodici ore dalla scoperta del guasto) gli addetti alla manutenzione e alla riparazione del *mainframe*. Nonostante quindi le clausole limitatrici della responsabilità, la società di servizi è ugualmente tenuta a rispondere di eventuali danni subiti dal cliente se non provvede ad avvertire l'impresa di riparazione nel termine assegnato.

Di particolare interesse risulta essere la regolamentazione della custodia degli archivi del cliente da parte del centro di gestione.

« La Ditta, pur garantendo la massima diligenza per la gestione degli archivi delle informazioni, non garantisce la possibilità di ricostruzione in caso di perdite per fatto accidentale indipendente dalla propria volontà ».

L'impresa va quindi ritenuta responsabile per l'eventuale distruzione degli archivi del cliente se non adotta le necessarie misure di sicurezza.

Ora, analizzando altre clausole, si può vedere come questa non sia una formula vuota, ma un ben preciso requisito da cui dipende l'imputabilità o meno dell'inadempimento alla società di servizi. Così in un altro contratto si legge:

« La Ditta deve conservare le memorie ausiliarie fuori dalla sala del *computer*, e deve prendere ogni ulteriore misura precauzionale ed organizzativa ragionevolmente valida per evitare l'irreparabile perdita o il danneggiamento del materiale da elaborare e di quello già elaborato ».

E ancora:

« La Ditta provvederà alla gestione fisica degli archivi del cliente, alla conservazione e protezione degli stessi, seguendo la tecnica della conservazione dei nastri relativi ad almeno 3 aggiornamenti successivi ("nonno, padre, figlio") ed utilizzando gli opportuni sistemi di sicurezza ».

La società di gestione deve essere quindi ritenuta pienamente responsabile

della distruzione dell'archivio, nonostante la perdita sia dovuta a fatto accidentale non dipendente dalla sua volontà, nel caso in cui non abbia preso quelle misure precauzionali minime che vengano adottate comunemente, secondo una ben precisa consuetudine, da altre imprese.

#### d) *Violazione dell'obbligo di riservatezza.*

Costituisce una particolare ipotesi d'inadempimento la violazione di quelle clausole del contratto che impongono all'impresa un obbligo di riservatezza.

Il cliente che si fa gestire i dati da una società di servizi, porta a conoscenza di questa una serie d'informazioni riservate sulla propria attività (si pensi alla gestione della contabilità), che, se venisse divulgata a terzi, sarebbero causa di grave danno. Questo il motivo per cui è essenziale la garanzia prestata dalla società di servizi circa la segretezza sui dati forniti dal cliente.

Il centro di gestione deve quindi prendere ogni ragionevole misura per assicurare che tutte le informazioni di carattere segreto o riservato fornitigli dal cliente, come pure tutti i dati elaborati in ordine a quelle informazioni, rimangano tali.

Pur regolando un aspetto delicato della fattispecie, e nonostante che tali clausole siano poste per tutelare l'utente da eventuali fughe di notizie che sicuramente danneggerebbero la sua attività commerciale, la maggior parte di esse hanno una stesura molto generica, con assunzione da parte dell'impresa di astratti impegni, ma senza alcuna espressa previsione circa le conseguenze di un possibile inadempimento.

« Nel corso di tutte le elaborazioni la Ditta s'impegna ad adottare tutte le misure necessarie per garantire la riservatezza degli archivi, dei programmi e degli elaborati prodotti, e per tutelare la conoscenza e l'utilizzo ».

In un'altra clausola, nonostante che non siano previste sanzioni o doveri risarcitori, si ha una maggiore estensione degli obblighi assunti dal centro di gestione.

