
ROBERTO BOCCHINI

IL CONTRATTO DI ACCESSO AD INTERNET

SOMMARIO: 1. La tipologia socio economica del contratto di accesso ad Internet. — 2. Le opinioni della dottrina: critica. La qualificazione giuridica del contratto come appalto, somministrazione, compravendita: una *querelle* nominalistica. — 3. Le difficoltà di inquadramento della dottrina come riflesso della ricostruzione tradizionale del contratto di somministrazione. — 4. Il contratto di abbonamento ad Internet come contratto di somministrazione di servizi: la disciplina applicabile.

1. LA TIPOLOGIA SOCIO ECONOMICA DEL CONTRATTO DI ACCESSO AD INTERNET.

Il contratto in esame ha ad oggetto: *a)* il servizio di accesso alla rete Internet, tramite rete telefonica commutata senza limiti di tempo o con periodi di tempo prestabiliti; *b)* il servizio di posta elettronica con determinate dimensioni della casella di posta; *c)* il servizio di fornitura di uno spazio sul *server*¹ del c.d. *provider*² per la memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio anche in questo caso entro una dimensione prestabilita.

Caratteristica comune, sul piano sociale e giuridico, è la prestazione di servizi a carattere duraturo, siano essi a tempo indeterminato.

* Il presente contributo è dedicato agli studi in onore del prof. Ugo Majello.

¹ Il *server* può essere definito come il computer che dispone delle informazioni richieste da altri computer, chiamati *client*, ed è normalmente a disposizione del *provider*.

² L'Internet *Service Provider* (ISP) ovverosia il *provider* è un fornitore di servizi per l'accesso ad Internet che permette di collegarsi alla rete ed è uno dei principali intermediari della rete Internet. Come è noto la differenza tra i diversi fornitori di accesso alla rete può così essere sintetizzata: gli *access provider* sono coloro i quali offrono semplicemente agli utenti l'accesso

alla rete Internet, i *service provider* c.d. fornitori di servizi sono coloro i quali offrono servizi di comunicazione e/o trattamento delle informazioni destinati al pubblico oppure ad utenti abbonati, ed infine i *content provider* c.d. fornitori di contenuti sono coloro i quali offrono al pubblico informazioni che transitano sulla rete telematica e destinate al pubblico oppure ad utenti abbonati, vedi per tutti TOMMASI, *Protocolli TCP/IP e problematiche contrattuali di accesso alla rete Internet*, in SIRONI GAUDENZI, *Trattato breve di diritto della rete. Le regole di Internet*, Rimini, 2001, p. 127.

nato o a tempo determinato, secondo un modulo continuativo o periodico³.

La Direttiva sul commercio elettronico n. 31/2000/CE, che sta per essere attuata in Italia con la legge delega 1 marzo 2002 n. 39⁴, darà impulso definitivo a questa categoria di contratti, che, normalmente, intercorre tra i vari soggetti che operano nella rete Internet e, quindi, tra il prestatore intermediario di un servizio e gli utenti, professionisti o meno (artt. 12 e ss.). La direttiva ricordata contiene la disciplina della responsabilità civile dei c.d. prestatori intermediari⁵, ma non individua la posizione con-

³ Il computer, come è noto, si collega, attraverso un modem, alla rete telefonica e con questa tramite il *provider* entra nella rete Internet. Al fine di entrare nella rete è necessaria l'assegnazione di un numero c.d. I.P. con il quale il computer è identificabile nella rete. Il prestatore intermediario, che è colui il quale fornisce all'utente finale l'accesso alla rete, ha quindi due tipi di rapporti: l'uno con il gestore della rete che è il proprietario dei cavi in rame che ha la disponibilità dei supporti materiali per l'accesso alla rete Internet; l'altro con l'autorità preposta al rilascio dei numeri IP, che, in Italia, è il *Network Information Service* del Gruppo di Armonizzazioni Reti Ricerca costituito presso il CNR. Attraverso questi due rapporti il prestatore intermediario si pone nella condizione tecnica e giuridica di fornire l'accesso alla rete Internet agli utenti finali. Possono essere considerati sicuramente intermediari della rete Internet anche i motori di ricerca, che permettono all'utente di trovare le informazioni che ricercano in modo rapido ed efficiente ed, in generale, tutti i soggetti che forniscono servizi nella rete ponendosi come intermediari tra i proprietari dei cavi e gli utenti finali. Quindi, una volta entrato in rete, l'utente può trasmettere informazioni che egli stesso immette nella rete oppure può ricercare informazioni immesse in rete da terzi. Entrambe queste attività possono essere realizzate dall'utente in quanto il *provider* ha permesso l'accesso alla rete Internet. Il contratto con il quale l'utente accede alla rete Internet può essere convenzionalmente — e senza che ciò al momento comporti alcuna qualificazione giuridica dello stesso — denominato contratto di abbonamento alla rete Internet.

⁴ La legge delega c.d. comunitaria 2001, relativa alle disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità europee, è

stata pubblicata sulla G.U. Supplemento ordinario del 26 marzo 2002 n. 72.

⁵ I prestatori intermediari del cyberspazio sono stati, con completezza, individuati da STECCO, in SCOTT-MARTULA-STECCO, *Il commercio elettronico. Verso nuovi rapporti tra imprese e mercati*, Milano, 1999, p. 101 e ss., il quale ne fa la seguente identificazione: 1) *gateway*: si tratta di infrastrutture fisiche, che permettono l'utilizzo delle nuove forme di comunicazione; 2) *directories*: si tratta di intermediari che aiutano il consumatore a localizzare produttori categorizzando i siti e creando menù strutturati di interrogazione che facilitino la navigazione sono anche usualmente denominati motori di ricerca. Tradizionalmente sono dei servizi gratuiti, che traggono utili dagli inserzionisti pubblicitari per il grande volume di traffico che riescono a generare. Possono essere di tipo generale, commerciale o specializzato; 3) *Servizi di ricerca*: a volte collegati, ma più spesso distinti dalle *directories*, esistono i servizi di ricerca c.d. anche motori di ricerca (Lycos, Altavista, Hotbot, Excite, Infoseek, Arianna, Virgilio ecc.) basati su agenti denominati *spider* (ragno), che compiono un costante e veloce *scanning* dei siti Web e delle relative pagine, indicizzando, catalogando l'informazione e raccogliendola in vasti database propri. 4) *mall*: il *mall* virtuale, a somiglianza dei *mall* tipici dei centri commerciali, offre l'accesso a più di un produttore di beni e servizi. Per questo, alcuni assimilano le *directories* commerciali ai *mall*, ma la differenza ben chiara sta nel fatto che un *mall*, come il suo equivalente fisico, offre a produttore e consumatore un'infrastruttura che facilita il contratto commerciale, ricevendo in cambio un compenso; 5) *editori*: i siti Web di tipo editoriale sono in realtà dei «generatori di traffico che offrono al consumatore informazioni di suo interesse, su argomenti specifici, e che spesso si possono assimilare a delle riviste o a dei giornali *on line*. I mag-

trattuale degli stessi, in quanto i diversi servizi, prestati dagli intermediari nel sistema della direttiva, sono disciplinati nell'ottica della responsabilità civile nei confronti dei terzi e non già nell'ottica del rapporto contrattuale, che lega i prestatori intermediari ai clienti. Ma il tipo di contratto che intercorre tra prestatori intermediari e clienti non è giuridicamente irrilevante rispetto al regime della responsabilità degli stessi; esce, perciò, rafforzata l'importanza di una ricerca in ordine alla corretta individuazione del tipo di contratto che intercorre tra intermediari e clienti e, ancor più, l'individuazione della disciplina applicabile⁶.

