

GUIDO ALPA

IL DIRITTO DEI COMPUTERS

SOMMARIO 1. Verso una nuova branca del diritto? — 2. L'atteggiamento del giurista. — 3. Centri di interesse e ragioni dell'intervento legislativo. — 4. Le basi della *computer law*. — 5. Aspetti privatistici della *computer law*. — 6. I contratti di utilizzazione del *computer*. — 7. La protezione della *privacy*.

1. *Verso una nuova branca del diritto?*

Una letteratura ormai imponente descrive le tecniche e i modi di utilizzazione degli elaboratori elettronici, i loro diversi linguaggi, fino ai confini dell'intelligenza umana, i volti di una società in cui il *computer* assume una posizione centrale, talvolta dominante. Nel mondo del diritto il *computer* è entrato portando con sé i ritardi, le cautele, le perplessità e le diffidenze che da sempre circondano i fenomeni nuovi; se è vero che i *computers* della prima generazione risvegliavano nella coscienza umana lo stupore misterioso che si tributava agli dei delle epoche più antiche e meno smaliziate, oggi che le « generazioni » si susseguono a breve termine per effetto delle tecnologie sempre più raffinate, il giurista europeo sembra mantenere quel medesimo atteggiamento. Altrove è già subentrata l'attenzione sistematica e la ricostruzione sugli schemi della tradizione.

È infatti alla letteratura di *common law*, particolarmente a quella nord-americana, che si deve riconoscere — anche in questo settore — il primato di una interpretazione dei fatti che si allinea alle esigenze della prassi.

L'avvento della « macchina analitica », se si deve far ricorso alla terminologia di Bernstein, che ha pervaso pressoché tutti i settori produttivi, e anche quelli che compongono la vita quotidiana, è stato infatti studiato con diffuso interesse, anche se molte volte il discorso si è arrestato alla posizione del problema, senza pervenire alla risoluzione di tutte le questioni.

Un primato che si è puntualmente raggiunto nei diversi settori in cui si possono individuare i punti di contatto tra *computer* e diritto: dalla stessa utilizzazione dell'elaboratore nella ricerca giuridica (informatica giuridica), in cui il diritto è oggetto del servizio reso dal

computer, alle tecniche di redazione dei contratti che riguardano sistemi *edp* (*computer contracts*), alle forme di protezione della « idea » racchiusa nel programma inserito nell'elaboratore (tutela del *software*), alle esigenze di difesa della *privacy*, alla raccolta dei dati personali operate con il calcolatore (*personal data bank protection*). Il ruolo del giurista, qui talvolta circoscritto a quello del traduttore, consiste, come appare ovvio, nell'adattare le forme giuridiche esistenti alle nuove vicende, e, se necessario, crearne di specifiche, progettate (anzi, programmate) *ad hoc*.

Dopo la *consumer law*, l'*environmental law*, la *media law*, si anovera oggi nelle branche giuridiche anglo-americane la « *computer law* ». Quattro aspetti della società post-moderna che associano al termine « diritto » l'oggetto che si deve normare. Fra le nuove province, portato più evidente di un mondo giuridico in costante ricorso alla (più veloce) evoluzione tecnologica ed istituzionale, questo oggetto è di volta in volta il consumo di prodotti standard, l'ambiente e il mondo naturale, la comunicazione in tutte le sue forme, finalmente il *computer*. Dal punto di vista sociologico ben si potrebbe tracciare una linea di collegamento tra questi quattro settori, discuterne la connessione con le fasi del capitalismo maturo, soprattutto, individuare le cause dei singoli fenomeni, analizzare la omogeneità o la congruenza delle risposte giuridiche.

Ora la *computer law* si appresta ad aggredire anche il nostro ordinamento. Ai fini di queste note sia sufficiente descrivere le tecniche di reazione al fenomeno « *computer* », i centri di interesse che esso crea, e le possibili scelte che il legislatore, entro breve termine, sarà costretto ad operare.

L'utilità della formula « *computer law* », al di là del sapore innovativo quanto mai allettante in un mondo giuridico che si è — per atteggiamento mentale diffuso — portati a raffigurare con immagini neutre, ha un suo significato, in ciascuno dei quattro settori: allude infatti ad una ricognizione della gran parte dei problemi che riguardano, nella diversa prospettiva, l'oggetto normato, operata tuttavia con metodo unificante. L'interrelazione delle questioni diviene così strumento di analisi assai più penetrante di quanto non avrebbe se ciascun problema fosse trattato in modo monografico e quindi atomistico.

L'utilità, almeno per il momento, non si spinge oltre.

Per quanto, dal punto di vista dell'organizzazione degli studi, corrispondente ai settori specifici di disciplina, corsi di informatica giuridica si stiano con molte cautele avviando in alcune facoltà: segno che il giurista non solo non può più fare a meno dello strumento « *computer* », ma neppure ignorarlo nella sua preparazione di base. Che poi questo settore abbia dignità di autonomia culturale, che esso possa costituire branca di una o più materie specialistiche, che l'intervento legislativo in diversi momenti della sua evoluzione sia tale da individuare un corpo omogeneo e organico di norme, sono tutte questioni che non vengono, qui, in rilievo.

