

GUIDO ALPA

RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE ED ELABORATORE ELETTRONICO

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. Problemi aperti: danno da *hardware* e danno da *software*. — 3. In particolare: il danno da *software*. — 4. Altre applicazioni delle regole di responsabilità civile. — 5. Aspetti di diritto assicurativo.

1. *Premessa.*

Il settore della responsabilità civile è segnato, ormai da quasi un ventennio, da una profonda e articolata evoluzione, che si esprime nelle due linee interpretative che la dottrina ha elaborato: la diversificazione e la qualificazione degli interessi protetti dalla clausola generale di « ingiustizia » del danno, di cui all'art. 2043 cod. civ., e la pluralità dei criteri di imputazione, che annovera, accanto alla colpa e al dolo, la proprietà, la custodia, l'esercizio di attività pericolosa, e quindi l'esposizione al pericolo, il rapporto di dipendenza. Questa evoluzione — di cui si è registrata una accurata analisi nel recente convegno organizzato a Siena da Marco Comporti — è considerata anche un segno dei tempi: in altri termini, alcuni autori, considerando la situazione attuale delle esperienze più attente ai bisogni dei cittadini e ai provvedimenti di intervento della mano pubblica, hanno eretto il complesso delle regole e dei principi della responsabilità civile a sistema tipico e proprio delle società miste. Ciò per indicare che attesa la sua elasticità e variegata struttura, la sua capacità di adattamento e la sua rispondenza alle esigenze del momento, il sistema della responsabilità civile può sostituire, o, quanto meno preparare, l'intervento del legislatore in quei settori tuttora sguarniti di normazione o in attesa di essa.

Se è così, le regole della responsabilità civile ben possono offrire all'interprete preziosi strumenti per assicurare una disciplina se non organica, almeno tempestiva, dei fenomeni nuovi creati dalla diffusione delle tecniche informatiche.

Tuttavia, l'attenzione dei cultori del diritto dell'informatica si è prevalentemente soffermato sui grandi temi di cui in queste giornate si tratta, e cioè la modellistica contrattuale, la protezione del *software*, la tutela della *privacy* e il controllo delle banche dei dati; rari sono i contributi che si occupano direttamente degli aspetti extracontrattuali dell'attività informatica (v. in particolare i saggi di Francesco Busnelli, Giovanna Visintini, Giulio Ponzanelli, Federico Roselli e Carlo Rossello, raccolti nel volume *Computers e responsabilità civile*, a cura di G. Alpa, Giuffrè, Milano, 1985).

Eppure, le occasioni di danno da *computer* o da *software*, anche se non identificate con chiarezza nei loro profili giuridici, sono ormai esperienza quotidiana, come le notizie di settori specializzati, ma anche le notizie diffuse dai quotidiani per i casi più eclatanti, documentano in modo inesorabile e non trascurabile. Là dove i sistemi di trasporto sono organizzati ricorrendo alla utilizzazione del *computer*, il sistema postale, e gli altri servizi predisposti per la collettività, i meccanismi di antifurto e anti-incendio, o anti-inondazioni, e la gran parte dei presidi di sicurezza, manutenzione, prevenzione dei rischi fanno largo ricorso alla elaborazione elettronica; là dove i servizi bancari (con il circuito Bancomat) e gli stessi servizi sanitari si affidano al *computer* per la realizzazione delle prestazioni, infine, là dove sono nelle telecomunicazioni, già sviluppate le tecniche della telematica, è evidente che ricorrono errori, negligenze, fortuiti, finanche interventi dolosi, che creano danni e quindi mettono in gioco le reazioni sanzionatorie e preventive dell'ordinamento giuridico, anche sotto le forme della responsabilità civile.

Se poi ai rapporti di fatto con i terzi si affiancano, nell'analisi del giurista, i rapporti contrattuali diretti o mediati dalle fasi della distribuzione e della diffusione di prodotti come l'*hardware* e il *software*, si allarga ancor più lo spettro dei casi, delle situazioni, e delle occasioni di intervento mediante le regole della responsabilità civile.