giori generatori di traffico rimangono le *directories* e i servizi di ricerca ma anche gli editori, spesso già in precedenza editori di pubblicazioni su supporto tradizionale, stanno assumendo un ruolo di particolare importanza come intermediari specializzati; 6) *rivenditori virtuali*: i *mall* forniscono un'infrastruttura virtuale, ma non svolgono funzione di magazzino o di vendita effettiva delle merci. Esistono invece intermediari che raccolgono i prodotti alla fonte e li rivendono ai consumatori attraverso siti *Web*, che sono in genere specializzati, o per categoria prodotto (abbigliamento, alimentari, oggetti da regalo), o per occasione (Natale, avvenimenti sportivi ecc.); 7) *Servizi di valutazione di siti Web*: per ridurre in certa misura il rischio per il consumatore, esistono dei servizi di valutazione consultabili, che si basano su criteri quantitativi (frequenza di accessi) o su effettive analisi dei siti. Possono essere finanziati o dai produttori, che in questo modo si fanno in un certo senso "certificare", o dai clienti attraverso un compenso. Si tratta di un servizio che anche alcune *directories* e servizi di ricerca iniziano a offrire; 8) *misuratori di audience*: non sono intermediari diretti, ma svolgono una funzione di misurazione di alcuni parametri rilevanti per l'attività commerciali e come accade in altre tipologie commerciali. Si tratta in altre parole di un esempio significativo di come una nuova forma di transazione richieda svariati servizi aggiuntivi di supporto; 9) *Forum, Fan Clubs, User Groups*: si tratta anche in questo caso non di intermediari in senso stretto, ma di realtà che possono fortemente favorire l'interazione produttore consumatore, la ricerca di mercato, la diffusione di informazioni tecniche, la realizzazione di comunicazioni mirate. Possono essere di natura spontanea, o stimolati dai produttori di beni; 10) *intermediari finanziari*: il tema è chiaramente molto vasto e sarà trattato altrove nel volume. Basti qui ricordare come non possa aver luogo

un'attività di Commercio elettronico senza un parallelo sistema di realizzazione e autorizzazione di pagamento che si svolga anch'esso *on line*; 11) *mercati spot e circuiti di scambio*: la velocità di trasmissione dell'informazione sull'esistenza di prodotti in vendita o sull'esistenza di acquirenti potenziali fa ritenere probabile la nascita di mercati *spot* e di circuiti di scambio; 12) *agenti intelligenti*: su quest'ultima tipologia di intermediari si può osservare che la differenza sostanziale con i motori di ricerca risiede nella capacità di personalizzare i contenuti sulla base dell'apprendimento che l'agente intelligente acquisisce osservando chi naviga nel sito durante questa sua ricerca. La funzionalità primaria degli agenti è sostanzialmente simile; raccolgono ed elaborano l'informazione ottenuta attraverso Internet ».

⁶ La distinzione tra due principali tipi di servizi, forniti dal *provider*, è data dal fatto che in un caso la prestazione si esaurisce nell'offrire al cliente soltanto l'accesso ad una rete telematica, mentre nell'altro caso la prestazione consiste nel trasmettere informazioni altrui o ricercare informazioni già presenti nella rete. In tutte e due le ipotesi il prestatore intermediario non fornisce mai il contenuto delle informazioni che trasmette. È, altresì, sostenuto in dottrina (Visalli) che il contratto, con il quale il *provider* si obbliga a fornire all'utente il collegamento costante o periodico con la rete, esige il flusso di informazioni, disponibili per l'utente, che consegue all'adempimento di tale obbligo e non ha bisogno di altro strumento per realizzarsi. Questa affermazione, ricorrente anche in dottrina, va però verificata anche sul piano socio-economico. Il problema è se sul piano della realtà sociale e, di conseguenza, sul piano giuridico, il contratto di accesso alla rete ed il contratto c.d. di fornitura di servizi telematici sia in realtà un solo contratto dal punto di vista socio-economico e, quindi, giuridico non potendosi, quindi, distin-

2. LE OPINIONI DELLA DOTTRINA: CRITICA. LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO COME APPALTO, SOMMINISTRAZIONE, COMPRAVENDITA: UNA *QUERELLE* NOMINALISTICA.

I primi autori che si sono occupati del contratto di accesso ad Internet, e più in generale dei contratti relativi alla fornitura di servizi telematici, indicano come oggetto del contratto il servizio duraturo e concludono indicando l'applicazione dell'art. 1677 c.c. come una sorta di *passe-partout* per la qualificazione giuridica del contratto e la disciplina ad esso applicabile. È, perciò, opportuno procedere con ordine ed esaminare le diverse opinioni della dottrina.

Si è osservato⁷ che, con il contratto in esame, si instaura un rapporto di durata avente ad oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi e si sono ritenute applicabili, in quanto compatibili, le norme sull'appalto e le norme sulla somministrazione nonché, in via suppletiva, le norme che disciplinano il contratto al quale si riferiscono le singole prestazioni, ex art. 1570 c.c.⁸. Si è però osservato che la sussunzione di questi particolari tipi di contratti, nel tipo legale dell'appalto, non è sufficiente ad individuare compiutamente la disciplina applicabile; si deve, invero, esaminare anche la qualità dei contraenti, l'oggetto dei rapporti e l'interesse da questi concretamente perseguito⁹, onde debbono trovare, in pratica, applicazione le norme compatibili con le particolari *utilitates* collegate a tali ulteriori elementi contenuti nello specifico contratto¹⁰. Si è, così, osservato che « il rinvio dell'art. 1677, e la norma complementare di cui all'art. 1570, in tema di somministrazione, sembrano delineare un margine di autonomia del servizio rispetto ai tipi contrattuali sui quali esso viene ad innestarsi; per effetto di questo duplice richiamo, il rilievo assunto, nell'esecuzione dell'obbligo contrattuale, sia dal contenuto obiet-

guere nella realtà un accesso cui non consegue automaticamente la trasmissione delle informazioni. La necessità di questa verifica sul piano socio economico appare utile dal momento che la direttiva comunitaria sul commercio elettronico pone, sul piano del diritto positivo, una distinzione tra servizio di trasmissione dati e servizio di accesso ai dati, anche se va ricordato che la norma è dettata in tema di responsabilità extracontrattuale dei prestatori e dei prestatori intermediari onde si pone il problema se l'equiparazione, sul piano giuridico formale, ai fini della disciplina della responsabilità, corrisponda ad un'equiparazione sul piano economico sostanziale dei due servizi e, quindi, dei due contratti. Invero sul piano della disciplina la distinzio-

ne potrebbe rilevare a fini diversi da quelli della responsabilità, come ad esempio, ai fini dell'individuazione della disciplina del contratto che viene stipulato tra prestatori intermediari del servizio ed i clienti nei due casi sopra indicati.

⁷ D'ORAZIO-ZENO ZENCOVICH, *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, in questa Rivista, 1990, p. 428.

⁸ D'ORAZIO-ZENO ZENCOVICH, *Profili di responsabilità*, cit., p. 430.

⁹ D'ORAZIO-ZENO ZENCOVICH, *Profili di responsabilità*, cit., p. 431.