2. *L'atteggiamento del giurista.*

Certo, con la proposizione di quella formula, d'importazione, si vuol descrivere un atteggiamento costruttivo del giurista: il *computer* e i rapporti che si intrecciano intorno ad esso sono destinatari di norme, preesistenti ed adattate al fenomeno, o di nuova elaborazione, che ne fanno non uno spettro da esorcizzare (come si è fatto, e correttamente, per l'inquinamento e il diritto all'ambiente salubre) ma un prodotto da usare in modo economicamente efficiente e socialmente proficuo. Due obbiettivi che l'analisi unificata della materia non deve mai perdere di vista. Da un lato, la sfida del *computer*, raccolta in Italia con un ritardo che ha pregiudicato in modo irreversibile l'evoluzione tecnologica e quindi penalizzato i nostri mercati dipendenti in larga parte da quelli esteri — come ha sottolineato Luciano Gallino — non può esser intesa dal giurista come l'ennesima minaccia al mondo della civiltà preziosa e fiabesca della carta stampata: il « terzo linguaggio », così lo si è definito, richiede nuove tecniche d'indagine, pronte risposte il più possibile univoche e precise, certamente il minor intralcio nell'attività economica. Chi scegliesse un atteggiamento censorio verso il *computer* condannerrebbe l'organizzazione aziendale e l'efficienza economica ad un ritardo ormai commisurabile in secoli. Dall'altro lato, ci si rende conto che anche questo nuovo fenomeno, la diffusione del *computer* negli ambienti scientifici, in quelli di lavoro, nelle abitazioni private così come negli uffici pubblici, ha un costo sociale. Anzi, è questo l'aspetto che i giuristi, come già si è rilevato, hanno maggiormente indagato.

Se si dovesse operare una pur breve rassegna degli atteggiamenti avvertiti dai giuristi, anche negli anni recenti, si potrebbero isolare due tipi di reazioni: la *diffidenza*, tipica di ogni mondo chiuso, qual è il nostro, verso ogni tipo di innovazione, specie se tecnologica e quindi per noi poco comprensibile; la *difesa*, tipica anch'essa dello stesso mondo che si raccoglie in sé per espellere l'elemento perturbatore e per neutralizzarne le forze eversive.

Ma le ragioni di queste reazioni non possono essere così superficialmente identificate: a questa sorta di interpretazione antropologica occorre sostituirne un'altra, che muove dai fatti, e quindi ai fatti è correlata, piuttosto che non agli psichismi. E i fatti parlano chiaro: nei prossimi anni (si è appreso alla mostra « Exposer », Firenze, primavera 1984) il mercato italiano del *computer* crescerà ad un tasso del venti per cento raddoppiando la media mondiale; il settore dell'informatica assorbirà mediamente ventimila addetti l'anno; il fatturato delle aziende operanti in questo settore si spingerà in alto, migliorando le posizioni attuali, corrispondenti al 5% del mercato mondiale e al 13% del mercato europeo. Il « parco informatico » conta ormai più di 140.000 sistemi in funzione, più della metà creati col *personal computer*.

Di fronte ad un fenomeno così imponente, il legislatore è rimasto inerte: sì che diffidenza e difesa non potevano che connotare l'atteg-

giamento dei giuristi preoccupati delle modificazioni sociali che esso avrebbe indotto. Oggi, però, recuperata in parte la funzione unificante della *computer law*, il giurista si può porre di fronte a questo fenomeno con atteggiamento costruttivo: agevolarne la crescita, contenendone quanto più possibile il costo sociale.

3. *Centri di interesse e ragioni dell'intervento legislativo.*

Il modo unificante di trattare la materia da disciplinare non deve però indurre ad una pericolosa semplificazione: e così a ritenere che gli interessi in gioco siano tra loro omogenei e quindi che — ridotto al minimo — l'intervento debba poi introdurre modifiche, magari marginali, dei rapporti già esistenti.

Al contrario, se è vero che — come giustifica l'analisi economica del diritto propugnata da Richard Posner — le norme debbono adeguarsi al mercato, piuttosto che non questo a quelle, e che debbono, se mai, liberarlo dai « lacci e laccioli » che si sono venuti stratificando negli anni, È anche vero che non è possibile rassegnarsi all'idea che il mercato possa « fare da sé », in una sorta di *bricolage* normativo, quasi che solo i portatori d'interesse potessero sapere quali sono le regole con cui disciplinare quegli stessi interessi. Il ricorso a mediazioni è necessario, quanto meno nelle ipotesi più gravi e per circoscrivere i fenomeni socialmente più nocivi.

Il « *computer* » è una macchina neutra; ormai su questo tutti concordano; anzi, nelle diverse definizioni che lo trattano con sufficienza (l'utile idiota; il cretino veloce) può suscitare atteggiamenti simpatetici e divenire, anzi già lo è, il nuovo *status symbol* dell'inquieta e fagocitante società moderna. Ma determinati usi del *computer*, o determinati rapporti in ordine ad esso, non possono essere affidati interamente alla libertà del mercato, e quindi alla « libertà delle parti ».

