

GIUSEPPE MIRABELLI

## I CONTRATTI D'INFORMATICA MODELLI, TIPICITÀ, COLLEGAMENTO

**SOMMARIO** 1. I contratti d'informatica fra codice e legislatore. — 2. I contratti di utilizzazione di *hardware*. — 3. Le limitazioni di responsabilità e la causa del contratto. — 4. I contratti di utilizzazione del *software*. — 5. L'acquisizione, elaborazione e diffusione di dati. — 6. Il contratto concluso mediante elaboratore.

### 1. I CONTRATTI D'INFORMATICA FRA CODICE E LEGISLATORE.

Il tema dei contratti d'informatica ha un contenuto vastissimo e suscettibile di un'accezione molto ampia; perché nella materia « contratti d'informatica » io ritengo che possiamo comprendere tutto ciò che si ha in materia contrattuale in cui l'informatica ha comunque rilevanza. Quindi non soltanto i contratti di utilizzazione degli strumenti dell'informatica, ma anche i contratti di acquisizione, elaborazione e diffusione di dati a mezzo di strumenti informatici, ed anche la formazione di contratti attraverso gli strumenti dell'informatica, quelli che cominciamo a chiamare contratti fra terminali, nonché ogni attività giuridicamente rilevante che possa essere compiuta adoperando l'elaboratore come mezzo di formulazione dell'atto o di trasmissione dell'atto; cioè tutta l'attività giuridica nella quale ha rilevanza lo strumento informatico, con i suoi effetti diretti e indiretti, ivi compresa la materia della tutela dei diritti della personalità, la cosiddetta tutela della *privacy*, ed infine anche la materia dell'illecito che viene compiuto a seguito dell'instaurazione di un rapporto su elaboratore, che s'inquadra tra gli effetti della contrattualistica informatica.

Ma quale che sia la materia da esaminare, il problema che si pone al giurista è uno solo: come disciplinare i rapporti giuridici inerenti a queste attività, dato per scontato che l'ordinamento vigente non li contempla, non li ha previsti, non li disciplina.

Questo quesito, unico e generale, pone problemi quanto meno di tre ordini: problema di politica legislativa, problema di politica giudiziaria, problema di metodo ermeneutico, ossia d'interpretazione della legge.

\* Relazione al convegno « I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio » organizzato da questa *Rivista*,

svoltosi a Pavia il 16 e 17 maggio 1986 ed i cui atti sono pubblicati dall'Editore A. Giuffrè.

Si potrebbe dire che il terzo problema assorbe tutti gli altri, perché riguarda un problema d'interpretazione qualunque quesito che si ponga per applicare una norma ad una realtà, e quindi il problema del metodo ermeneutico dovrebbe precedere gli altri ed assorbirli. Ma nel comune sentire non è così; perché quando nasce una situazione nuova, quando si pongono dei dubbi sull'applicazione delle norme, quando vi è incertezza sul regolamento dei rapporti giuridici, la prima risposta dell'opinione pubblica è: deve provvedere il legislatore. Questa, però, non è una risposta coerente, una risposta che possa dare un operatore né sociale, né giuridico, né economico.

Non tanto perché, come si usa dire, il legislatore è lento, e quello italiano è uno dei più lenti; ma soprattutto perché il legislatore può e deve intervenire solo quando si sia accertato che la situazione nuova presenta degli elementi che non si riescono ad inserire in alcun modo nell'ordinamento vigente, cioè quando la realtà abbia dimostrato che gli interessi, che emergono da una situazione nuova, non possono in alcun modo trovare soddisfacimento inquadrando questa situazione negli schemi noti. Soltanto allora, soltanto quando, cioè, vi è un contrasto profondo tra la soluzione del conflitto d'interessi, che verrebbe data applicando le norme esistenti, e la soluzione invece che la realtà sociale o economica richiede, solo allora si può e si deve chiedere al legislatore d'intervenire. Ma, fino a quel momento, l'intervento del legislatore può essere non soltanto difficile, ma anche pericoloso, perché può rischiare di fuorviare l'indirizzo che la realtà economica e sociale va prendendo.