¹⁰ GIANNATTASIO, *L'appalto*², in *Trattato di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, vol. XXIV t. 2, Milano, 1977, p. 32-33.

tivo della prestazione (che connota, in linea di principio, le obbligazioni di dare), sia dal procedimento attuativo (in cui risiede il *facere*), sembra delimitare un'area nella quale il servizio si staglia, sovrapponendosi alle figure negoziali di riferimento ed è sufficiente di per sé a qualificare la prestazione debitoria, senza che si renda necessaria la mediazione di tipi negoziali (alla cui matrice normativa potrà comunque attingersi in sede d'integrazione del regolamento contrattuale). Da questa angolazione, valutando l'operazione contrattuale nella sua unitarietà e non nei suoi termini isolatamente considerati, nel servizio assunto ad oggetto del diritto di credito sembra potersi cogliere una specificazione di tipo causale: nel senso che il criterio generale, con cui si qualifica giuridicamente una determinata figura obbligatoria reputando in essa prevalente il momento dell'attività o del prodotto di questa, nell'ipotesi considerata registra una sostanziale equivalenza tra le due diverse componenti, dischiudendo così lo spazio per un nuovo concetto di *prodotto*, già nitidamente percepito come tale sul piano economico, che, mediante la formula del servizio, assurge ad autonomo fatto giuridico »¹¹.

In buona sintesi partendo dalla premessa che somministrazione ed appalto si distinguono non per la durata, ma per l'oggetto, posto che anche l'appalto può avere carattere duraturo, la dottrina avverte l'insoddisfazione di un itinerario di ricerca che applica la disciplina del singolo contratto, ma non sa rimuovere le cause dell'insoddisfazione, onde perviene alla conclusione che la qualificazione dei nuovi contratti si rileva molto difficile se non sterile, quando si parte dal punto di osservazione dell'oggetto del contratto. Tale punto di osservazione dell'oggetto, infatti, preclude per esempio l'applicazione delle norme sulla somministrazione al nuovo contratto, posto che l'oggetto del contratto di somministrazione è un servizio e non una cosa.

In realtà il limite di questa teoria consiste nel fatto che essa rimane legata agli schemi codicistici del '42 senza compiere lo sforzo per verificare se quegli schemi possono essere, ad opera dell'interprete, rielaborati per essere adattati alla nuova realtà. Come è vero che il normativismo ed il formalismo giuridico sono indirizzi metodologici che troppo spesso vengono combattuti, teoricamente, dalle moderne dottrine, ma perpetuati di fatto. Lo sbarramento nominalistico rappresentato dalla norma che parla di somministrazione di cose e non di servizi appare insormontabile! Ma così è destinato all'insuccesso ogni tentativo di ricostruzione del « diritto vivente », mantenendo ferme ed inossidabili le categorie giuridiche create mezzo secolo fa. In altre parole è difficilissimo

¹¹ D'ORAZIO-ZENO ZENCOVICH, *Profili di responsabilità*, cit., 437-438.

per l'interprete dare « alloggiamenti » a nuovi contratti nati da rivoluzioni scientifiche, senza sobbarcarsi al difficile compito di ripensare il « sistema di costruzione » del codice civile, in una evidente analogia tra scienza giuridica e scienza delle costruzioni. Nel nostro caso gli autori indicati non riescono a trovare altra soluzione al problema che rivede la nozione nominalistica di « prodotto » come nozione unitaria comprendente sia l'*opus* che il servizio.

Ciò detto sul piano formale e venendo allo studio che si è occupato specificamente del contratto di accesso ad Internet¹² è doveroso osservare che questo studio ha individuato, con lucidità, l'oggetto specifico del contratto: « Il *provider* fornisce un servizio, il collegamento con la rete telematica (ovvero con un *provider* di più alto livello che è collegato ai nodi oltreoceano tramite una linea ad alta velocità C.N.D.) »¹³; De Nova ricorda, però efficacemente, che il *provider* fornisce anche ulteriori prestazioni: a) mette a disposizione uno spazio sul disco fisso del proprio elaboratore, che servirà a contenere la casella di posta elettronica dell'utente, che non deve così tenere continuamente in funzione il proprio computer (P.C.) ma può mettersi in collegamento con il *Provider* periodicamente, per accedere alla casella di posta ed immettere nel proprio P.C. i messaggi ricevuti quando non era collegato; b) mette a disposizione uno spazio (maggiore di quello di cui sopra) sul disco fisso del proprio elaboratore per creare, nell'interesse dell'utente, un sito (che illustri, ad esempio, l'attività commerciale svolta dall'utente). In questo caso l'utente avrà un indirizzo W.W.W. che evidenzierà il *Provider* cui si appoggia. Una diversa soluzione, prescelta da aziende di maggiori dimensioni, è quella di fare « certificare » il proprio nome dalla « *Naming Authority* » nazionale, in modo da ottenere un indirizzo W.W.W.¹⁴; c) predispone, a richiesta dell'utente, il messaggio ipertestuale e multimediale (immagini, suoni) da « inserirsi » nel sito che l'utente intende realizzare; d) infine fornisce ulteriori servizi di supporto ai siti impiantati da aziende commerciali, quali: la trasmissione criptata dei dati relativi agli acquisti effettuati con carta di credito tramite Internet; la possibilità di aggiornamento delle pagine del proprio sito; la pos-

¹² DE NOVA, *I contratti di accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, p. 39.

¹³ DE NOVA, *I contratti di accesso*, cit., p. 40.

¹⁴ L'indirizzo c.d. I.P. viene assegnato dalla *Registration Authority* ed attualmente tali regole sono disciplinate dalla Regole di Naming 3.7 entrate in vigore il 5 marzo 2002 approvate dal comitato esecutivo della *Naming Authority* italiana il 19 febbraio 2002. Con queste re-

gole si disciplinano sia l'assegnazione dei domini che la risoluzione di dispute inerenti l'assegnazione del *domain name*. Vedi per una spiegazione tecnica del *domain name*, tra gli altri, MENCHETTI, *Allocazione di domain names, antitrust ed autorità di regolazione: un approccio tradizionale*, in *Trattato breve di diritto della rete. Le regole di Internet*, diretto da SIROTTI GAUDENZ, Rimini, 2001, p. 81 e ss.

sibilità di collegare i data base aziendali (quali il catalogo prodotto o il listino prezzi, ad es.) alle pagine del sito in modo da consentire al potenziale cliente di accedere ad essi. Nei contratti si prevede che il *Provider* possa sospendere la prestazione dei servizi, per causa di forza maggiore¹⁵.

Nella prospettiva delineata dal De Nova l'obbligazione principale dell'utente è quella di pagare un corrispettivo ed in cambio di poter utilizzare i servizi che riceve dal *provider* all'interno della propria organizzazione¹⁶. La conclusione dell'autore è che consentire l'accesso ad Internet è prestazione che, per il resto, richiama il contratto di appalto di servizi. Mettere a disposizione uno spazio del disco fisso per la posta elettronica o per creare il sito potrebbe far pensare ad una locazione. Ma poiché il *provider* conserva il controllo del proprio elaboratore, e deve garantire la immissione in rete del sito, prevale il tipo appalto di servizi¹⁷.

Il De Nova pone, poi, un ultimo problema in relazione all'assegnazione dell'indirizzo I.P. ed afferma che l'assegnazione di detto indirizzo I.P. rappresenta la cessione di un « diritto di privativa di una *new property* »¹⁸.

Non interessa in questa sede una presa di posizione sulla qualificazione della concessione dell'indirizzo I.P. perché la dottrina successiva¹⁹ ha dimostrato che anche questa pretesa prestazione di dare è in realtà, poi, assorbita dalla prestazione del servizio, alla quale accede. Va, però, detto che lo stesso autore, nel trattare la materia, aveva assegnato un ruolo marginale a questa osservazione, ponendo già bene in evidenza, in questo primo scritto sull'argomento, l'appalto di servizi.