L'individuazione di questi aspetti può essere agevolata se si considerano tra gli altri alcuni degli interessi, per così dire, qualificati che ruotano intorno al *computer*. « *Computer* », si intende, assunto sia come macchina, sia come tecnica d'uso della macchina, e quindi « programma ».

Si consideri la questione del lato dell'offerta. Già la distinzione qui sopra evidenziata indica che vi sono due grandi centri di interesse, diversamente distribuiti sul mercato. I fabbricanti di *hardware* con la lotta per i nuovi traguardi tecnologici, la « sfida giapponese », l'acquisizione di nuove aree di penetrazione. Se si dovesse assumere come parametro la vendita del *personal computer* in Italia potremmo avvederci del fatto che a tutt'oggi l'80% del mercato è detenuto da undici case produttrici di *hardware*, di cui le prime tre (Olivetti, Apple, Commodore) ne detengono più del 50%. Un mercato certamente oligopolistico che estrinseca il suo potere contrattuale nel circuito distributivo: un mercato corretto, nei rapporti con gli utenti, solo dalle ragioni della concorrenza. Ma una certa uniformità delle condizioni di vendita è indice di accordi interni tra i produttori. La lettura di

questi dati sarebbe connotata da tinte ancor più accese se si tenesse a mente la situazione mondiale (ove l'IBM detiene, da sola, il 34% del mercato).

Di fronte a questo, il mercato del *software* polverizzato tra migliaia di « case » che si costituiscono e poi si sciolgono, vere efemeridi che scompaiono senza lasciar traccia, dal momento che, in oggi (almeno in Italia), programmare è facile, la domanda è altissima, la velocità di consumo dei programmi e la loro obsolescenza incredibili.

È agevole individuare allora gli interessi che gravitano intorno ai due poli: essi sono omogenei, sul fronte dell'offerta, di contro al fronte della domanda; omogenei quando *hardware* e *software* sono prodotti del medesimo operatore economico, contrapposti quando sono invece oggetto di attività separate. Se vi sono programmi adattabili solo a determinati *hardwares*, vi sono *hardwares* che possono ospitare migliaia di programmi. E la programmazione è una scienza aperta, senza confini.

Quindi: esigenze di facile penetrazione sul mercato, con contratti più favorevoli al fronte dell'offerta, con libertà di acquisizione di dati, con protezione massima della invenzione, con minime responsabilità e garanzie; esigenze di evitare controlli e limitazioni, con la proposizione — al massimo — di norme di autodisciplina.

Ancora, sul lato dell'offerta vi è un nucleo di interessi che si contrappongono a quelli testé indicati: nel mercato dell'*hardware* l'aumento dei posti di lavoro richiede una maggiore mobilità, una conversione o riqualificazione del personale, per tener testa alla velocità di evoluzione del mercato. Sul lato della domanda, si registra per contro la caduta dell'occupazione nelle procedure tradizionali di produzione, con tutti i problemi, ormai fin troppo noti, che ne derivano.

Sul fronte della domanda ancora si possono distinguere interessi che fanno capo alle imprese utilizzatrici di *hardware*, di *software*, o di *computers services*, etc.; interessi che fanno capo ai singoli individui o alle loro famiglie (*personal computer*, *home computer*); interessi che fanno capo al singolo in quanto tale che vuole difendere al sua *privacy*.

Quindi: limitazioni alla assunzione di informazioni, limitazioni alla libertà contrattuale in ordine ai contratti di utenza o di acquisto, libera fruizione (e riproduzione) dei programmi.

Vi sono poi altri interessi che potrebbero qualificarsi « pubblici »: l'interesse della P.A. alla automatizzazione dei servizi (con minor impiego di personale, minori costi, maggiore efficienza); l'interesse della P.A. ad utilizzare il *computer* per conoscere le proprie disponibilità finanziarie, e sfruttare adeguatamente il proprio complesso di beni (di cui il « rapporto » predisposto da Massimo Severo Giannini lamentava l'assolutamente inefficiente sfruttamento); interesse della P.A. a conoscere quanto più è possibile i cittadini (per motivi statistici e sanitari, per la lotta alla criminalità, alle malattie derivanti dal lavoro, e così via).

Vi è poi l'interesse della collettività ad un miglioramento della qualità della vita intesa nella dimensione singola e in quella sociale.

Ora, è proprio al componimento di questi interessi che il legislatore deve tendere e il giurista predisporne gli strumenti.

Pur presentando una sua specificità, la computer law presenta forti analogie, come si vede, con gli altri tre settori di cui si faceva menzione in apertura del discorso. E non è quindi un caso che l'atteggiamento del giurista (ma è ancora opportuno spersonalizzarlo fino a tal punto?) si sia manifestato secondo moduli comportamentali univoci: ricerca delle norme vigenti applicabili *in extenso*; proposta di nuove discipline contemperanti i diversi interessi.

4. Le basi della « computer law ».

Si è detto che la « *media law* » è diritto d'impresa: anche la *computer law* lo è. E quindi ha come fondamento unificante, al di là delle diverse problematiche di cui tratta, la normativa costituzionale dell'art. 2 (solidarietà economica e sociale), dell'art. 3, comma 2 (principio d'eguaglianza sostanziale), della normativa sul lavoro (art. 35 ss.) e soprattutto il principio della libertà economica limitata dall'utilità sociale (art. 41 commi 1, 2, 3).