E allora, appunto nella sequenza che ho indicato, si affida al giudice il compito di ricercare quali siano le soluzioni più adeguate ai conflitti che emergono. Il giudice indubbiamente non può rifiutarsi di risolvere i conflitti, deve trovare una norma. Ma qui emerge, già nelle mani del giudice, il problema ermeneutico, che è quello che poi si pone a qualunque operatore giuridico.

Che cosa deve esaminare il giudice? Quale è il metodo, il criterio d'applicare nell'interpretare l'ordinamento vigente e nell'applicarlo alle situazioni nuove? Si deve ritenere che l'ordinamento resti cristallizzato in relazione alle situazioni previgenti, sicché ogni situazione nuova non possa esservi inquadrata, quindi debba essere appunto richiesto al legislatore l'intervento, o invece è possibile riferirsi ai principi generali dell'ordinamento, riferirsi ai criteri di base che si pongono per la soluzione dei conflitti in generale, e si può cercare, fino ad evitare la rilevazione di una lacuna, d'inquadrare il fenomeno nuovo nelle linee dell'ordinamento vigente? Non si tratta tanto d'interpretazione evolutiva; si tratta proprio di ricerca della realtà del fenomeno, di quelli che ne sono gli elementi caratteristici e di ricerca delle linee direttive non tanto del regolamento dei singoli istituti, quanto del regolamento complessivo del sistema giuridico, per scorgere fino a che punto sia possibile inquadrare le situazioni nuove in quelle già previste.

Quindi, quando ci si presentano situazioni nuove, è necessario prima di tutto accertarne gli elementi di fatto, gli elementi costitutivi; in secondo luogo delineare, per ogni singolo problema, per ogni singolo conflitto d'interessi, quali sono le regole desumibili dall'ordinamento vigente; solo allora si potrà tentare un'applicazione della regola al fatto, solo allora, quando potrà venire in emersione se effettivamente si rende necessario l'intervento del legislatore.

Noi sappiamo che appunto su questo problema ermeneutico vi è discussione in dottrina; sappiamo anche che più recenti scrittori, appunto, tendono ad un'interpretazione dell'ordinamento vigente quanto più adeguata alle situazioni che emergono; probabilmente, andando avanti su questo piano, si potrà scoprire che in fondo anche in relazione a situazioni nuove, nuovissime come quelle di cui ci stiamo occupando, l'intervento del legislatore è forse meno indispensabile di quanto si ritenga.

Proprio la pendenza del progetto di legge sulla tutela della *privacy*, la lunga pendenza, e la constatazione che in effetti grossi problemi non sono sorti nella pratica e che i giudici si vanno adeguando ad una soluzione possibile e coerente dei conflitti d'interesse, forse dimostrano che l'intervento del legislatore non è affatto indispensabile se non in casi assolutamente marginali. Quindi il mio compito introduttivo è proprio questo: cercare di vedere in relazione a quelle tre categorie di situazioni, che ho delineato nel campo contrattuale, se e fino a che punto si presentino effettivamente delle situazioni d'interesse completamente nuove, non assimilabili ad altre, si presentino cioè interessi non soddisfatti, diciamo pure, con una parola tradizionale, si presentino delle lacune di ordinamento, ovvero invece se queste lacune sono o inesistenti o di strettissima capienza ditalché forse attraverso un'adeguata applicazione dei principi vigenti si possa andare molto avanti nella disciplina di questi fenomeni.

Andiamoli dunque ad affrontare nella loro materialità.

## 2. I CONTRATTI DI UTILIZZAZIONE DI HARDWARE.

Contratti di utilizzazione di *hardware*, contratti di utilizzazione di *software*. Il contratto di utilizzazione di *hardware*, che oggetto ha? Ha per oggetto quella che, comunque la si voglia guardare, è una macchina. L'*hardware* è una macchina con caratteristiche particolari, ma indubbiamente è un complesso di meccanismi che vengono regolati da particolari regole matematiche e meccaniche, che danno un risultato. All'*hardware* si applica, perché possa fornire quei risultati che da esso si attendono, il *software* di base. Ma che cosa è poi sostanzialmente il *software* di base di diverso dal modo d'impiego di un qualsiasi macchinario? Il *software* di base è quello che dà la possibilità di utilizzare la macchina in un certo modo. Come si utilizzano questi due oggetti? Si utilizzano attraverso contratti o di acquisto o di godimento. Ora si può dire che la particolarità di questo oggetto incida tanto sul contenuto dei contratti, da alterarne completamente

il paradigma causale d'acquisto o di godimento? Io non penso. Penso che si possa senz'altro affrontare il problema considerando questi contratti nell'ambito dei normali contratti di alienazione, dei normali contratti di godimento, traendo non regole dai singoli istituti, ma regole dai principi che disciplinano queste categorie.