« Confermiamo che la nostra Ditta e i nostri amministratori, dirigenti

e dipendenti sono vincolati dall'obbligo del segreto d'ufficio, anche nei riguardi delle P.A., per tutte le notizie, dati, documenti ed elaborati inerenti i supporti cartacei o magnetici che ci affiderete per la lavorazione, o che produrremmo per vostro conto. Indipendentemente da quanto sopra, vi assicuriamo, inoltre, che in ogni caso ed in qualsiasi tempo futuro le notizie ed i dati pervenuti in nostra conoscenza, o possesso, in conseguenza del presente accordo, non verranno mai ceduti o portati a conoscenza di terzi se non dopo vostra espressa autorizzazione scritta ».

Ma per avere un'effettiva tutela dell'utente non basta che la società di gestione s'impegni ad assicurare l'osservanza dell'obbligo di riservatezza; occorre invece sanzionare severamente il comportamento doloso o colposo dell'impresa che non adempie a un aspetto essenziale del contratto. È chiaro che, a causa della diversa forza contrattuale delle parti, difficilmente si riuscirà a trasferire tale mezzo di tutela in una clausola. È quindi eccezionale trovare un contratto che contenga una disposizione come quella che segue:

« La Ditta garantisce al cliente l'assoluta riservatezza e sicurezza del contenuto degli archivi del cliente registrati sui supporti magnetici della Ditta, archivi che saranno conservati in luogo protetto con la massima cura. Tale clausola di riservatezza è da ritenersi essenziale ai fini del presente contratto. In caso di accertata inadempienza da parte della Ditta, la stessa s'impegna a pagare al cliente una penale di L. ..., fermo restando il diritto del cliente a ulteriore risarcimento da parte della Ditta, come per legge ».

Il discorso fatto si applica a tutta l'attività di gestione, non avendosi particolari differenze fra i tre tipi di servizi.

Tuttavia, per quanto riguarda l'attività di elaborazione pura, bisogna considerare che i dati del cliente vengono trasmessi dalla sede di questo al centro di gestione. Potrebbero quindi sorgere problemi di sicurezza delle informazioni per eventuali accessi non autorizzati alla banca dati dell'impresa. Per evitare ciò, vengono adottati vari sistemi di protezione « tecnica », instaurando il collega-

mento mediante linee telefoniche dedicate e non commutate; dotando il cliente di un *password* che permetta all'elaboratore del centro di riconoscere il terminale dell'utente; a livello di *account*, a seconda cioè del numero di « file » dedicati all'utente.

Da un punto di vista giuridico, tutti questi vari sistemi di protezione sono compresi nelle « ragionevoli misure di sicurezza » che l'impresa s'impegna a prendere nelle clausole del contratto che impongono ad essa un obbligo di sicurezza.

### e) *L'inadempimento da parte del cliente.*

Si è fin qui analizzato come vengono regolate, e quali sono, le varie fattispecie d'inadempimento da parte dell'impresa che gestisce i dati.

Bisogna ora esaminare l'inadempimento dell'altra parte del rapporto contrattuale, il cliente.

L'inadempimento dell'utente del servizio si può verificare in due diversi momenti: quando deve fornire i dati da elaborare alla società di gestione e quando deve pagare il corrispettivo per il servizio goduto.

Può capitare che il cliente fornisca dati sbagliati, oppure che fornisca tali dati in ritardo. Nell'attività di *data entry* questo fatto ha come conseguenza immediata la liberazione della società di servizi per errori commessi nella prestazione o ritardi nella consegna del risultato. Talvolta provoca anche spese aggiuntive al cliente che deve pagare le eventuali ripetizioni del servizio.

« Qualora il cliente dovesse mancare di fornire alla Ditta i dati nella forma e secondo le condizioni previste nel presente contratto, la Ditta farà il suo meglio per riprogrammare e rielaborare il lavoro del cliente nel più breve tempo possibile; ma il cliente accetta la consegna ritardata del servizio per tale causa ».

« Se i dati che il cliente fornisce alla Ditta per l'elaborazione sono errati, incompleti, o non redatti nella forma richiesta dal presente contratto, il cliente accetta di pagare alla Ditta, alle normali tariffe in quel momento in vigore, il lavoro addizionale per correggere o completare tali dati, o altrimenti prepararli per l'elaborazione ».