L'impostazione data dal De Nova, è stata seguita dalla dottrina che ha qualificato il contratto *de quo* come appalto di servizi.

L'Albertini²⁰ distingue nel c.d. contratto di accesso ad Internet tre diverse prestazioni²¹. Il *provider* può fornire, infatti: a) l'accesso alla rete Internet; b) il servizio di casella postale c.d. *e-mail*; c) le c.d. pagine elettroniche *web* con il loro mantenimento

¹⁵ DE NOVA, *I contratti di accesso*, cit., p. 40-41.

¹⁶ DE NOVA, *I contratti di accesso*, cit., p. 42.

¹⁷ DE NOVA, *I contratti di accesso*, cit., p. 43.

¹⁸ DE NOVA, *I contratti di accesso*, cit., p. 42.

¹⁹ Vedi ALBERTINI, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. Civ.*, 1997, II, p. 114 e ss. e, poi, VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, p. 128-129 il quale critica la tesi dell'Albertini, secondo la quale gli indirizzi I.P. sarebbero una com-

ponente patrimoniale di nuova configurazione, ma non un bene in senso proprio ed afferma che l'assegnazione dell'indirizzo I.P. sarebbe solo un mero atto di esecuzione del contratto stipulato tra il cliente ed il *provider* ed è a carico di quest'ultimo.

²⁰ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 95.

²¹ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 102. Nello stesso senso FRANZONI, *La responsabilità del provider*, in *AIDA*, 1997, p. 248 il quale afferma che l'obbligazione del *provider* è l'esecuzione di una prestazione derivante dal contratto d'opera o di appalto di servizi.

in rete. La terza prestazione pone un diverso problema normativo, perché mentre, nelle prime due ipotesi, secondo l'autore, la disputa è tra applicazione delle norme sull'appalto e quelle sulla somministrazione, nella terza ipotesi il problema concerne l'inquadramento del contratto tra i c.c.dd. contratti misti.

Si inizia allora l'esame della tesi partendo dalle prime due prestazioni nelle quali è presente, indubbiamente, il carattere della continuità proprio della somministrazione ed il carattere della realizzazione di un servizio e dell'organizzazione dei mezzi necessari, propri dell'appalto. In tali ipotesi l'attività del *provider*, come detto, costituisce, comunque, un « servizio »²² « Il bisogno economico da soddisfare è la possibilità di accesso alla rete e si chiede al *provider* di provvedervi con adeguate cognizioni tecniche e apparecchiature »²³.

Pertanto questa dottrina, dopo aver riconosciuto ed affermato che il *provider* fornisce un servizio duraturo, afferma: « Di conseguenza, il rapporto utente-*provider* non può essere considerato somministrazione, la quale riguarda solo le cose (art. 1559 c.c.)

²² ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 102.

²³ Problema ulteriore che la dottrina si è posta riguarda se l'obbligazione del *provider* sia un'obbligazione di mezzi o di risultato. Come si è già osservato in precedenza (BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, p. 49) nei contratti aventi per oggetto servizi c.d. meccanizzati o automatizzati l'erogatore del servizio si limita a mettere a disposizione dell'altra parte una macchina che deve erogare in modo continuativo o periodico il servizio, senza nessuna attività da parte propria, se non quella di mantenere in condizioni di efficienza la macchina erogatrice del servizio. In breve l'imprenditore deve mettere a disposizione del fruitore del servizio una macchina funzionante, in grado di procurare il servizio ad iniziativa dello stesso fruitore. Si pensi, in tal senso, al servizio di *bancomat* o di *viacard* o di *telepass* o al servizio di sveglia automatica. In tutti questi tipi di contratti l'erogatore del servizio si limita a mettere a disposizione dell'altra parte una macchina senza svolgere nessuna attività durante l'erogazione del servizio. L'attività dovuta dal debitore procura solo in via mediata il soddisfacimento del creditore e si esaurisce nella messa a disposizione della macchina che successivamente produce l'attuazione dell'interesse del debitore. È, invece, l'altra parte (il cliente) che, se vuole beneficiare del servizio, deve svolgere un'attività che va ben oltre la normale cooperazione del

creditore all'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore. Qui è il creditore che deve svolgere un'attività, tenere una condotta attiva per realizzare l'utilità insita nel servizio, che la macchina può erogare (prestazione virtuale). All'opposto i contratti di servizi c.d. personali sono erogati dal prestatore attraverso la propria attività o, comunque, l'attività personale dei propri dipendenti, eventualmente con l'ausilio di macchine, ma con funzione ausiliaria rispetto al *facere* del debitore della prestazione. È necessaria, quindi, l'attività umana del debitore, durante l'erogazione del servizio, onde non è sufficiente la sola messa a disposizione di una macchina per adempiere la prestazione contrattuale. L'attività dovuta dal debitore procura immediatamente il soddisfacimento del creditore (NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 44 e ss.; CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Milano, 1953, p. 58 e ss., e 62; GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 1 e ss.). La dottrina ha concluso affermando che si tratta di un'obbligazione di mezzi nel senso che eventuali *deficit* che possono riguardare la rete e non direttamente il *provider* non rientrano nella sfera di competenza del *provider* e, pertanto, sfuggono ad ogni controllo dello sesso che non può esserne chiamata a rispondere. TOMMASI, *Protocolli TCP/IP*, cit., in SIROTTI GAUDENZI, *Trattato breve*, cit., p. 136-137.

e non i servizi»²⁴. Quindi l'a. scarta lo schema della somministrazione, perché, per definizione, esso è limitato alle sole cose.

A questo punto l'a., come già aveva fatto una precedente dottrina²⁵, si pone il problema se sia possibile utilizzare l'istituto della somministrazione, ma indirizza questa analisi in una direzione che non sembra soddisfacente. Infatti si chiede se il contratto possa essere ricondotto alla somministrazione d'uso o di consumo posto che, secondo l'a., può esservi sia una somministrazione c.d. di consumo (quando il somministrato acquista la proprietà delle cose ricevute) sia una somministrazione c.d. d'uso (quando il somministrato ne acquista solamente il godimento). Ma è pur vero — osserva l'a. — che si tratta di una distinzione che presuppone sempre la consegna di « cose » e, quindi, non utilizzabile nel caso nostro²⁶. La conclusione è, però, obbligata: non essendovi una « cosa » oggetto di consumo o di uso lo schema della somministrazione è escluso.

L'insoddisfazione dell'analisi spinge, allora, l'a. ad esaminare l'ultima ipotesi e, cioè, quella secondo la quale, nel caso in esame, si possa parlare di energia come avviene nel caso della somministrazione di gas o di energia elettrica. Ma — osserva l'a. — nel caso del contratto di accesso ad Internet non c'è nessuna consegna di cose, nemmeno di energie: il *provider* non dà nulla all'utente, ma costituisce solo un'organizzazione affinché questi possa, quando lo voglia, accedere alla linea telefonica da lui presa in affitto e di conseguenza dialogare con i *computers* collegati alla rete. Nulla cambierebbe se il collegamento avvenisse tramite i satelliti o altro mezzo: il *provider* fornirebbe sempre una mera possibilità di instaurare il collegamento. Per fare ciò egli non fornisce alcun bene, né energia elettrica, la quale anzi è presupposto per il funzionamento dei *computers* sia dell'utente che del *provider* e deve essere acquistata altrove²⁷.