In effetti, guardando alla prassi che emerge davanti ai giudici e guardando ai contributi di studio che vengono presentati, quali sono i grossi problemi che vengono in emersione? Prima di tutto la stipulazione attraverso modulari che contengono delle clausole particolarissime: direi che non è il caso qui di parlare di condizioni generali di contratto, perché in genere si tratta di contratti singolari che riguardano situazioni particolari; quindi piuttosto contratti singolari stipulati a mezzo di modulari. Ma il problema che si pone è sempre quello che nel nostro ordinamento è posto e risolto dagli artt. 1341 e 1342 cod. civ. e che in tutto il mondo si pone quando si prospetta la necessità della tutela del consumatore: occorre, in un modo o nell'altro, far sì che l'uso di modulari non incida in modo che il consumatore si trovi di fronte a situazioni che egli non è stato assolutamente in condizioni di prevedere, a condizioni che lo pongono in una situazione di assoggettamento. I principi sono quelli che conosciamo nel nostro ordinamento, il contratto su modulari predisposti è assoggettato a quella particolare forma che richiede l'accettazione specifica delle clausole che portino pregiudizio al contraente e nella problematica generale s'invoca, com'è noto, un intervento legislativo che riguardi non questa o quella categoria di consumatori, questa o quella categoria di rapporti o di oggetti di contratto, ma appunto il fenomeno generale della contrattazione di massa.

### 3. LE LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ E LA CAUSA DEL CONTRATTO.

Quali sono i problemi specifici che la prassi presenta in materia di contratti di acquisizione o di godimento di *hardware* e *software*? Certe clausole strane, clausole di esclusione di responsabilità, clausole d'esclusione della risolubilità del contratto, clausole che indubbiamente al giurista che le viene a leggere, nel momento purtroppo in cui è già scoppiato il conflitto d'interessi e non nel momento preliminare, sembrano fuorvianti nei confronti del contenuto economico-giuridico della contrattazione. Si prospetta che in relazione ad altri ordinamenti giuridici sono stati ricercati formule o istituti per ovviare alle incertezze ed alle ingiustizie che dall'applicazione di queste clausole possono emergere. Ma dobbiamo proprio noi, giuristi di diritto italiano e di diritto continentale, ritenere che la nozione di causa, la nozione di correttezza, la nozione di buona fede nella stipulazione e nell'esecuzione dei contratti siano insufficienti a risolvere i conflitti che così nascono? Se una clausola di particolare esclusione di responsabilità o risolubilità fa diventare di contenuto quasi aleatorio un contratto che deve avere contenuto certo, forse che il giudice si rifiuterà di dire che la causa del contratto è divenuta non meritevole

di tutela? Se si accerta che nell'ambito delle trattative è stato disapplicato il dovere di correttezza, in quanto non è stata data alcuna spiegazione di che cosa avrebbe potuto venir fuori da quella macchina, da quel *software* di base, si potrà dire che in effetti non vi è rimedio a questa situazione? E poi, perché non arrivare all'applicazione del dolo? In effetti, il presentare un macchinario come artefice possibile di risultati mirabolanti e poi prospettare l'assoluta esclusione di responsabilità di colui che questi risultati propone, non rasenta quasi — e vorrei che gli avvocati riuscissero ad inquadrarla qualche situazione del genere — un vero e proprio raggirò? Perché, a leggere effettivamente certi modulari, si arriva indubbiamente quasi all'assurdo; cioè: io ti do qualche cosa, ma non ti so dire che cosa ne cave-  
rai fuori.