Gli interessi contrapposti traggono anch'essi origine o dall'art. 2 (*privacy* e tutela della personalità umana) o dallo stesso art. 41 (contrattazione, tutela del contraente debole, libertà di concorrenza e protezione del *software*). Ma poi questa disciplina si sfrangia in una molteplicità di settori, dalla criminalità per l'uso del *computer* alla amministrazione dei beni e servizi pubblici; dalla introduzione del *computer* nella scuola primaria e secondaria, alla raccolta di informazioni per la sicurezza pubblica e per gli altri scopi consentiti.

Identificare la *computer law* con la protezione della *privacy* e dei dati personali sarebbe un errore gravemente riduttivo dell'ampiezza del fenomeno e della sua rilevanza economica.

Unificare in modo indifferenziato tutte le diverse problematiche in gioco significherebbe, d'altra parte, ignorare i reali conflitti che l'uso del *computer* introduce nella società. Credere che sia possibile — in via interpretativa — risolvere tutte le nuove questioni significherebbe sacrificare sull'altare di un ordinamento senza lacune gli interessi vitali della società post-moderna.

La *computer law* attende di essere costruita, e il giurista, attento ai dati istituzionali e a quelli economici, ben sa che ogni attimo di ritardo potrebbe rendere vano un intervento troppo dilazionato nel tempo.

5. Aspetti privatistici della computer law.

Tra gli aspetti privatistici che vengono in considerazione occorre segnalarne almeno quattro: a) la disciplina negoziale dei rapporti tra società di *hardware* e società di *software*, e tra queste e gli utenti; b)

la tutela del *software* in quanto tale; c) la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del fabbricante di *hardware* e di *software*; d) la protezione della *privacy* nella raccolta automatizzata di informazioni. Sulle questioni b) e c) i contributi dottrinali sono assai rari, e non è, per il momento, possibile identificare punti fermi della elaborazione teorica. Sugli altri aspetti occorre spendere qualche parola in più.

6. *I contratti di utilizzazione del computer.*

Se si vuole semplificare in termini elementari il discorso sull'analisi delle tecniche contrattuali di utilizzazione del *computer*, si rinvencono le situazioni tipiche di ogni ipotesi in cui un soggetto crea un prodotto e lo distribuisce sul mercato: con l'avvertenza che in questo caso il prodotto è duplice, perché consiste nella « macchina » (il calcolatore elettronico in senso stretto, cosiddetto *hardware*) e nell'« idea » (in programma da inserire nella macchina per ottenere prestazioni cosiddetto *software*).

Nascono così rapporti che evolvono con il procedere delle tecnologie e quindi con una semplificazione sempre più spinta delle tecniche di costruzione, con la proliferazione dei modelli, con la diffusione capillare del prodotto, con l'accesso sempre più esteso del pubblico alla nuova macchina. Formule, oggetti negoziali, distribuzione dei rischi variano da esperienza ad esperienza, e da fase a fase: qui, in via di ricognizione, conviene considerare il fenomeno contrattuale in modo sincronico, prospettandone gli aspetti più ricorrenti.

I criteri che la dottrina segue per definire, qualificare e quindi distinguere per tipi e aspetti i rapporti negoziali che hanno ad oggetto il *computer* sono tendenzialmente due: quello obiettivo, che attiene alla natura dell'attività considerata, al *quid* che si chiede al calcolatore; e quello soggettivo, che attiene invece alla natura dei rapporti tra i soggetti del mercato. Si tratta di due modi, tra i tanti, di analizzare il fenomeno: non è che il primo sia più completo o corretto del secondo; cambia solo l'angolo visuale, il punto di osservazione, e, ad una considerazione complessiva, le due tecniche incrociate esplorano tutte (o quasi) le possibilità di utilizzazione contrattuale del *computer*.

Il criterio soggettivo indica anche l'itinerario della evoluzione delle tecniche di fabbricazione, diffusione e uso del *computer*: da una fase in cui esso, per i suoi altissimi costi e per le difficoltà di utilizzazione, appare come un prodotto riservato esclusivamente a pochi costruttori-inventori, bene oggetto di monopolio o di ristretto oligopolio e quindi le parti sono tendenzialmente circoscritte ai due poli della catena, il produttore da un lato, l'utente dall'altro, si passa ad una fase in cui la diffusione capillare richiede la progettazione di una complessa catena distributiva, di servizi accessori, di una più agevole circolazione degli stessi « programmi » per la realizzazione dei servizi.

Combinando i due criteri, si possono identificare diversi tipi negoziali considerati nella prospettiva dell'utente del *computer*. Francis Awalt ne indica sette fondamentali: a) la locazione dell'intero sistema

(che si potrebbe definire locazione mobiliare o, se si vuole, « noleggio »); *b*) l'acquisto (vera e propria compravendita); *c*) l'acquisto parziale, commisto con la locazione con uno; *d*) o più produttori; *e*) l'acquisto da una impresa e l'utilizzazione ad opera di altra impresa che fornisce i servizi; *f*) l'acquisto di parte del sistema e la realizzazione del programma da parte di impresa diversa da quella produttrice; *g*) l'acquisto di « servizi computerizzati » da parte di una impresa specializzata.