2. *I problemi aperti: danno da hardware e danno da software.*

Per sottoporre ad una analisi più approfondita questi fenomeni, occorre procedere da alcune distinzioni di base, che agevolano il percorso del giurista: infatti, il danno può essere arrecato tramite l'uso dell'elaboratore, ma volontariamente (come è avvenuto, ad esempio, nei casi più frequenti di *computer crimes*), oppure può derivare come fatto accidentale, connesso con negligenze ed errori, dalla vendita o dall'uso di *hardware* e *software*. Solo di questi ultimi tipi di danno intendendo qui occuparmi; con l'avvertenza che, attesa l'occasione di questo lavoro, il discorso risulterà estremamente semplificato e, per alcuni aspetti, solo accennato.

Il problema più semplice da risolvere, sul quale non è necessario spendere molte parole, riguarda la vendita di *hardware* difettoso. Il danno che ne deriva è contrattuale, se cagionato all'acquirente, è extracontrattuale se cagionato a terzi che sono in rapporto con l'acqui-

rente oppure non hanno con questo che un rapporto di fatto istituito dal fatto illecito.

Nel primo caso, intervengono le norme relative alla responsabilità contrattuale, e alle garanzie della vendita, che già sono state esaminate nelle trattazioni dedicate alla contrattualistica in materia di informatica (v. in particolare il volume *I contratti di utilizzazione del computer*, a cura di G. Alpa e con introduzione di G. Sbisà, Giuffrè, Milano, 1984).

Nel secondo caso, si possono applicare alla produzione di *computers* le medesime regole e i principi generali che la dottrina e la giurisprudenza hanno affinato in materia di responsabilità del produttore. È opportuno qui ricordare che non si conoscono, a tutt'oggi, sentenze relative alla produzione di *hardwares* difettosi, mentre la giurisprudenza in genere relativa alla produzione di beni difettosi è piuttosto rara. I criteri seguiti dalle sentenze variano, ora imputandosi al fabbricante una responsabilità per colpa presunta, ora imputandogli — nelle sue diverse forme — una responsabilità di tipo oggettivo; anche se non mancano sentenze che continuano ad applicare le regole fondate sulla colpa, agevolando quindi la posizione processuale del fabbricante ed indebolendo quella del consumatore-acquirente, esposto al rischio di un onere probatorio assai difficoltoso da assolvere.

È importante sottolineare, altresì, che recentemente (proprio nel luglio scorso) la CEE ha approvato una direttiva in materia di responsabilità del fabbricante, che impone agli Stati membri di introdurre una disciplina, qualora essa non sia già stata adottata, tale da attribuire al fabbricante una responsabilità oggettiva, anche per i danni derivanti da rischio dello sviluppo; il rigore della responsabilità è mitigato da termini più brevi di prescrizione dell'azione di risarcimento e da massimali per danni di enorme portata, dovuti a difetti di serie.

Si deve anche notare che, seppur considerato un prodotto alla stregua degli altri prodotti di consumo o industriali, l'*hardware* conserva alcune peculiarità che possono svolgere un ruolo di non poco rilievo nel giudizio di responsabilità: si tratta infatti di un prodotto che richiede una notevole perizia nell'uso (quando non si tratti di prodotti-giocattolo, come il *personal computer*, o come l'*home computer*); è un prodotto che richiede perizia nella installazione, nella manutenzione, nell'assistenza all'uso; vi può essere pertanto concorso di colpa dell'utente, sia nella creazione del danno, sia nello stesso svolgimento di operazioni accessorie (sostituzione di pezzi, riparazione, manipolazione, alterazione etc.); vi può esser concorso anche del *softwarista*, il quale non sempre è legato da rapporti di dipendenza o di collaborazione con il produttore di *hardware*.