Altra particolarità che viene presentata come peculiare è il cumularsi con prestazioni di dare, cioè con prestazioni di acquisizione o prestazioni di godimento, di prestazioni di fare; ossia il complicarsi, l'ampliarsi dell'oggetto della contrattazione, in quanto molte sono le prestazioni a cui una parte s'impegna e che l'altra parte intende ricevere. Ebbene, noi abbiamo vissuto una certa epoca della dottrina giuridica e ci siamo confrontati con le teorie del contratto misto e del contratto collegato, per poi accorgerci che forse si tratta di categorie dogmatiche inutili e che la realtà è molto più semplice. In effetti, ogni singola prestazione ha una caratteristica, ogni singola prestazione si riferisce a una certa realtà che l'ordinamento ha preso in considerazione, ogni singola prestazione va regolata in relazione ai principi, soprattutto all'attribuzione di preminenza all'uno o all'altro interesse, che l'ordinamento ha fissato in relazione a quei tipi di prestazione. La vecchia teoria del contratto misto come richiedente un elemento di prevalenza sugli altri, oramai può dirsi quasi abbandonata dalla giurisprudenza e dalla pratica; oramai, salvo che in casi eccezionali, non di prevalenza si deve parlare, quanto di scomposizione della contrattazione nelle singole prestazioni e di ricerca, per ognuna, delle regole d'applicare. Ed anche che il collegamento negoziale porti necessariamente a che le vicende dell'un contratto incidano sull'altro, oramai è ugualmente principio acquisito; sicché possiamo tranquillamente dire sia che costruiamo queste contrattazioni come un contratto unitario, avente prestazioni plurime, o che invece le costruiamo come molteplicità di contratti e di patti bilaterali, l'uno collegato con l'altro, ne deriva che l'esistenza dell'uno presuppone l'esistenza dell'altro e l'adempimento dell'uno incide sull'adempimento dell'altro. Anche in questo non mi sembra che la giurisprudenza italiana debba ricercare altrove dei criteri di soluzione dei conflitti o che ci troviamo di fronte a situazioni decisamente estranee al nostro ordinamento.

Rimangono forse delle situazioni anomale, e sono proprio quelle, più generali, della necessità di difesa, non tanto del contraente più debole, quanto del contraente meno preparato, e pongono non una questione di politica legislativa inerente a questo ramo, ma indubbia-

mente una questione di politica legislativa che concerne tutta la società industriale nel momento attuale. In effetti, il cattivo funzionamento di *hardware* che possa eventualmente produrre danni non soltanto diretti, ma anche indiretti all'impresa, richiama tanti altri conflitti d'interessi. A me è venuta alla mente, anche se può sembrare irriverente nei confronti dell'informatica, una causa nella quale si disputava intorno ad una meravigliosa macchina che doveva intubare dell'estratto di pomodoro, ma che rendeva l'estratto immangiabile dopo che era stato immesso nel tubetto attraverso questa macchina a riscaldamento. Ebbene, anche l'estratto che deve venir fuori dall'*hardware* deve essere adeguato come quello commestibile; altrimenti presenta quei vizi che qualsiasi altra specie di macchine può presentare.

Sicuramente si potranno proporre elementi di novità; può darsi che nei confronti di taluno di questi si renda necessario o un ulteriore approfondimento o forse anche l'invito al legislatore a provvedere. Ma occorre che la situazione venga adeguatamente esaminata ed accertata prima che ciò possa avvenire.

#### 4. I CONTRATTI DI UTILIZZAZIONE DEL SOFTWARE.

Secondo contratto d'utilizzazione del *computer* è il contratto d'utilizzazione del *software*. *Software* come tale, in quanto programmazione tendente ad un risultato, non *software* di base, che io vedo come inerente all'*hardware*. Il *software*, questo è indubbio, è un'opera dell'ingegno. È una questione di pura politica legislativa stabilire fino a che punto quest'opera dell'ingegno vada tutelata in sé, cioè se debba essere assicurata l'esclusività, o meno, dell'utilizzazione, fino a che punto, se debba essere brevettabile, o meno, se debba essere inquadrata esclusivamente nella tutela del diritto d'autore, o altro. Tutti gli ordinamenti si pongono questo problema, che non è problema contrattualistico, ma problema di fondo, è problema che incide sulla realtà industriale. Anche in America pare che si stiano facendo passi avanti; ma indubbiamente la valutazione è esclusivamente di politica legislativa, di politica produttiva; e il giurista, dopo avere enucleato e chiarito la situazione, non credo possa portare altro contributo che dire: esaminate, legislatori, se ritenete di dovere più o meno ampiamente tutelare questo diritto.