Ancora una volta, per tale via, lo schema della somministrazione è escluso, onde l'a. preferisce « rivolgersi » all'appalto. Ma rendendosi conto di non potersi rifare *tout court* allo schema dell'appalto, per la « continuità » del rapporto che si instaura tra *provider* ed utente, l'a. riconduce il contratto in esame allo schema dell'art. 1677 c.c., affermando che « il rapporto tra utente-*provider* vi si inquadra perfettamente ». Il nostro codice — dice l'autore — scartata la somministrazione prevede una norma che riguarda direttamente i nostri contratti: l'art. 1677 c.c. (« Prestazione continuativa o periodica di servizi »), che pre-

²⁴ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 103.

²⁵ D'ORAZIO-ZENO ZENCOVICH, *Profili di responsabilità*, cit., p. 434.

²⁶ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 103-104.

²⁷ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 104.

vede l'applicazione delle norme dell'appalto e della somministrazione entrambe col limite della compatibilità col caso concreto, talché le regole pattizie assumono un'importanza notevolissima²⁸.

Così, facendo, però, il vero problema, che il contratto in esame pone, vale a dire l'individuazione delle singole norme applicabili, non viene neanche sfiorato dall'a. che si rifugia nelle « regole pattizie » che sarebbero il vero « cuore » del contratto. Senza dire che nella realtà sociale nella somministrazione di servizi i contratti contegno un regolamento veramente « minimo ».

Passando al terzo tipo di prestazione, avente ad oggetto la realizzazione della pagina *web* e della sua immissione e mantenimento in rete da parte del *provider*, l'a. osserva che trattasi di un contratto misto in quanto esso andrebbe ricondotto al contratto di appalto d'opera per quanto riguarda la realizzazione delle pagine web ed, invece, all'appalto duraturo di servizi *ex art.* 1677 c.c. con riguardo al mantenimento ed alla gestione in rete della pagina *web*²⁹.

L'esame del problema normativo, consistente nell'individuare le singole norme applicabili al nostro contratto, viene svolto dall'autore nell'ultima parte del suo lavoro. Questo esame risente della mancanza, data anche l'economia dello scritto, di un metodo di individuazione della normativa e della fragilità delle conseguenti soluzioni normative.

Per quanto attiene al metodo di individuazione della normativa non sembra condivisibile l'opinione, peraltro già espressa dal Giannattasio³⁰, secondo la quale è l'autonomia delle parti a decidere quali norme debbano trovare applicazione nel singolo contratto e, quindi, « sarà in ogni caso il giudice che deciderà quali siano tra le due categorie di norme (appalto e somministrazione) quelle più idonee a regolare il rapporto ».

In concreto, poi, le parti difficilmente stabiliscono nel contratto le singole norme dell'appalto o della somministrazione che ritengono applicabili, in quanto nella prassi corrente i contratti, quando sono scritti, presentano un contenuto minimo quasi sem-

²⁸ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 106.

²⁹ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 107. La giurisprudenza ha già avuto modo di occuparsi dell'argomento con una prima decisione del Trib. Roma 23/11/98 in questa *Rivista*, 2000, p. 62, con la quale ha ritenuto che la registrazione di un nuovo sito da parte di colui il quale svolge mansioni di *billing contact* ed *amministrative contact* non integra un'attività intellettuale creativa e, come tale, non è meritevole di tutela né in ordine al nome del sito, né in ordine alla qualifica di *billing contact* e di *amministrative contact*. Tale interpretazione è sicuramente da condividere in

quanto i soggetti che operano in Internet devono essere considerati solo dei rappresentanti a tutti gli effetti come coloro i quali registrano i marchi o i brevetti in nome e per conto dei rappresentati. Anche in questo caso infatti i rappresentanti non divengono certo titolari dei marchi d'impresa o dei brevetti. Vedi, per un primo approccio al problema, BONELLI, *Il sito web quale opera dell'ingegno*, in questa *Rivista*, 2002, p. 199.

³⁰ GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cieu e Messineo, vol. XXIV, t. 1, Milano, 1960, p. 314-315.

pre imposto dal *provider* al cliente, onde il contratto, rimesso all'autonomia della parti è in realtà una finzione perché prevale la parte economicamente più forte.

Anche in questo caso, quindi, l'a. non prende posizione sul criterio di selezione della disciplina del contratto in esame, mentre, nel sistema del codice, è possibile rinvenire il criterio di selezione della normativa, che il legislatore non rimette all'autonomia delle parti, come abbiamo dimostrato in altra sede³¹ e si vedrà nella seconda parte del presente lavoro³².

Infine l'ultimo autore che, in ordine di tempo, si è occupato del contratto in esame, il Visalli, ha, ancora una volta, confermato questo modo di argomentare: il contratto di accesso ad Internet, anche per il Visalli, è un appalto di servizi *ex art.* 1677 c.c.³³. E anche questa dottrina trova un limite invalicabile che impedirebbe di ricondurre il contratto in esame alla somministrazione, nel fatto che l'oggetto della prestazione è un *facere* del *provider* e non un *dare*, onde — conclude l'a. — il rapporto tra l'utente ed i *provider* non può essere inquadrato tipologicamente nel contratto di somministrazione il quale riguarda solo le cose *ex art.* 1559 c.c. e non i servizi³⁴.

Il *facere* del *provider* — dice il Visalli — è diretto a soddisfare il bisogno dell'utente di accedere in ogni momento alla rete. Ciò comporta che la prestazione del *provider* consiste in un servizio inteso a predisporre le infrastrutture tecniche necessarie ad appa-

³¹ BOCCHINI, *La somministrazione*, cit., p. 134.

³² Altri autori (TOMMASI, *Protocolli TCP/IP e problematiche contrattuali di accesso alla rete Internet*, in SIROTTI GAUDENZI, *Trattato breve*, cit., p. 135 e ss.) hanno, poi, evidenziato la presenza di tre diverse teorie in merito alla qualificazione del contratto: teoria della compravendita, teoria dell'appalto di servizi e teoria della somministrazione. La teoria della compravendita troverebbe il suo fondamento nella considerazione che il bene informatico è l'informazione onde l'oggetto della prestazione già esiste nel momento in cui è ordinato; l'attività dell'utente sarebbe finalizzata alla sua appropriazione mediante uno scambio tipico della compravendita. La teoria della somministrazione, a sua volta, si fonderebbe sul carattere duraturo della prestazione bene informazione da parte del *provider* perché questa prestazione di beni-informazioni non si esaurisce in un solo atto, ma presuppone una durata pari a quella del contratto. Ma questa tesi è criticata perché la prestazione del *provider* non si esaurisce nel consentire il flusso dei dati, ma pre-

suppone tutta una serie di comportamenti e, perciò, di servizi finalizzati allo scopo finale, come per esempio la predisposizione delle infrastrutture tecniche necessarie per soddisfare il bisogno dell'utente. La conclusione dell'a. è che non può parlarsi, nel caso in esame, di un contratto di somministrazione perché quest'ultima *ex art.* 1559 c.c. riguarda solo le cose e non i servizi e, quindi, non rimane che qualificare il contratto come un appalto di servizi *ex art.* 1677 c.c. La conclusione non si differenzia, quindi, dalle tesi già ricordate. Ancora una volta si rilevano i vizi evidenziati esaminando le altre teorie: da un lato l'ostacolo formale rappresentato dalla nozione di contratto di somministrazione, disciplinato dal codice civile, che non può riguardare i servizi e dall'altro l'assenza totale di ricerca diretta ad individuare, in concreto, quali siano le norme del codice civile che disciplinano il c.d. appalto duraturo di servizi.