I contratti *sub a*)-*e*) riguardano l'*hardware*, o il *computer* stesso e il suo apparato meccanico, ma gli autori sottolineano che difficilmente oggetto del contratto può essere la « macchina » in quanto tale, anche se una pronuncia nord-americana ha ritenuto che la vendita del *computer* non implica anche che la macchina fornisca determinati servizi. Inizialmente, la prassi negoziale prevedeva contratti di vendita inclusivi di servizi accessori (assistenza per il programma, *training* del personale dell'utente addetto all'impiego della macchina, prove di installazione, rimedi per il suo cattivo funzionamento e così via). Ma un contenzioso cospicuo che indotto i costruttori a preparare contratti separati per ogni operazione e a specificare se il *computer* è « pronto per l'uso », cioè se può fornire i servizi richiesti dal cliente.

La scelta del tipo o delle combinazioni tra i tipi dipende da una entità amplissima di variabili, relative alle dimensioni dell'impresa utente, all'entità dei fondi stanziati per i servizi computerizzati, alla facilità di compilazione del programma, e così via.

Avverte Awalt che tipo *sub a*) è quello originario; il tipo nel quale la controprestazione, cioè la somma da corrispondere quale canone, è calcolata tenendo presenti le ore di servizio prestate dal personale dipendente per la elaborazione dei programmi e per il funzionamento della « macchina ». Insieme con il contratto principale le parti concludono contratti accessori, quali, ad esempio, quelli relativi alla manutenzione del *computer*, oppure ne includono le clausole nei contratti principali. Nello stesso tempo, poiché i programmi forniti dai produttori di *hardware* debbono essere adattati alle particolari esigenze che l'attività d'impresa dell'utente presenta, alla figura del fabbricante si affianca quella del programmatore, che modifica il programma fornito dal primo o ne inventa di nuovi (è il cosiddetto *turn-key service*).

I contratti di servizi (*computer service; service bureaus*) preparano i conteggi, le statistiche, i servizi matematici, e così via, relativi alle attività dell'impresa utente.

Possono includere ricerche apposite ed hanno quindi vario contenuto. Si può, ad esempio, acquistare semplicemente il « tempo » del calcolatore. Trattandosi di servizi ripetitivi, che possono riguardare più imprese del medesimo settore, il fornitore calcola il tempo richiesto per il servizio, generalmente tenendo come punto di riferimento il canone praticato dal produttore o dall'intermediario per la locazione del *computer* e aggiungendovi il costo del lavoro (*purchase of time*).

Ma vi può essere anche spazio per contratti che gli utenti concludono tra loro acquistando in comunione il *computer*: una sorta di proprietà interinale o di multiproprietà, già diffusa nel mercato turistico-alberghiero e in quello navale (*time-sharing*). In questo caso, si osserva, la multiproprietà diventa una sorta di « centro operativo dei dati » in cui l'utente condivide il *computer* con altri. E vi sono contratti che prevedono un servizio di informazioni (ora resi più accessibili dal cosiddetto videotel).

I contratti di compravendita del *computer* non divergono dagli usuali contratti di compravendita di macchine; prevedono servizi accessori, il pagamento per l'installazione, e così via.

Eventualmente possono sorgere problemi relativi alle garanzie e ai danni prodotti dal *computer*: aspetto, questo, di cui si discuterà più oltre.

I contratti di locazione di solito hanno durata annuale, e prevedono un preavviso di 3 mesi per il recesso. Si possono convertire il *leasing* o in compravendita.

Frequente è appunto il contratto di *leasing* (*third-party leasing*), che è configurato come finanziario o come operativo. Il punto più rilevante è costituito dal rischio di obsolescenza della macchina, che con apposite clausole è ripartito tra le parti.

La circolazione dell'*hardware* comporta anche aspetti connessi con la sua manutenzione (cosiddetti *maintenance contracts*), che prevede la riparazione o la sostituzione dei pezzi, il controllo periodico, il pronto intervento. Tali contratti possono anche prevedere il rinnovamento della macchina, le modificazioni rese opportune dal progredire della tecnica, ecc.

Vi sono poi i contratti relativi al « programma ». Qui oggetto negoziale è il *software* (di cui di solito si fornisce una definizione stipulativa per evitare controversie ed equivoci interpretativi).

Vari sono i modi di fornire il programma all'utente: può trattarsi di un servizio completo (*packaged programs*) che è stato elaborato per soddisfare specificamente le richieste della singola impresa. Se il programma è concepito e organizzato esclusivamente dal fornitore, questi si cautele contro l'uso che il cliente può farne al di fuori della propria attività d'impresa. Altre volte il programma specifico è derivato da parte di altri programmi (*programming service*).

Il programma richiede una dettagliata previsione delle tecniche di protezione dell'idea e delle sanzioni per la diffusione delle informazioni. Può anche essere completo con programmi ulteriori di aggiornamento.