Noi invece, in materia di contratti d'informatica, dobbiamo occuparci dei contratti di utilizzazione del *software* e i contratti d'utilizzazione di un'opera dell'ingegno, e del *software* tra queste, possono essere, come ben sappiamo, i più vari. Se per contratto di *software* intendiamo la progettazione di un *software* che raggiunga determinati risultati in vista di specifica utilità e null'altro, a me sembra che possiamo tranquillamente parlare di prestazione di opera professionale; si tratta di dare un risultato di pura progettazione e null'altro; si applicheranno, salvo particolarità, le regole della prestazione di opera professionale.

Vi è invece l'utilizzazione di *software* preesistente, cioè già costruito e preparato, predisposto dal fornitore, che si presenta come fornitura di prestazione complessa, perché comprende accanto all'utilizzazione dell'opera, una opera dell'ingegno preesistente. Tale prestazione, vuoi che si consideri il *software* brevettabile, vuoi che lo si consideri come mero oggetto di diritto d'autore, indubbiamente si avvicina alla licenza di utilizzazione di opera dell'ingegno altrui.

Terza ipotesi è la fornitura di un *software* finalizzato ad un certo risultato e messo in opera da chi fornisce il *software* medesimo; cioè, l'andare dal cliente, accertare quali sono le sue necessità, predisporre un programma, metterlo in funzione, sperare che questo programma offra al cliente il risultato che egli desidera. Che cos'è questo? In via di principio è una prestazione di servizio, che può essere connessa, se si tratti di prestazione anche di beni materiali, con un apprestamento di opera. Siamo proprio sicuri che si sia fuori completamente del paradigma del contratto di appalto e che l'appalto di servizi o l'appalto di opera non possano fornire, nella loro regolamentazione giuridica, utili elementi per risolvere le varie situazioni? Rimaniamo sempre lì. Qual è la situazione che viene presentata con particolari accenti allarmistici? È quella delle clausole di esonero; è quella dei modulari, che ci vengono in buona parte d'Oltralpe, nei quali il fornitore tenta di assolversi da ogni cattivo funzionamento e soprattutto, ed è questo l'importante, tende a sottrarsi alla pretesa di risarcimento non del danno diretto derivante da inadempimento della sua prestazione, ma dei danni indiretti che sull'organizzazione imprenditoriale del cliente possano prodursi, in quanto quel *software* non ha funzionato, e quel risultato che era previsto non è stato raggiunto.

Quello che più spaventa il fornitore è l'ipotesi che, introdotta la programmazione nell'organizzazione dell'impresa e quindi accantonati tutti i mezzi manuali, tutti i mezzi preesistenti di organizzazione, non funzionando il nuovo sistema, l'impresa si venga a trovare disorganizzata, con il personale che non viene pagato, con i fornitori che non vengono né inquadri né soddisfatti e via di seguito. È questo, in effetti, il danno cui il fornitore di *software* cerca di sottrarsi. Probabilmente qui si presenta un'esigenza d'intervento legislativo, per tutelare unitamente a questo interesse, non irrilevante, del fornitore, quello dell'utente, non in quanto contraente più debole sotto l'aspetto economico, ma in quanto contraente privo di conoscenze nella particolare materia. Effettivamente l'imprenditore che richiede l'intervento del tecnico di *computers*, mentre nell'ambito delle macchine strumentali conosce la produzione che egli compie e quindi ciò che gli si deve fornire, qui probabilmente non conosce ciò che egli chiede gli venga fornito. Attraverso un'accurata ricerca intorno al contenuto delle clausole di esonero, l'ipotesi di una tutela legislativa sotto forma di dichiarazione di legittimità o illegittimità di certi particolari clausole potrebbe essere ritenuta opportuna.