Lo stesso per il servizio di *pre-processing*. In tal caso però, come per l'elaborazione pura, può capitare che i programmi siano forniti dall'utente stesso: la società di servizi viene quindi liberata dalla responsabilità per difetti che sorgono a causa di un malfunzionamento del *software*.

« Nel caso di utilizzo di programmi forniti dal cliente, la Ditta non risponderà di errori o ritardi comunque dipendenti da vizi o imperfezioni dei programmi stessi ».

Sempre nell'ambito di tale ipotesi, cioè i programmi procurati dal cliente, è chiaro che questi ultimi dovranno essere forniti su supporti e secondo *routine* trattabili direttamente dall'elaboratore, attenendosi ad istruzioni tecniche che vanno preventivamente concordate con l'impresa. In genere le società di servizi si riservano comunque il diritto di rivedere, provare e modificare tali programmi, naturalmente a spese del cliente. Una volta sancito contrattualmente tale diritto di accesso al *software* a favore dell'impresa, ci si chiede, qualora sorgano ipotesi di adempimento inesatto causate dal programma, se la responsabilità sia ancora totalmente imputabile all'utente o non si debba invece trasferirla, almeno parzialmente, in capo alla società di gestione.

Altro momento delicato è quello del pagamento del corrispettivo da parte del cliente. Il più delle volte i problemi sorgono avvenuto il collaudo della prestazione. Di fronte alla morosità dell'utente, viene prevista contrattualmente la facoltà dell'impresa d'interrompere il servizio fino alla estinzione dello stato di morosità: si parla d'interruzione, e non solo di facoltà di recesso, perché nel primo caso il contratto continua ad esercitare i suoi effetti (minimi garantiti, costi fissi, ...), mentre nel secondo il contratto si estingue con la liberazione dell'utente dai vincoli contrattuali.

« In relazione all'art. 1565 cod. civ., la Ditta potrà interrompere la prestazione dei servizi previsti da questo contratto in caso di mancato pagamento alle scadenze convenute, senza necessità di messa in mora ed eventualmente, trascorsi trenta giorni, considerare risolto il contratto ».

In un'altra clausola si legge:

« La sospensione dei pagamenti per più di un bimestre da parte del cliente può comportare, a giudizio insindacabile della Ditta, di ottenere il pagamento dei canoni arretrati nonché, a titolo di penale, dei canoni correnti fino alla scadenza del contratto ».

Molto spesso vengono applicati tassi d'interesse « di mercato » per scoraggiare volontari ritardi nei pagamenti.

« Sui versamenti arretrati decorrono interessi moratori nella misura di 4 punti superiori al tasso applicato ai Conti Interbancari a 3 mesi denaro ».

E ancora:

« Il ritardato pagamento del canone concordato, o parte di esso, comporterà a carico del cliente l'obbligo di corrispondere gli interessi convenzionali nella misura del corrente "prime rate" oltre ad ogni altra spesa accessoria ».

## 6. RISARCIMENTO DEL DANNO E CLAUSOLE DI ESONERO DA RESPONSABILITÀ

L'esame degli aspetti relativi alla responsabilità contrattuale e all'individuazione del danno risarcibile nelle ipotesi d'inadempimento del contratto da parte del fornitore del servizio, non può prescindere da una considerazione delle caratteristiche peculiari dei contratti in esame e del mercato in cui si svolgono le relative contrattazioni. A questo proposito va infatti rilevata l'esistenza di una serie di fattori i quali contribuiscono ad impedire o quanto meno a rendere difficile la realizzazione di una soddisfacente ed equa distribuzione del rischio contrattuale.

Com'è noto, a fronte dei molteplici rischi connessi alla fornitura del servizio, l'utente che richieda le prestazioni di « computer services » si imbatte generalmente, nell'ambito del contratto stipulato col fornitore, in clausole di esonero da responsabilità e di limitazione del danno risarcibile che lo pongono a volte in una situazione di disagio.