³³ VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, p. 131

³⁴ VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet*, cit., p. 129

gare quel bisogno. (...) Si deve tener conto però che il negozio telematico considerato è un contratto di durata. Il *provider* si impegna ad assicurare all'utente il collegamento con la rete per l'intera durata del negozio. Tale carattere non è peculiare al comune appalto, il quale va annoverato fra i contratti ad esecuzione prolungata, ma non tra i contratti di durata³⁵.

Ma l'a. conclude con un'affermazione importante perché reca, in conclusione, uno « scampolo » di disciplina normativa del contratto: « Riteniamo a scopo esemplificativo che si applicano al contratto gli artt. 1565 e 1569 c.c. al posto rispettivamente degli artt. 1662, comma 2 e 1671 c.c., nonché gli artt. 1565 e 1566 c.c »³⁶.

3. LE DIFFICOLTÀ DI INQUADRAMENTO DELLA DOTTRINA COME RIFLESSO DELLA RICOSTRUZIONE TRADIZIONALE DEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE.

L'attenzione meramente incidentale, dedicata dall'ultimo autore che si è occupato del contratto in esame, alle norme che compongono la disciplina induce ad impostare il problema giuridico nei termini che seguono, sottoponendo a revisione critica il metodo sin qui seguito dagli autori che si sono occupati del contratto in esame.

All'attenzione dello studioso si pongono due problemi: *a)* il primo è nella individuazione della disciplina che costituisce il tessuto del contratto prescelto; *b)* il secondo problema risiede nella qualificazione giuridica del contratto in esame, come contratto tipico o come contratto atipico e, nella prima ipotesi, nella specificazione del singolo contratto tipico.

Il metodo positivista, che qui si intende privilegiare, impone, infatti, di rovesciare l'impostazione tendenzialmente seguita dalla dottrina che ha studiato il contratto. Occorre, quindi, individuare prima la disciplina applicabile e, solo dopo, la qualificazione giuridica del contratto in esame. L'evoluzione della dottrina in materia è quanto mai singolare perché finora la dottrina, che ha studiato i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di durata, ha vacillato tra due poli: da un lato vi sono autori i quali hanno qualificato *tout court* i contratti in oggetto come contratti atipici, sul presupposto che il legislatore non detti una disciplina dedicata espressamente al tipo di contratto studiato e, dall'altro, vi sono autori che hanno qualificato il contratto come vendita o come appalto.

³⁵ VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet*, cit., p. 133.

³⁶ VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet*, cit., p. 133.

Il primo orientamento dottrinario osserva che il contratto *de quo* va qualificato come contratto atipico, nonostante sia un appalto di servizi perché l'art. 1677 c.c. solo apparentemente detta una disciplina del contratto, laddove in realtà affida all'interprete l'individuazione della disciplina concretamente applicabile, limitandosi ad affermare, con forma criptica, che al contratto in esame sono applicabili: «in quanto compatibili le norme di questo capo (appalto) e quelle compatibili con il contratto di somministrazione». Ma questo compito affidato dal legislatore all'interprete sarebbe — si osserva — del tutto identico al compito che apporta l'interprete nell'individuazione della disciplina del contratto atipico, onde la conclusione che sembra obbligata è che il contratto *de quo* è atipico. Naturalmente, a *fortiori*, alla stessa conclusione giungono tutti quegli autori i quali, in presenza di contratti di servizi di durata, parlano *tout court* di contratto atipico, senza neanche ritenere applicabile la norma contenuta nell'art. 1677 c.c.

La dottrina più recente, avverte, però, l'esigenza della qualificazione in termini di tipicità. E la ragione è evidente. Se, in passato, i contratti aventi ad oggetto servizi di durata costituivano veramente l'eccezione rispetto alla regola dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di cose, oggi la realtà è cambiata. La tendenziale servizzazione dell'economia già degli anni '70 e la rivoluzione tecnologica in atto con la «dominazione» di Internet hanno reso evidente che il contratto base sul quale si fonda tutta la realtà ed operatività della rete Internet è proprio un contratto di durata avente ad oggetto la prestazione di servizi dell'informazione. L'accesso ad Internet diventa la regola nell'economia dell'informazione, laddove storicamente la *atipicità* contrattuale è stata creata dalla scienza giuridica per inquadrare tutti i fenomeni che, in qualche modo, eccedevano la realtà tecnologica ed economica dei tipi prevalenti. Quando è apparso chiaro, però, che Internet non costituiva più un'eccezione o un'anomalia rispetto al mondo della fisicità, ma costituiva, ormai, una nuova realtà tecnica e sociale e economica, a carattere generale, la dottrina ha compreso che non era più possibile rinviare, nel limbo residuale dell'*atipicità*, contratti che ogni giorno di più diventano il tessuto connettivo organico della realtà socio-economico quotidiana.

Oggi il contratto di accesso ad Internet o il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi in Internet costituisce sempre più un insieme organico di transazioni che, dal punto di vista quantitativo, è destinato, nel tempo, a soppiantare la realtà socio-economica precedente.

Sta di fatto che la dottrina tradizionale, pur avvertendo la necessità di ricondurre a tipicità i contratti di Internet, non ha compiuto lo sforzo ermeneutico e sistematico di creare, all'interno del codice civile stesso, gli «alloggiamenti necessari» per

ospitare la nuova realtà delle transazioni, via Internet. È derivato da tutto ciò una sorta di diaframma tra le diverse opinioni dottrinarie che non sembrano adeguate alla novità del fenomeno studiato.

Questo diaframma si concreta in due orientamenti dottrinari che hanno un tratto in comune rappresentato dalla tendenza ad escludere che il contratto *de quo* sia qualificabile come somministrazione per la ragione che il contratto di somministrazione per il codice civile ha ad oggetto la prestazione duratura o periodica di cose *ex art.* 1559 c.c. e non di servizi. Da tale premessa la dottrina fa discendere la conseguenza ineluttabile che il contratto in esame doveva essere qualificato come contratto di appalto ancorché, si specifica, contratto di appalto di servizi duraturi *ex art.* 1677 c.c.³⁷.

All'umile fatica di dimostrare che tale impostazione del problema era nominalistica, in quanto fondata sulla apparenza definitoria, contenuta nelle norme del codice civile, l'autore del presente scritto si è dedicato nel corso degli anni.

Tale ricerca ha cercato di dimostrare che l'art. 1677 c.c. è una mera norma di rinvio, che richiama e le norme sull'appalto e le norme sulla somministrazione, in guisa che da un lato quella che appare a prima vista la stazione di arrivo dell'interprete costituisce soltanto la stazione di partenza dell'interpretazione e dall'altro, pur volendo rimanere legati al dato nominalistico e letterale dell'art. 1677 c.c. non si vede per quale ragione il contratto *de quo* dovrebbe essere qualificato come contratto di appalto e non come somministrazione, posto che l'art. 1677 c.c. richiama e la disciplina dell'appalto e la disciplina della somministrazione senza distinzione. La mera collocazione dell'art. 1677 c.c. tra le norme sull'appalto costituisce un argomento troppo fragile ed inconsistente, ove si guardi alla sostanza normativa del problema che impone di individuare prima la disciplina applicabile e, poi, la qualificazione del contratto.