## 5. L'ACQUISIZIONE, ELABORAZIONE E DIFFUSIONE DI DATI.

Seconda categoria: contratti acquisizione, elaborazione e diffusione di dati. Qui oggetto del rapporto non è il *computer*, non è l'elaboratore, è il dato. Oggetto della prestazione è un'attività che utilizza il mezzo informatico e nell'acquisizione e nell'elaborazione e nella diffusione. L'attività più caratteristica è appunto l'elaborazione dei dati, che può essere, nella prassi, oggetto di due rapporti diversi: l'affidamento dell'elaborazione di dati propri ad altri, i quali s'impegnano a restituirli elaborati in una specifica direzione, o l'uso diretto dell'elaboratore altrui per propria elaborazione di dati. Altra attività è la comunicazione dei dati che sono stati acquisiti in vario modo, sono stati elaborati attraverso il mezzo elettronico, e vengono forniti, eventualmente a distanza, con un mezzo appartenente allo stesso cui si richiede l'acquisizione di dati e la comunicazione di dati elaborati e trasmessi attraverso il mezzo elettronico. Poi vi sono, in questo campo, attività contrattuali e non contrattuali, che concernono il rapporto tra chi fornisce il dato e chi il dato recepisce e poi elabora ed eventualmente comunica. Spesso non è in forza di un rapporto contrattuale, ma di un rapporto di altra natura, che il soggetto fornisce il dato che lo concerne ed ha poi interesse a che questo dato venga utilizzato in un modo, anziché in un altro. Anche il fenomeno di acquisizione, elaborazione e diffusione di dati non è nuovo, perché tutti i contratti d'informazione hanno a che fare con dati. Quello che è nuovo è l'effetto dell'utilizzazione del mezzo elettronico, cioè la rapidità con cui viene compiuta sia l'acquisizione, sia l'elaborazione, sia la distribuzione.

Questo fenomeno, dell'inserzione dell'informatica nell'acquisizione, elaborazione e diffusione dei dati, ha avuto nel nostro periodo, diciamo così, un succedersi d'emersioni, che possono già dar luogo ad una piccola storia. Il primo impatto è stato quello dell'esigenza di proteggere il soggetto al quale il dato si riferisce. Ne sono nate le iniziative legislative in campo nazionale e internazionale per proteggere la cosiddetta *privacy*. Poi ci si è accorti che a proteggere troppo si rischia d'impedire la circolazione dei dati e che, accanto all'interesse del soggetto, vi è anche l'interesse di colui che desidera ricevere il dato, cioè si è ricercato come tutelare il dato, come acquisire e fornire il dato il più esatto che sia possibile, poi, è emerso, violento, il diritto all'informazione, il diritto di cronaca; si è contestata l'esigenza di tutelare la riservatezza in nome del diritto della società ad essere informata. Poi, ancora, si è rilevato come l'acquisizione e utilizzazione dei dati può dar luogo ad attività criminali, e quindi si è criminalizzata l'informatica in quanto poteva dare luogo alla commissione di reati. Soltanto alla fine ci si è accorti che occorreva anche tutelare il consumatore dei dati, cioè che esisteva un interesse del consumatore a ricevere dati adeguati ed esatti. In relazione a questa sequenza di fenomeni si è avuta anche un'elaborazione legislativa disordinata; alcuni legislatori sono stati rapidissimi, anche troppo rapidi, e hanno

rischiato di bloccare il fenomeno nel suo crescere; altri sono stati lenti, lo è stato il legislatore italiano; ma proprio questa crescita improvvisa di legislazione e la lentezza nella produzione di altra legislazione hanno prospettato, a mio avviso, la verità di quello che abbiamo detto poc' anzi in materia di contratti d'utilizzazione del *computer*.