Questi aspetti del giudizio di responsabilità sono emersi come particolare evidenza nell'esperienza nord-americana, ove come è noto, la *products liability* ha conosciuto una espansione senza precedenti e senza confronti: così dilagante, che molti autori ora tendono a ricondurre a modelli meno permissivi e solidali con gli interessi dei consu-

matori la giurisprudenza informata ai principi di responsabilità senza colpa (*strict liability*) del fabbricante.

Anche nelle analisi più recenti (v. ad es. SCOTT, *Commercial User-Vendor Litigation: The User's Point of View*, in 3 *Computer/Law J.* 287 ss. (1985)) si individua la *strict liability* come criterio di imputazione della responsabilità (accanto alla colpa, o *negligence*, e alla garanzia, o *warranty* e all'inadempimento contrattuale) in via ultimativa e residuale, e con molte cautele: Scott osserva infatti che per poter applicare le regole di responsabilità oggettiva, occorre che concorrano alcuni indefettibili presupposti: il prodotto doveva presentare un difetto al momento in cui fu venduto o dato in uso all'utente; doveva esser usato in modo normale, cioè in modo ragionevolmente prevedibile, quando occorre il danno; il difetto deve essere « causa prossima » del danno; il danno deve essere di natura fisica, perché, se di natura economica, non si applicano le regole della *strict liability* (*op. cit.*, p. 314).

Se l'*hardware* non è acquistato dall'utente danneggiato, ma solo utilizzato mediante rapporti contrattuali alternativi alla vendita (*leasing*, locazione, « concessione » etc.) si dovranno applicare, in via diretta, o in via analogica, le norme sulla locazione (art. 1580 ss. cod. civ.) o, ancora, le regole di cui all'art. 2043 cod. civ. In questo caso, se il danno è risentito da terzi, la responsabilità per custodia concorrerà con la responsabilità del proprietario dell'*hardware*.

Si è anche proposto (da parte di BUSNELLI, *op. cit.*, p. 7 ss.) di considerare l'attività che si affida alla elaborazione elettronica una attività pericolosa. Ora, se è vero che, specie nella giurisprudenza recente, l'art. 2050 cod. civ. ha ricevuto una applicazione assai estesa, sino a snaturare o a svuotare di contenuti la connotazione di « pericolosa » riferita all'attività, e comunque a considerare ormai desueta l'interpretazione restrittiva che faceva capo alla normativa sulla pubblica sicurezza, mi sembra difficile poter considerare come tale l'elaborazione elettronica: semmai, può esser pericolosa l'attività che (avvalendosi della elaborazione elettronica) ha comunque effetti di creazione di rischio, e li avrebbe nella stessa intensità e misura anche se fosse affidata ad azione meccanica o umana.

3. In particolare: il danno da software.

Assai più difficile è la soluzione dei problemi relativi alla individuazione di una responsabilità per danni derivanti da un *software* erroneo. Qui la difficoltà non è solo dovuta al fatto che la produzione del danno è di difficile ricostruzione fattuale (quasi invisibile, si direbbe), ma anche dipende da ragioni di sistematica concettuale, in quanto dottrina e giurisprudenza non hanno ancora definito in modo chiaro ed univoco la natura giuridica del *software*.

E da questa natura non si può — credo — prescindere, in quanto occorre stabilire una relazione tra la causa del danno (il *software*) e i soggetti che sul *software* hanno diritti, di creazione, di uso, e così via.

Ci troviamo, infatti, ad un bivio: la produzione di *software* è una attività professionale di natura intellettuale o di natura commerciale o industriale? E allora si può considerare il *software* come « prodotto » o come « prestazione »?

Le esperienze straniere sono ricche di indicazioni e di analisi, ma in questo settore, attesa la specificità delle singole discipline, è difficile operare una comparazione fruttuosa; certo non è possibile (posto che in qualche caso, per avventura, lo sia) adattare meccanicamente la nostra esperienza a quella di altri, importanti, ordinamenti.

Per coniugare il buon senso con le teorie e le configurazioni concettuali, e in adesione a quanto accade più frequentemente nella realtà, occorre fare alcune distinzioni, prima di pervenire ad una proposta di soluzione.