Talvolta la predisposizione del *software* da parte del produttore dell'*hardware* è considerata fatto così naturale da esser qualificato come « prerequisite » (o presupposto) del contratto. Altre volte l'utente può richiedere il programma ad un'impresa specializzata (*software house*) che glielo fornirà in modo che esso sia « opaco » oppure leggibile, a seconda che intenda o meno conservare la proprietà del programma.

La definizione del programma — suggeriscono gli autori — deve essere compiuta nel modo più dettagliato, al fine di evitare le controversie che dovessero insorgere per difficoltà interpretative, e per prevenire rischi o veri e propri « colpi di mano ». La minuziosa descrizione, avverte Tapper, « protegge l'utente perché egli può avere a disposizione *test* relativi all'adempimento, provare l'inadempimento in modo agevole » e quindi predisporre i meccanismi per il risarcimento del danno. La mancata esecuzione delle prestazioni, infatti, può apparire, in questi casi, assai più grave che per altri tipi di operazioni e attività, cui il creditore può ricorrere normalmente, sostituendole a quelle del debitore inadempiente. La particolarità del programma, la difficoltà della sua conversione, il tempo necessario per ottenere il servizio, la forzata inattività di parte o di tutta l'azienda, creano una situazione di grave disagio cui le parti nel contratto devono prestare attenzione. Il caso *Rossi*, deciso in Illinois, è un triste monito per gli utenti inesperti.

Questi diversi tipi di contratto, o sottotipi della medesima figura negoziale presentano dati unificati, o comuni, che compaiono nelle clausole contrattuali più frequentemente adottate e nelle guide negoziali suggerite agli utenti.

Operare una classificazione in astratto, allora, diviene inutile: sembra sufficiente sottolineare che, dei diversi modelli utilizzati, compravendita, locazione, *leasing*, comproprietà o multiproprietà, l'unico di incerta natura potrebbe apparire il *computer services contract*, ma esso è stato correttamente assegnato da Giovanni Criscuoli al tipo dell'appalto di servizi; al regime legale dell'appalto, là dove non provvedano le clausole conviene invece dedicare maggior attenzione.

Dei diversi modelli che si possono considerare, due si segnalano per frequenza d'uso e per semplicità di redazione: uno è riferito alla utilizzazione dell'*hardware*; l'altro, alla utilizzazione del *software*.

a) Per il primo, le « guide » consigliano il fabbricante (dopo aver attentamente valutata la situazione) di controllare l'accuratezza dello *standard* di prestazione richiesto, il tipo di prestazione con le dimensioni di tempo e le possibili evenienze che si potrebbero opporre all'adempimento, il volume di lavoro che è necessario per ottenere ogni risultato richiesto, la disponibilità del personale necessario alla realizzazione della prestazione.

Si ha poi riguardo ai soggetti coinvolti dall'operazione e alle specificazioni dettagliate dell'operazione (es. per l'*hardware*, la quantità di « documenti » prodotti per ora; gli accessori forniti; le operazioni manuali necessarie; per il *software*, la precisazione dei soggetti che realizzano o concorrono a realizzare il programma; i diritti di proprietà sul programma; le limitazioni all'uso e i diritti ad avere copie per un uso interno o esterno; gli aggiornamenti, le correzioni, gli errori; i documenti forniti).

Si deve anche considerare il locale ove il *computer* sarà collocato (misure di sicurezza, di accesso, ecc.); il *training* del personale; il tempo del funzionamento; le modalità di pagamento.

Particolare attenzione è posta alla durata del contratto: il produttore deve dare garanzie relative alla utilizzazione dell'*hardware*, alle possibilità di errori e di riparazione, alle tecniche di sostituzione dei pezzi e ai costi di manutenzione. E si prevedono clausole arbitrali.

b) Per il secondo, che riguarda poi il cosiddetto *computer services contract*, le clausole regolano i servizi da prestare, la durata e le modalità di pagamento, le eventuali variazioni dei compensi, il piano temporale del lavoro, i diritti di « privativa industriale », la custodia dei dati, il diritto del fornitore di accedere ai locali dell'utente per eventuali controlli, le evenienze che rendono impossibile la prestazione e le eventuali limitazioni di responsabilità.

Su quest'ultimo aspetto molto insistono i commentatori, preoccupandosi di suggerire la forma scritta e la redazione dettagliata delle clausole al fine di evitare l'integrazione del contratto secondo la legge (*implication by law*).

Sia per il controllo delle clausole di esclusione e di limitazione della garanzia, sia per le clausole di esclusione o limitazione della responsabilità si applicano i principi generali del contratto (per il *common law* nord-americano, le regole dell'U.C.C. e il principio di *unconscionability*; per quello inglese il *Supply of Goods (Implied Terms Act)* e l'*Unfair Contract Terms Act*).

Anche per il danno contrattuale si seguono i principi consegnati dalla tradizione.

È evidente che, tra le parti, quella che ha maggior potere contrattuale (il fabbricante dell'*hardware*), tenderà ad imporre clausole a sé favorevoli. I commentatori sottolineano che questa ripartizione del rischio più sfavorevole all'utente è evidente nei contratti di vendita. Resta aperto allora il problema dell'applicabilità dei criteri di controllo dei contratti per adesione anche all'ipotesi in cui i contraenti rivestano entrambi lo *status* di imprenditore, ma solo uno di essi possa definirsi « operatore professionale » nel settore considerato.