Anche qui non è da escludere che le posizioni giuridiche non siano del tutto nuove, e che utilizzando i mezzi già offerti dall'ordinamento si possano risolvere i conflitti d'interessi. Oltre tutto, la realtà ha dimostrato che già la situazione è mutata; mentre le elaborazioni legislative avevano come oggetto una situazione di grosse banche di dati, oggi ci troviamo di fronte ad un fenomeno diverso, giacché l'acquisizione, elaborazione e diffusione può essere compiuta anche da ciascuno di noi, ognuno di noi può avere una banca di dati, ognuno di noi si può trovare a dovere tutelare certi propri interessi e non ledere certi interessi altrui. Quindi, questo ritardo nell'emanazione legislativa potrebbe anche essere stato utile, e comunque costringerà gli interpreti a ricercare in quali categorie queste posizioni possano essere sussunte ed a ricercare già in queste le possibili soluzioni. In effetti, basta ampliare di non molto il diritto alla riservatezza, che da tempo era stato riconosciuto dalla giurisprudenza, basta inquadrare i fenomeni criminali in figure già esistenti, basta tutelare il diritto di cronaca, da un lato, secondo i principi costituzionali, il diritto all'informazione adeguata, dall'altro, e forse le regole scaturiscono da sole. Se invece resteranno delle situazioni residue, indubbiamente allora, e con calma, occorrerà richiedere al legislatore d'intervenire.

Il progetto di legge presentato al Parlamento sarebbe stato utilissimo, se fosse stato adottato quando è stato formulato perché poneva tre principi di base: il principio che il soggetto che ha fornito il dato può controllare l'utilizzazione e quindi deve essere informato, ha il cosiddetto diritto di accesso; il principio che chi utilizza deve fornire la possibilità di controllo dell'utilizzazione e la possibilità di correzione continua, di adeguamento continuo del dato alla verità, e da ultimo il principio della sanzionabilità dei comportamenti illegittimi. A questo fine costruiva, e questa forse era la novità e non sappiamo se sia una novità esatta, una nuova posizione giuridica soggettiva, che sarebbe quella della tutela della *privacy* nei confronti dell'elaborazione informatica, cioè una tutela che ha ad oggetto un dato che in sé non è segreto, di cui quindi non può essere negata la diffusione, ma la cui diffusione compiuta attraverso i mezzi informatici può recare pregiudizio al soggetto, perché permette a chi riceve informazioni di ricostruire un profilo del soggetto medesimo; il che non è illegittimo, in quanto i dati sono forniti legittimamente e conosciuti legittimamente; ma è il collegamento di tutti questi dati, che può recare pregiudizio e prospetta un interesse meritevole di tutela. Qui forse l'unica riforma, quella che non avremo mai, e che invece si renderebbe particolarmente necessaria sarebbe la riforma dell'art. 2059 del cod. civ. In effetti nella società americana il problema è di minima incidenza, in quanto lì non vi è limite per la risarcibilità del danno alla

persona e quindi chi si permette di dare fastidio ad un altro con la diffusione ingiustificata di dati riceve gravi penalità di carattere pecuniario. In Italia con l'art. 2059 per il quale il risarcimento del danno morale può essere collegato soltanto al compimento di un atto che sia previsto come reato e via di seguito, in effetti ci togliamo — e non soltanto in questo campo, perché lo stesso viene rilevato nel campo dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile ed in relazione ad altre situazioni di pregiudizio alla persona — la possibilità di colpire i comportamenti dannosi con una sanzione che sarebbe la più adeguata, e veniamo costretti, come è proposto nel progetto, a costruire ipotesi delittuose nuove; cioè siamo indotti a penalizzare certi comportamenti per potere giungere non solo ad una risarcibilità adeguata, ma a tutelare il vero interesse, che non è quello al risarcimento, ma quello alla prevenzione, più che alla punizione del comportamento.

#### 6. IL CONTRATTO CONCLUSO MEDIANTE ELABORATORE.

Terza situazione che avevamo indicato all'inizio è l'ingresso dell'informatica nella formazione del contratto. Questo per noi teorici del diritto civile, è l'aspetto più entusiasmante, più interessante, più affascinante, perché attiene alla forma. Oggi il problema della forma è particolarmente sentito. I contributi in onore di Michele Giorgianni hanno come tema il formalismo giuridico; tutti noi ci stiamo affannando a cercare di ricostruire queste categorie; Irti ha gettato dei sassi nello stagno. Il problema è grosso ed incide proprio, forse, sulle concezioni nuove di forma che ci vengono prospettate.