Soltanto i pochi utenti dotati di un

notevole potere contrattuale (in particolare la P.A.) riescono ad inserire nel contratto clausole che prevedono l'applicazione di penali per errori o ritardi che superino un certo limite di tolleranza.

Nei confronti della restante clientela (che costituisce di solito la maggioranza) le case fornitrici sono solite salvaguardarsi predisponendo clausole con le quali vengono limitati i tipi di azione consentiti all'utente insoddisfatto.

Diversa è la forma che può assumere questo genere di previsioni. Può trattarsi anzitutto di una preventiva limitazione dei rimedi azionabili, come nella previsione tipica per cui, in caso di difetti, l'utente può chiedere esclusivamente la eliminazione o correzione dell'errore, senza alcuna ulteriore pretesa, essendo la responsabilità della ditta fornitrice limitata alle correzioni del caso o al rifacimento *in toto*.

Va rilevato inoltre come le ditte, al di là di espressioni generiche (« ... nel più breve tempo possibile... ») non forniscono di regola dati precisi sul tempo medio occorrente per la correzione o il rifacimento, cosicché nessuna sanzione tutela dalle conseguenze di un ritardo nel provvedere in tale senso.

Si noti altresì come la garanzia della correzione da parte della ditta sia di regola subordinata alla tempestiva denuncia del vizio da parte dell'utente:

« (...) la responsabilità della Società è limitata alle correzioni e rifacimenti resi necessari per propri errori elaborativi denunciati alla stessa entro 3 giorni lavorativi dalla consultazione o dall'aggiornamento degli archivi "on-line" ».

Oppure:

« in ogni caso, trascorsi 15 giorni dal verificarsi di un fatto anomalo senza reclamo scritto, l'utente libera la Società, dalla responsabilità di tale evento ».

Come si vede, il brevissimo termine concesso per la denuncia è fatto decorrenza, anziché dalla conoscenza del vizio (a norma dell'art. 1667 cod. civ.), dalla consegna degli elaborati nel 1° caso, dal verificarsi del vizio medesimo nel 2°. Inoltre, sempre nel 2° caso, si richiede espressamente la forma scritta perché il reclamo produca i suoi effetti.

Un altro mezzo attraverso il quale la

ditta fornitrice trasferisce il rischio di inadempimento sull'utente consiste in una limitazione dei danni risarcibili. Il debito risarcitorio del fornitore viene preventivamente quantificato in un determinato importo che corrisponde normalmente al canone pagato negli ultimi 6 o 12 mesi.

« L'utente conviene che la eventuale responsabilità della Società in relazione al presente contratto sarà comunque limitata ad una somma massima pari a quella effettivamente pagata dall'utente a titolo di canone nel corso di 6 mesi per il servizio di elaborazione dati di cui al presente contratto ».

Infine, pressoché costanti sono le clausole con le quali si esclude il risarcimento di ogni danno indiretto.

« In ogni caso la Società non sarà responsabile per danni speciali o indiretti ».

È comunque di regola esclusa ogni responsabilità della ditta per causa che sia imputabile a dolo o colpa grave della stessa.

« Salvo i casi di dolo o colpa grave resta esclusa ogni altra garanzia o responsabilità della Società comunque relativa a questo contratto e ai servizi in esso previsti, anche per quanto riguarda i danni eventualmente sofferti dall'utente in conseguenza di eventuali inadempimenti della Società ».

E ancora:

« Salvi i casi di dolo o colpa grave, resta esclusa ogni responsabilità del centro (...) anche per quanto riguarda i danni diretti o indiretti eventualmente sofferti dal cliente, ancorché derivati da pretese di terzi nei confronti di quest'ultimo in conseguenza di eventuali inadempimenti del centro, compresi quelli derivati da causa di forza maggiore ivi compreso il caso di sciopero ».