Lo stesso legislatore, d'altro canto, prima ancora dell'interprete, forza la qualificazione giuridica, nella misura in cui ritiene sicuramente applicabile ad un contratto di appalto la normativa sulla somministrazione che per la definizione dell'art. 1559 c.c. è deputata a disciplinare la prestazione di cose e non di servizi. Questa contraddizione logica, prima ancora che giuridica, del legislatore non sfiora neanche il formalismo legislativo degli autori che si sono avventurati nell'esame del problema.

³⁷ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 106; TOMMASI, *I contratti di accesso*, cit., p. 138; VISALLI, *Contratto di accesso ad Internet*, cit., p. 133.

4. IL CONTRATTO DI ABBONAMENTO AD INTERNET COME CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI SERVIZI: LA DISCIPLINA APPLICABILE.

In chiave ricostruttiva l'osservazione dalla quale deve partirsi è che l'art. 1677 c.c. non contiene alcun criterio di selezione delle due serie di normative che richiama. Soccorre, però, l'art. 1570 c.c. che, tra le norme richiamate dall'art. 1677 c.c., reca un criterio di selezione della disciplina, perché testualmente recita: « Si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni ».

L'art. 1570 c.c. non è allora norma di ritorno dell'art. 1677 c.c. dettata in tema di appalto. Le due norme non sono corrispondenti, perché non hanno lo stesso contenuto normativo. Invero l'art. 1677 c.c. non detta un criterio di gerarchia tra norme richiamate in tema di appalto e norme richiamate in tema di somministrazione, laddove l'art. 1570 c.c. detta questo criterio, affermando testualmente, che le norme dei contratti a cui corrispondono le singole prestazioni (e, pertanto, le norme sull'appalto) si applicano soltanto se siano *compatibili* con le norme sulla somministrazione. Ma il criterio di *compatibilità* si traduce nel criterio di *gerarchia* a favore delle norme sulla somministrazione³⁸.

³⁸ Vero è che l'art. 1570 c.c. è inserito in un contratto avente ad oggetto la prestazione di cose e non di servizi e, quindi, il legislatore, richiamando all'art. 1570 c.c. le norme che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, avrebbe potuto riferirsi alle sole norme di contratti che hanno per oggetto le prestazioni di cose (come per esempio la permuta, il contratto estimatorio), ma tale osservazione è superata da argomenti di ordine logico, positivo e storico. Anzi tutto lo stesso codice all'art. 1677 c.c. dichiara applicabili le norme sulla somministrazione ad un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di durata. E tra le norme richiamate vi è anche l'art. 1570 c.c. che va letto in armonia con l'art. 1677 c.c. L'art. 1570 c.c., a sua volta, non è in contrasto con l'art. 1677 c.c., perché tale ultima regola è una norma neutra che non detta alcun criterio di prevalenza di una normativa sull'altra. Onde, se tra le norme richiamate dall'art. 1677 c.c. vi è una norma che detta un criterio di prevalenza tra le due serie di normative, non si vede la ragione per la quale tale criterio non debba trovare applicazione. Questo primo argomento di diritto positivo è suffragato da un argomento di

ordine logico posto che le norme in tema di somministrazione sono perfettamente applicabili anche ai contratti aventi ad oggetto servizi. Infine il dato emergente dai lavori preparatori del codice in tema di somministrazione, che la più recente ricerca ha giustamente portato alla luce, è significativo. La disciplina dettata dal codice in tema di somministrazione fu redatta pensando ad una figura di somministrazione *bivalente* e, cioè, avente ad oggetto la prestazione continuativa sia di cose, sia di servizi. Eloquentemente è il testo dell'art. 398 del Progetto preliminare del codice di commercio che, sotto il titolo « Contratto di somministrazione », così recita: « *In virtù del contratto di somministrazione uno dei contraenti si obbliga verso l'altro per un prezzo determinato o variabile, ad una serie di prestazioni periodiche o ad una prestazione continuativa di cose o servizi* ». La ricerca più recente ha, altresì, evidenziato che la mutilazione, all'ultimo momento, dell'espressione « servizi », nella definizione dell'art. 1559 c.c., non trova, nei lavori preparatori, giustificazione alcuna, e, quel che più conta, lascia del tutto inalterate le singole norme sulla somministrazione che, pensate originariamente con ri-

Al contratto in esame troveranno, allora, applicazione, in primo luogo, tutte le norme sulla somministrazione e, poi, quelle sole norme sull'appalto compatibili con le norme sulla somministrazione. A loro volta le norme possono essere distinte in tre categorie a seconda che disciplinino: a) gli elementi costitutivi del contratto; b) l'esecuzione del contratto con particolare riferimento ai diritti e gli obblighi delle parti; c) l'estinzione del contratto e del rapporto.

All'esito di una ricerca svolta in altra sede³⁹ si è ricostruito — come si è detto e si ripete — un criterio di individuazione della normativa, in forza del quale al contratto di somministrazione di servizi tornano applicabili tutte le norme sulla somministrazione e, delle norme sull'appalto solo quelle compatibili con le norme sulla somministrazione. In forza di tale criterio la normativa sulla somministrazione di servizi è stata individuata altrove nelle norme che seguono: artt. 1560, 1561 (1657), 1562, 1563, 1564, 1565, 1566, 1567, 1568, 1569, 1656, 1658, 1659, 1660¹, 1661, 1662, 1665, 1667, 1669, 1670, 1674¹, 1675, 1676 c.c.

Nell'economia del presente lavoro l'attenzione si fermerà sull'analisi dei profili normativi di dissenso con la dottrina che si è occupata del problema normativo⁴⁰.

In concreto, la dottrina, ritiene che non siano applicabili al nostro contratto gli artt. 1560, 1561, 1563, 1568 c.c. Questa tesi solleva perplessità.

L'inapplicabilità dell'art. 1560 c.c. al contratto di accesso ad Internet viene così giustificata: « La norma presuppone la dazione di cose o comunque un *facere* quantitativamente graduabile, mentre nel caso *de quo* il *provider* deve solo permettere la connettività, sicché non vedo come si possa determinare una quantità di prestazioni corrispondente al normale fabbisogno. Non è infatti pensabile una limitazione oraria o giornaliera di connettività: è impossibile determinare il normale fabbisogno di connessione ad Internet di un soggetto, consumatore o professionista che sia. Non si

ferimento sia alle cose, sia ai servizi, rimangono bivalenti nel testo definitivo del codice e, cioè, perfettamente applicabili in massima parte sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di cose, sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi. Gli argomenti svolti trovano, infine, un supporto di carattere sistematico molto rilevante nel principio di *specialità*. Infatti individuato l'ambito di applicazione della normativa sulla somministrazione, la dottrina più recente ha, poi, individuato un criterio di gerarchia tra le due serie di normative, quanto dire la *ratio* dell'art. 1570 c.c. Tale *ratio* va individuata nel principio di *specialità*. Invero le norme sulla somministrazione so-

no dettate in funzione della durata della prestazione e la durata esprime un tratto che caratterizza e specifica la prestazione istantanea, onde per necessità logica prima ancora che giuridica la norma correlata deve prevalere sulla norma che ha ad oggetto la disciplina della prestazione istantanea. Diversamente verrebbe meno la stessa ragion d'essere delle norme sulla prestazione duratura. (Vedi BOCCHINI, voce « *Somministrazione di servizi* » in *Enc. dir.*, vol. IV, Aggiornamento, Milano, 2000, p. 1110 e ss.).

³⁹ BOCCHINI, voce « *Somministrazione di servizi* », cit., p. 1117.