Noi vecchi avevamo considerato la forma, sempre, come un elemento del contratto, e dell'atto giuridico, in generale, e la forma vincolata come una modalità di questa forma. Oggi ci si dice che invece l'atto giuridico è formato di estrinsecazione, causa ed oggetto; che l'estrinsecazione, essendo essenziale nell'atto perché non vi è atto se non vi è estrinsecazione, non può essere considerata forma; che forma è soltanto quella che vi si appiccica quando la legge richiede una forma vincolata. Ho un dubbio di base: nella forma vincolata va estrinsecato l'atto, cioè la forma vincolata non è una cosa successiva all'atto, ma è l'atto; quindi questa dicotomia tra mancanza di forma e presenza di forma mi lascia perplesso. Ma a dare, in un certo senso, maggior corpo a queste perplessità interviene proprio la forma informatica. Perché? Perché l'atto giuridico compiuto a mezzo di elaboratore viene in essere nel momento in cui vengono emessi e ricevuti gli impulsi elettronici; quello è il momento in cui l'atto si compie. Secondo questa nuova teoria, ciò sarebbe mera estrinsecazione, ma il problema dell'eventuale forma vincolata si pone proprio in questo momento. Se noi riteniamo che a mezzo di elaboratore non possano essere compiuti atti per i quali è richiesta una forma vincolata, in effetti richiediamo una forma esterna all'atto; cioè, se attribuiamo la qualifica di forma scritta (mi riferisco al ragionamento, che già altrove è stato compiuto

da Clarizia) a quella emergente dall'elaboratore attraverso il tabulato, in effetti diamo natura di atto formale, di atto a forma vincolata, a qualcosa che è successivo al compimento dell'atto; perché l'atto non è compiuto nel tabulato, non è compiuto nell'uscita dall'elaboratore, ma è compiuto nel momento preciso in cui nell'elaboratore s'incontrano gli impulsi elettronici di una parte e gli impulsi elettronici dell'altra.

Il problema della forma vincolata non può essere quello, che potremmo dire banale, dell'esigenza di uno scritto, della formazione di uno scritto successivo. Il problema è se possiamo o non possiamo attribuire alla forma elettronica la funzione di forma che offra le stesse particolarità e le stesse utilità della forma vincolata.

Qui viene in discussione un altro dei presupposti di questa nuova dottrina. Si dice che nel ricercare se sia necessaria o meno la forma vincolata occorre riguardare il precetto legislativo, non la funzione che alla forma viene assegnata: invece nei confronti della forma elettronica ci dobbiamo chiedere se sia o non sia adeguata ad essere considerata forma vincolata, ponendoci, così, il problema della funzione cui il vincolo formale deve adempiere; andiamo a chiedere, cioè, se il vincolo formale è richiesto per la certezza, per la coscienza, per la sicurezza, o invece è richiesto soltanto perché al legislatore è venuto in mente di doverlo richiedere, e quindi fuori della funzione specifica. Perché probabilmente, ed è questa problematica che sottopongo ai giovani studiosi, la forma elettronica può essere considerata in grado di dare gli elementi di certezza, gli elementi d'individuabilità e sicurezza, anche gli elementi di coscienza da parte del soggetto dell'atto che viene emesso, in quanto il soggetto si pone in condizione di emettere gli atti attraverso il mezzo elettronico soltanto se è perfettamente cosciente di quello che potrà derivarne a carico od a favore della sua sfera patrimoniale; può adempiere, così alle funzioni che tradizionalmente vengono assegnate dalla forma vincolata, pur non essendo la forma prevista dal legislatore. Del resto, già alcuni atti elettronici hanno avuto, se non in Italia, altrove, quasi il bagno nell'ambito del campo degli atti formali, perché in Austria la pubblicità notarile viene effettuata direttamente trasmettendo i dati dall'elaboratore del notaio ai registri immobiliari; e quei registri immobiliari, come ben sapete, hanno efficacia costitutiva e non dichiarativa. Il problema della forma elettronica, è, dunque, veramente, dal punto di vista dogmatico, un problema attuale; è un problema che incide su tutto il concetto di forma e che forse potrà indirizzare in un senso o nell'altro gli studi sul formalismo.