Anche se le esperienze di *common law* appaiono distanti — nella materia dei contratti — dalla tradizione europea continentale, le indicazioni che provengono dalle decisioni via via rese, e destinate a diventare *leading precedents*, non sono da trascurare.

In realtà, i casi fino ad ora registrati non sono molto numerosi, e tuttavia appaiono significativi.

Talora si tratta di clausole di limitazione della garanzia che riflettono proprio quella disparità di potere contrattuale cui si faceva cenno. Nel caso *Beasley*, ad esempio, si trattava di una clausola in cui il fornitore dell'*hardware* si esonerava da qualsiasi responsabilità per il danno risentito dal cliente (*Beasley*) per difetti del *computer*, limitandosi a sostituire i pezzi eventualmente viziati. La macchina non aveva mai funzionato a dovere, nonostante gli sforzi del fornitore per correggere il sistema; e l'acquirente ne aveva risentito danni notevoli.

Decidendo sulla controversia che infine era insorta, la Corte riconosce a Beasley un danno consistente nel prezzo della macchina, nel costo dei servizi resi dal venditore, nel rimborso degli interessi per un debito contratto al fine di acquistare il *computer* e ancora la rifusione delle spese sostenute per ripristinare la situazione contabile affidata al calcolatore. Per parte sua, il venditore poté ottenere una riduzione della somma da versare, corrispondente ai servizi computerizzati che aveva fino ad allora svolto. D'altra parte, osserva la Corte, il venditore aveva garantito oralmente la fornitura di programmi, e non poteva quindi trincerarsi dietro l'eccezione di aver venduto un prodotto di per sé integro.

Il collegamento di vendita della macchina e programmi utili per l'attività dell'acquirente è piuttosto frequente nelle decisioni, anche se dal contratto scritto esso non emerge con chiarezza.

Nel caso *Chatlos* si sono applicate le regole sulla validità e gli effetti della garanzia che il recente movimento del *consumerism* ha introdotto negli Stati Uniti. La Corte rifiutò di creare una nuova figura di *tort* (cosiddetta *computer malpractice*) e di applicare le regole di responsabilità oggettiva, ma non è escluso (si sottolinea) che questa sia una via praticabile in futuro.

L'orientamento delle Corti non è comunque uniforme, né si schiera uniformemente in favore dell'utente-contraente debole. Vi sono casi nei quali la inclusione di *express warranties* nel contratto di vendita rafforza solo apparentemente il compratore perché la esplicita menzione di garanzie può essere intesa come delimitazione delle qualità promesse, privandolo pertanto di protezione per altre qualità normalmente considerate « naturali ».

Altre volte, con argomentazioni formali, si è esclusa l'applicazione della disciplina della vendita (e quindi delle *sections* dell'U.C.C. più favorevoli al compratore) sottolineando che il *computr software* non è un « bene » ma un « servizio » (caso *Computer Servicenter*). E casi di qualificazione negoziale intesa a sottrarre i *computer contracts* all'area della vendita sono frequenti (es. caso *Leasco*).

Nelle ipotesi in cui le regole sulla vendita sono ritenute operanti, le garanzie conservano la loro forza espansiva. Così è accaduto che la previsione di una clausola contenente una *express warranty* di sostituzione dei pezzi difettosi (assimilabili alla nostra garanzia di buon funzionamento) non ha impedito alla Corte di riconoscere l'applicazione delle *implied warranties* di commerciabilità e di idoneità allo scopo.

7. La protezione della privacy.

Si discute, ancora, se sia opportuno introdurre anche nel nostro ordinamento una disciplina generale di protezione della persona, come già è avvenuto in altri ordinamenti. In realtà, questa preoccupazione oggi è intempestiva e poco utile. Intempestiva, perché se è vero che le banche-dati già operanti sono più di centomila, inter-

venire in questo settore diventa problematico, dal momento che occorre, se mai, almeno da tre lustri, dettare regole per la raccolta e l'uso delle informazioni. Poco utile, perché è difficile, dal punto di vista tecnico, operare un controllo effettivo (ed efficace) sulle banche-dati; dal punto di vista dell'apparato burocratico e dell'organizzazione amministrativa è del tutto illusorio ritenere che gli uffici possano funzionare a dovere, senza creare intralci alla libera iniziativa imprenditoriale, colpendo però le più gravi violazioni della *privacy*.

Di qui l'opportunità di introdurre una disciplina per principi generali, come ha tentato di fare il progetto elaborato dalla commissione presieduta da Giuseppe Mirabelli. D'altra parte, il problema della raccolta delle informazioni e dell'accesso alle « banche dei dati » si è aperto in Italia soltanto negli anni recenti, ed è frutto della elaborazione (di matrice dottrinale) del c.d. diritto generale della personalità.