In un tale contesto di clausole di esonerazione da responsabilità, risulta del tutto eccezionale quella che prevede la possibilità di un risarcimento a favore del cliente.

« La Ditta si assume la responsabilità dei danni derivanti da ritardi nella presentazione degli elaboratori, ritardi conseguenti a qualsiasi causa ad essa imputabile, e rimborserà al cliente gli eventuali danni subiti da

tale evenienza per un importo massimo per sinistro di L. 1.000.000.000 (un miliardo) ».

Riscontrata dunque l'onerosità delle clausole che riversano sul cliente la maggior parte dei rischi connessi alla fornitura del servizio, si pone il quesito di come tali clausole debbano essere valutate in vista di un'equa distribuzione del rischio contrattuale, nonché in termini di ammissibilità alla luce del diritto positivo.

Prima di tutto è opportuno esaminare brevemente quali sono i rischi più frequenti ai quali può andare incontro l'utente del servizio.

Oltre alla possibilità di errori ed inesattezze nella gestione dei dati, l'utente può trovarsi nella situazione di dover fronteggiare l'altro non trascurabile rischio che il servizio sia in tutto o in parte inadeguato rispetto alle funzioni specifiche per cui è stato richiesto (rischio, questo inerente soprattutto ai servizi di acquisizione più elaborazione). A tali rischi può poi accompagnarsi l'eventualità che l'utente, essendo spesso privo di un'adeguata esperienza in campo tecnologico, non sia in grado di formulare in maniera corretta le proprie esigenze specifiche e non sia in grado di controllare la validità tecnica delle soluzioni prospettategli dal fornitore (ma, come si vedrà, è questa una eventualità che può deporre anche a favore del fornitore).

Altro aspetto che va posto in rilievo è il frequente crearsi di una situazione di dipendenza dell'utente rispetto al fornitore, cosicché, di fronte a problemi di mancato funzionamento o di inadeguatezza del servizio, l'utente insoddisfatto ben difficilmente può trovare un rimedio efficace nel recesso del contratto, nella risoluzione e nel ricorso alle prestazioni di altro fornitore.

Chi infatti ha affidato al servizio l'elaborazione di dati che riguardano l'attività della sua impresa, in casi estremi può trovarsi di fronte alla eventualità di un blocco dell'attività produttiva o amministrativa della impresa stessa, durante il tempo che può trascorrere prima di ottenere la correzione dell'errore o la modifica della procedura inadeguata. Senza poi dimenticare che il danno subito dall'utente può non solo concentrarsi in una rilevante perdita economica, ma può eventualmente svolgere anche que-

stioni di responsabilità (al limite anche penale) dello stesso utente. Si pensi al caso in cui l'utente abbia affidato ad una impresa di elaborazione dei dati la gestione della contabilità: in tale ipotesi, la mancata o erronea fornitura del servizio potrebbe addirittura determinare da parte dell'utente la violazione degli obblighi civili e fiscali in materia di presentazione e compilazione del bilancio, con conseguente responsabilità degli amministratori.

Infine, un'altra eventualità è quella dell'errore di elaborazione che può provocare un danno economico ad un terzo o a più terzi determinati (ad es. clienti dell'impresa utente); terzi ai quali, poniamo, si riferisca il dato giusto inserito in un programma sbagliato, o il dato sbagliato inserito in un programma giusto oppure, ancora, il dato che sia andato perduto.

A fronte della molteplicità dei rischi fin qui tratteggiati, le ditte fornitrici affermano dal canto loro la necessità di limitare fortemente la responsabilità del fornitore, tenuto conto che l'esecuzione dei servizi d'informatica è soggetta a condizioni spesso tecnicamente fuori dal controllo del fornitore. Si citano quali esempi i guasti alle apparecchiature elettroniche impiegate, a volte non individuabili con sufficiente tempestività.