Certo, è da considerare con la massima attenzione l'orientamento della dottrina francese che propende per una concezione patrimonialistica della informazione, e quindi di tutti gli strumenti (anche immateriali) che servono a organizzare l'informazione (v. soprattutto CATALA, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Daloz*, 1984, chron., 97). In altri termini, si propone di considerare l'informazione in quanto tale come un *bene* giuridico suscettibile di appropriazione, e quindi suscettibile anche di valutazione economica, con chiari aspetti patrimoniali. L'informazione — sottolinea Catala — è un bene che ha un suo mercato, ed un prezzo; l'informazione è un bene in sé, certo immateriale, che « costituisce un prodotto autonomo ed anteriore rispetto ai servizi di cui potrà essere oggetto ». È chiaro che una concezione di questo tipo, utilissima nel diritto penale, si presta a molte critiche nel nostro ordinamento, ove la categoria ascarelliana dei beni immateriali ha, molti ritengono, fatto il suo tempo, e in cui l'oggettività delle cose incorporeali (secondo la elaborazione di Messinetti) richiede una particolare articolazione di fattispecie, figure, soggetti. Catala distingue poi l'informazione-idea dalla informazione-risultato; ed è evidente che in questa distinzione si sconta l'esigenza di unificare nel nome della informazione realtà tra loro diverse, anche se connesse, come quelle dei mezzi di comunicazione di massa e quella dell'informatica.

Nella realtà delle cose, il *software*, sia esso « di base o applicativo » si presenta, nell'operazione economica di cui è oggetto, in varie forme. Talvolta è considerato in modo unitario con l'*hardware*, quando è venduto o dato in *leasing* come *package*; pertanto, è difficile qui non considerarlo come un prodotto che fa parte dell'oggetto del contratto unitario. Anche qualche sentenza (v. la rassegna curata da Rossello in questa *Rivista*, 1985, 103) sembra allinearsi a questa concezione.

Allo stesso modo, si può considerare « prodotto » il *software* che è venduto in modo massivo dalle *software houses*, sia per l'uso di *personal* o di *home computers*, sia per la espletazione di operazioni semplici e meccanicamente ripetibili (come gli indirizzari, la contabilità, il *word processing*, etc.).

Più difficile è considerare « prodotto » il programma che è stato preparato per un particolare tipo di operazioni, e appunto per questo è considerato « personalizzato » (si discute, anzi, se la proprietà di questo programma, preparato mediante una intensa collaborazione con l'utente-destinatario, possa essere riservata al *softwarista* o non pertenga ad entrambi i soggetti, creatore e destinatario). Di volta in volta, le clausole contrattuali stabiliranno come debba essere imputata la titolarità della « proprietà » del programma.

In quest'ultimo caso, forse, è più opportuno considerare il *software* non come un prodotto ma come un servizio.

È allora evidente che se si tratta di prodotto, si possono applicare anche in questo caso le regole della responsabilità del produttore o del venditore; mentre se si tratta di servizio, di volta in volta si avrà un contratto d'opera o un contratto di appalto (di servizi).

In ogni caso, la responsabilità contrattuale potrebbe concorrere con la responsabilità extracontrattuale, e si potranno ancora applicare le regole della responsabilità civile.

Questa problematica è particolarmente viva nell'esperienza statunitense, ove, se si considera il *software* come un prodotto, si possono applicare le regole più rigorose della *products liability*; se invece si considera come *service* si applicano le regole della responsabilità professionale, più favorevoli al prestatore del servizio che non al suo destinatario (v. ancora SCOTT, *op. cit.*, pp. 298, 315).