Nell'analisi giuridica questo problema trova il suo terreno naturale nel diritto pubblico, investendo questioni di libertà di informazione, libertà di espressione, ma anche libertà del domicilio e della segretezza degli aspetti della persona; è altrettanto importante il profilo privatistico, che pone in evidenza una nozione di *privacy* non sempre presente alla letteratura sul tema, e che la comparazione, invece, delinea con chiarezza. Quando si parla di *privacy*, o, per usare termini forse più correnti, di « riservatezza », di « riserbo », di « vita intima » o di « vita privata », si fa riferimento, di solito, ad un aspetto significativo ma incompleto del problema; si intende alludere alle intrusioni nella vita personale e familiare, nella intimità delle attività svolte tra le pareti di casa, e al danno che il singolo risente per la violazione di questa « sfera di privatezza », sia per la pubblicazione sui quotidiani di notizie riservate, sia per la diffusione di dati personali e custoditi con cura, sia per l'uso di immagini che offrono al pubblico tratti sconosciuti della vita privata e destinati a rimanere per loro natura nell'intimità. Si registrano così definizioni o descrizioni della riservatezza che appaiono, oggi, del tutto parziali e non adeguate ad affrontare il problema nella sua complessità: elaborare un « diritto alla esclusività della conoscenza di ciò che attiene alla vita privata, nel senso che nessuno può prendere conoscenza né rilevare ciò che di tale sfera il soggetto non desidera che sia da altri conosciuto » poteva essere impresa il grande rilievo nel momento in cui la giurisprudenza, applicando letteralmente agli artt. 5 ss. cod. civ., negava l'esistenza di un diritto generale della personalità, e quindi escludeva la tutela della violazione dell'intimità, ma non soddisfa più le attese dell'uomo d'oggi, che per ottenere determinati benefici, anche di natura sociale, per primo e spontaneamente fornisce informazioni, di solito tenute riservate, sul proprio conto, e non ha invece alcun potere di controllo sul modo nel quale le informazioni sono raccolte, o di accertare che il loro uso non gli sia pregiudizievole o la loro classificazione erronea o incompleta.

È invece ad un altro aspetto della *privacy* che si è prestata attenzione: non solo perché il fenomeno ha assunto un volto nuovo, ma anche perché la sua fisionomia ha trovato riscontri normativi nelle legislazioni recenti; il giudizio con cui si lamentava che « l'affermazione di una pretesa generale della persona ad essere tutelata contro l'indiscrezione non esiste nelle legislazioni moderne: per lo meno non esiste in formula ampia, capace di comprendere tutte le forme di aggressione al riserbo » è ancora attuale, ma solo per le esperienze in questo settore meno evolute. Si tratta di un aspetto che la creatività linguistica dei giuristi nord-americani definisce ora in termini di « *disclosural* » ora di « *informational privacy* », a seconda che si intenda accentuare l'attenzione sul fatto della diffusione e rivelazione di notizie e dati riservati, o che si sottolinei piuttosto il modo nel quale l'« assalto alla *privacy* » viene perpetrato, cioè con la semplice raccolta e catalogazione delle informazioni.

È appunto in questo senso che la proposta di mantenere inalterato il vocabolo di « *privacy* », senza tentarne una meccanica traduzione, sembra la più corretta, dal momento che gli equivalenti lemmi italiani non ne descrivono che singoli, circoscritti aspetti, e non ne rendono la complessità delle situazioni di riferimento. *Privacy* indica, infatti, solitudine, intimità, anonimato, riservatezza; ma si sono ormai dissolte le sue origini borghesi: « da discorso chiuso nelle barriere di una classe (...) la *privacy* si proietta sulla collettività » (Rodotà). La raccolta sistematica e massiva di dati sul conto dei cittadini da parte di talune branche dell'amministrazione pubblica, ovvero sul conto di altri privati da parte di gruppi economici e sociali trasforma in senso qualitativo il problema di una minoranza in un problema di carattere ormai generale; ma trasforma anche le categorie tradizionali di analisi cui si deve ormai guardare con interesse storico, piuttosto che con intenti di applicazione attuale.

Non è più l'epoca della difesa della « cittadella privata » (*my house, my castle*), ma è l'epoca delle « banche dei dati »; non è più questione di custodire uno spazio vitale, ma quella di controllare la sfera di riserbo che ciascuno porta *dentro* di sé e che appare ormai trasparente alle indagini organizzate degli apparati pubblici e privati. Ma, nello stesso tempo, non è neppure più possibile fare ricorso alla *privacy* per occultare scopi di carattere economico e patrimoniale, impedendo quelle forme di controllo sociale che tutelano gli interessi della collettività.

Nel nostro ordinamento attualmente si possono annoverare solo talune norme di settore, ma non esiste, come è noto, una disciplina organica della materia. I primi provvedimenti riguardano la posizione del lavoratore all'interno del rapporto di lavoro. E prevedono il divieto di svolgere indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali (art. 8 l. n. 300 del 1970).

Analogha norma è prevista per la disciplina militare. Dispone l'art. 17 della legge 18 luglio 1978 n. 382 che « è vietato l'uso delle schede informative ai fini di discriminazione politica dei militari ».

In senso opposto, e cioè legittimante la raccolta di dati riguardanti la vita privata del cittadino, dispongono le norme istitutive dei consigli tributari (art. 44 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600).

Mentre una normativa assai più articolata è prevista per l'uso del *computer* da parte delle forze di pubblica sicurezza (legge 1° aprile 1981, n. 121).