⁴⁰ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 107 e ss.

può nemmeno pensare ad una limitazione della velocità di connessione, la quale è di interesse nella misura massima per qualunque utente e, inoltre, concerne più una modalità di esecuzione del servizio che l'aspetto quantitativo dello stesso, tenuto invece presente dalla norma *de qua*»⁴¹.

La tesi sembra non trovare riscontro nella tipologia contrattuale corrente. Infatti essa sembra riguardare solo l'ipotesi del contratto con pagamento del prezzo *a forfait*, che prescinde dal fabbisogno della parte, perché consente un accesso illimitato, nel tempo, a fronte del pagamento di un determinato prezzo fisso. Ma questa è solo un'ipotesi tra le tante correnti nella pratica commerciale. Infatti sono altresì usuali, nella pratica commerciale, contratti con navigazioni giornaliere o ad ore. E per questi contratti il prezzo è stabilito per l'unità di tempo (ora, giorno, settimana, mese), nella quale avviene effettivamente il collegamento alla rete Internet. Pertanto, in questi schemi contrattuali, non viene stabilita l'entità globale della somma che l'utente deve pagare per l'accesso alla rete Internet, ma essa varia a seconda dell'utilizzazione e, quindi, del fabbisogno dell'utente. In questa ipotesi l'art. 1560 c.c. trova concreta applicazione⁴² in quanto, la norma, in assenza di pattuizioni di quantità della prestazione, indica il parametro nel fabbisogno dell'utente che deve ricevere la prestazione. E ciò avviene di fatto, per tutti i contratti di accesso alla rete. Concludendo, contrariamente a quanto afferma l'a. ricordato, nulla osta all'applicazione dell'art. 1560 c.c. al contratto *de quo*, anzi la sua applicazione è fondamentale in caso di mancata determinazione dell'entità della prestazione del somministrante, onde *ex art.* 1560 c.c. la prestazione del *provider* deve essere commisurata al fabbisogno dell'utente.

La dottrina in esame non ritiene, poi, applicabile l'art. 1561 c.c. in tema di determinazione del prezzo ed osserva al riguardo che: « La norma concerne la periodicità, mentre, nel nostro caso, si ha una continuità di prestazione (si applicherà semmai l'art. 1657 sull'appalto nell'improbabile ipotesi in cui non vi sia pattuizione di corrispettivo) »⁴³.

⁴¹ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 111.

⁴² Ultimamente la Telecom S.p.A. sta proponendo tale tipo di offerta commerciale denominata « Tin.it ADSL giornaliero » ed anche gli altri *provider* forniscono tipi di contratto simili o con unità di tempo diverse. In altri casi a secondo delle offerte commerciali dei *provider* il contratto di accesso può anche essere limitato in base agli accessi, al tempo, ai dati sca-

ricati, ma questo non modifica in nulla il ragionamento svolto in quanto l'art. 1560 c.c. afferma espressamente: « Quando non sia determinata l'entità della somministrazione, si intende pattuita al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto ». Quindi quando invece essa è pattuita le norme della somministrazione sono parimenti applicabili.

⁴³ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 111.

Normalmente i contratti di accesso alla rete Internet possono essere gratuiti o a pagamento, ma, nella seconda ipotesi, sembra difficile immaginare che il fornitore di accesso alla rete non indichi il prezzo della fornitura del servizio. Il ragionamento non può essere condiviso perché sono possibili offerte commerciali e contratti di abbonamento estivo o invernale o limitato ad alcuni mesi dell'anno, ad Internet in particolare per tutte le attività delle c.d. imprese stagionali.

Altra norma che l'Albertini non ritiene applicabile è l'art. 1568 c.c. sull'esclusiva a favore dell'avente diritto alla somministrazione. Osserva l'a.: «Non sarebbe concepibile, allo stato attuale, un interesse dell'utente ad una esclusiva a proprio favore a carico del *provider*, perlomeno se l'utente è un consumatore. È concepibile invece siffatta esclusiva nell'ipotesi che l'utente sia un'impresa di grosse dimensioni: in tale caso non è irragionevole pensare che l'impresa desideri che nessun altro concorrente venga seguito dal medesimo *provider*»⁴⁴.

Ma lo stesso autore deve ammettere che se il rapporto si instaura tra due professionisti e non tra consumatore e professionista può essere ammessa una previsione di esclusiva a favore del somministrato. In conclusione anche secondo l'a. l'esclusione dell'applicazione della norma indicata vi sarebbe solo nell'ipotesi di contratto tra consumatore e professionista.

Anche per questa ipotesi, però, l'affermazione non può essere condivisa in quanto, all'opposto, si potrebbe rispondere che è ben concepibile che un utente possa voler inserire nel contratto una clausola siffatta, che limiti la fornitura del servizio di accesso alla rete al solo somministrato o ad un numero massimo di utenti impedendo, quindi, al somministrante di stipulare altri contratti «nella zona di esclusiva e per la durata del contratto offrendo a terzi concorrenti prestazioni della stessa natura di quelle che formano oggetto del contratto» (art. 1568 c.c.). Infatti il problema al quale vanno incontro la maggior parte degli utenti-somministrati della rete Internet è proprio quello della lentezza del collegamento e tale lungaggine del collegamento alla rete dipende dal fatto che i *provider* stipulano molti contratti di accesso non avendo, poi, gli strumenti tecnici per poter soddisfare tutte le richieste per permettere un accesso alla rete ed una navigazione veloce. Praticamente accade che i c.d. bocchettoni nei quali devono passare tutti gli utenti per poter accedere alla rete sono sottodimensionati rispetto agli utenti con i quali il somministrante-fornitore ha stipulato i contratti e, quindi, gli utenti-somministrati ricevono un servizio di scarsa velocità e qualità e non riescono ad accedere alla rete

⁴⁴ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 111-112.

in tempi brevi. Da ciò deriva che proprio una clausola di esclusiva a favore del somministrato ai sensi dell'art. 1568 c.c. garantirebbe maggiormente la qualità-celerità del servizio perché il *provider* non potrebbe offrire lo stesso servizio a terzi. Naturalmente sarà la pratica commerciale a stabilire se i *provider* accetteranno una clausola siffatta.

Se si passa, poi, all'esame della normativa relativa all'esecuzione delle prestazioni previste dal contratto, l'Albertini esclude l'applicazione dell'art. 1563 c.c. relativo alla « scadenza delle singole prestazioni » affermando che: « anche qui la norma concerne la periodicità, mentre nel nostro caso si ha una continuità di prestazioni dell'accesso »⁴⁵.

Come si è già osservato l'a. presuppone che esista un solo contratto di accesso caratterizzato dalla continuità ininterrotta della connessione ad Internet. Ma ciò non risponde alla realtà perché esistono diversi contratti aventi ad oggetto la prestazione di accessi « a tempo », per « giorni di navigazione » ecc. In questi casi la norma che ha ad oggetto la disciplina del termine stabilito per le singole prestazioni appare pienamente applicabile.

In conclusione l'unico autore che cerca di individuare le norme concretamente applicabili al contratto di accesso ad Internet⁴⁶ in mancanza di un sicuro criterio di selezione delle norme perviene da un lato a risultati di diritto positivo non accettabili e ciò conferma della mancanza di un metodo sicuro di costruzione della disciplina e dall'altro applica la normativa della somministrazione⁴⁷, ma senza un criterio di selezione della disciplina.

⁴⁵ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 111-112.

⁴⁶ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 108 e ss.

⁴⁷ ALBERTINI, *I contratti di accesso*, cit., p. 110-111.