4. *Altre applicazioni delle regole di responsabilità civile.*

Altre applicazioni di queste regole si riscontrano là dove si invoca la disciplina della *concorrenza sleale* per offrire protezione allo stesso creatore del *software*, il quale sia danneggiato da copie, modificazioni, traduzioni in linguaggi diversi della idea originaria. È questo un problema affrontato da quanti si sono proposti di definire la natura giuridica del *software*, e quindi segue il destino delle diverse tesi ora sostenute (v. in particolare il volume, a cura di G. ALPA e introdotto da V. AFFERNI, *La tutela giuridica del software*, Giuffrè, Milano, 1984; GIANNANTONIO, *Informatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1984; CARNEVALI, *Sulla tutela giuridica del software*, in *Quadr.*, 1984, 254 ss.; CIAMPI, nota in questa *Rivista*, 1985, 258; Pret. Milano 19 aprile 1983, e 16 maggio 1983, *ivi*, p. 735 ss.).

Così come una applicazione utile potrebbe esser data a chi sia leso della assunzione, elaborazione, circolazione di dati personali ottenute mediante elaboratori: il disegno di legge curato da Giuseppe Mirabelli si avvale, prevalentemente, di sanzioni di natura penale; ma è lasciata aperta la possibilità al cittadino leso di convenire in giudizio, facendo ricorso alle regole degli artt. 2043 ss. cod. civ. il detentore della banca dati che, con la sua attività, gli abbia recato danno (in questo senso v. anche il volume collettaneo *Banche dati, telematica e tutela della persona*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, Cedam, Padova, 1984).

5. *Aspetti di diritto assicurativo.*

La diffusione dello strumento assicurativo non poteva trascurare il settore dell'informatica: qui si riscontrano infatti, seppur allo stato di prima elaborazione, alcuni modelli di polizza assicurativa, destinati a coprire il rischio incontrato dai diversi soggetti che a vario titolo sono connessi con il danno da informatica: il produttore di *hardware*, il produttore di *software*, l'utente dell'uno e dell'altro. Vi sono quindi polizze che coprono il rischio di danni all'*hardware*, di danni al *software*, di danni alle informazioni oggetto della elaborazione; e ancora polizze che coprono il rischio di danni a terzi, invero, vere e proprie polizze di responsabilità civile verso terzi.

Le più diffuse, in realtà, sono le polizze del primo tipo. In un'ampia analisi di questi problemi, offerta da uno studio promosso dalle Assicurazioni Generali (Informatica e assicurazione, di cui è comparsa anche una sintesi ne *Il giornale delle assicurazioni*, 1983, p. 26 ss.) si discute del danno al *computer*, il cui rischio maggiore è dato dal danneggiamento del *software*, dei danni dolosi e del sabotaggio, delle perdite indirette, della polizza *all risks*, dei metodi di prevenzione per attenuare il pericolo e quindi ridurre il danno dell'assistenza tecnica e delle limitazioni del rischio.

La soc. Italia Assicurazioni ha predisposto, una polizza, denominata *computer*, che copre i rischi connessi con l'imperizia, la negligenza e l'errata manovra dell'*hardware*; il mancato o difettoso funzionamento di apparecchiature di comando, controllo, di condizionamento d'aria o di automatismi di regolazione e segnalazione; corto circuito, variazione di corrente e simili; incendi, fulmini, inondazioni (e si v. l'analisi comparata di altre polizze in questa *Rivista* 1986, 652).

È evidente che con l'espandersi dell'informatica e dell'uso di *hardware* e *software* si moltiplicheranno le occasioni di danno, i sinistri, e quindi si affineranno le tecniche assicurative.

Nuovi settori dell'attività umana, nuove regole da porre: è utile adattare le vecchie categorie o predisporre normative nuove e specifiche? È difficile, oggi, già prendere posizione, posto che la recente attenzione prestata dai giuristi a questi problemi non consente, per il momento, di considerare obsoleti e vecchi criteri (e quindi le stesse regole di responsabilità civile). È necessario però che, anche nella applicazione dei criteri tradizionali si faccia uso di quella che Natalino Irti chiama « critica liberatrice » (*Idola libertatis*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 3): perché, per riprendere parole dell'A., « la ricerca è insidiata da antiche illusioni e da malefici culturali: occorre riguadagnare la libertà, ed esaminare i dati con ciglio asciutto ».