Si sottolinea altresì che un servizio, magari di lieve entità economica, potrebbe essere correlato ad una serie di procedure aziendali (nell'ambito dell'impresa utente), dalla cui corretta esecuzione possano dipendere riflessi di notevole, anche se a volte non esattamente quantificabile, rilievo economico.

Queste osservazioni, tutt'altro che prive di fondamento, inducono ad una certa cautela nel giudicare la prassi con cui le imprese sono solite limitare o escludere la loro responsabilità nei confronti dell'utente.

D'altra parte, ragioni di equità non consentono neppure di addossare interamente a carico del cliente i rischi connessi alla complessità tecnica che presenta il servizio in questione.

L'utente ha infatti diritto ad un servizio rispondente alle sue richieste ed immune da vizi, e non si vede perché dovrebbe sentire interamente gli effetti dannosi di eventi che sfuggono total-

mente alla sua responsabilità di controllo.

Tuttavia, occorre tenere presente che se un alto numero di rischi viene addossato al fornitore, questi sarà costretto a riversare sullo stesso utente, mediante un aumento di prezzi, i costi aggiuntivi che dovrebbe sopportare a titolo di responsabilità.

Taluni rischi, dunque, è bene che restino a carico del cliente, in particolare quelli derivanti dalla incapacità dello stesso a formulare adeguatamente i propri bisogni; salva, a questo proposito la possibilità di ravvisare uno specifico dovere di consiglio da parte del fornitore, come applicazione di un più generale principio di diligenza professionale dell'imprenditore che predispone le clausole contrattuali.

Si sposti ora l'attenzione sul piano dell'ammissibilità delle suddette clausole alla luce del diritto positivo.

In tema di danni contrattuali, le clausole limitative od esclusive del risarcimento vengono regolate dall'art. 1229 cod. civ., secondo cui dette clausole sono nulle se si riferiscono alla responsabilità del debitore per dolo o colpa grave, o se riguardano casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di norme di ordine pubblico. Senonché, questo criterio generale della colpevolezza comporta necessariamente, in un settore in cui possono essere molto frequenti omissioni non direttamente imputabili all'imprenditore o ai suoi ausiliari e di difficile individuazione, la pratica impossibilità di individuare tutte le cause di responsabilità.

La norma generale di cui all'art. 1229 cod. civ. può poi essere coordinata con la disposizione contenuta nell'art. 2236, relativa alla responsabilità del prestatore d'opera.

Stabilisce infatti l'art. 2236 cod. civ. che, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni soltanto in caso di dolo o colpa grave.

In base a quanto detto finora, sembra quindi doversi affermare la legittimità delle clausole con cui le ditte fornitrici, salvo i casi di dolo o colpa grave, escludono ogni altra garanzia o responsabilità relativa al servizio prestato, per quanto riguarda i danni che l'utente possa

eventualmente aver sofferto in conseguenza di eventuali inadempimenti della società.

Resta tuttavia da stabilire esattamente quand'è che in concreto possano ravvisarsi i suddetti requisiti soggettivi di colpevolezza ed inoltre il modo della loro individuazione (problema quest'ultimo che, come abbiamo visto, può essere reso difficile dalla complessità tecnica del servizio in questione).

Altamente vessatorie possono essere invece le clausole con le quali viene preventivamente limitato l'ammontare del danno risarcibile. Quando infatti l'inadempimento sia imputabile a dolo o colpa grave da parte del fornitore, l'utente avrebbe diritto a vedere integralmente riparato il danno patrimoniale da lui sofferto.

In ogni caso, sarà qui opportuno ribadire che l'obiettivo da realizzare dovrà essere quello di un'equa distribuzione del rischio contrattuale che tenga conto non solo delle esigenze di tutela dell'utente (contraente più debole per definizione), ma anche della necessità di evitare che le imprese fornitrici dei servizi di gestione elettronica dei dati, trovandosi a dover far fronte ad una molteplicità di rischi, cerchino di neutralizzarne l'onere, rendendo proibitivo l'accesso alle loro prestazioni.