

ROBERTO D'ORAZIO • VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

PROFILI DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E AQUILIANA NELLA FORNITURA DI SERVIZI TELEMATICI

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. I servizi telematici. Elementi strutturali del mercato e prospettive di evoluzione. — 3. Lineamenti dei contratti per l'acquisizione di servizi telematici. Schemi contrattuali e natura giuridica della prestazione. — 4. (*segue*): Le fonti del regolamento contrattuale: autonomia privata e disciplinare *Videotel*. — 5. La responsabilità contrattuale. Clausole di limitazione e di esonero. — 6. (*segue*): Responsabilità del vettore telematico. Criteri di economicità dell'impresa (pubblica) e questioni di legittimità costituzionale. — 7. La responsabilità extracontrattuale del fornitore di servizi telematici; *a*) la violazione di diritti d'autore; *b*) la violazione di norme sulla concorrenza sleale; *c*) la lesione di diritti della personalità; *d*) il danno ai fruitori dell'informazione; *e*) la responsabilità del « produttore ». — 8. Autoregolamentazione degli operatori e ambiti di intervento normativo.

1. PREMESSA.

La telematica, secondo la nozione comune consistente nell'attività di trasmissione a distanza, con l'ausilio di una rete di telecomunicazioni, di informazioni elaborate elettronicamente, va assumendo sempre più un ruolo cruciale nell'economia contemporanea, in cui l'informazione stessa è divenuta risorsa strategica, perno di riorganizzazioni industriali e di strutture finanziarie, creatrice di nuove interdipendenze tra differenti poli produttivi¹.

Al processo rapidissimo di innovazione tecnologica che investe il settore dell'informatica e quello delle telecomunicazioni, determinandone la convergenza, l'integrazione e, almeno in parte, l'unificazione², corrispondono, sul piano economico, l'apertura di nuovi mercati e i fe-

* Il presente scritto ha come primo abbozzo un « Rapporto italiano » sulla responsabilità nella fornitura di servizi di informazioni automatizzate commissionato dalle Comunità Europee nel quadro di una più ampia ricerca sul mercato comune dell'informazione. Il § 7 è opera di V. ZENO-ZENCOVICH, tutti gli altri di R. D'ORAZIO.

¹ Sull'impatto della *information revolution* sul complesso dei settori produttivi v. K.J. ARROW, *L'informazione come industria di servizi*, in G. TAMBURINI (a cura di), *Verso*

l'economia dei nuovi servizi: il settore finanziario, Bologna, 1988, p. 29 ss.; per quanto concerne in modo particolare l'esperienza economica italiana, v. N. CATANIA (a cura di), *La videoinformazione nella strategia e operatività dell'impresa*, Roma (ANFOV), 1986.

² Sulle possibilità d'integrazione fra servizi di comunicazione in relazione all'uso di una medesima rete di collegamenti a fibre ottiche, cfr. le considerazioni di HUTCHENSON, in OECD, *Trends of Change in Telecommunications Policy*, Parigi, 1987.

nomeni di concentrazione tra imprese operanti in settori diversi: la stampa, l'editoria, gli audiovisivi, la finanza³.

Crocevia del mercato dell'informazione è la banca dati, impresa di servizi⁴ la cui attività consiste sia nella vendita di « dati grezzi », sia nella fornitura di servizi sempre più ampi, che permettono di utilizzare questi dati con elaborazioni statistiche, simulazioni, modelli e studi di varia natura.

La dimensione multifunzionale ed interattiva dei sistemi automatici di raccolta, conservazione, ricerca e comunicazione delle informazioni, di cui si avvalgono le banche dati, costituisce l'elemento di novità di cui deve necessariamente tener conto la riflessione giuridica sia sui rapporti inerenti alla prestazione dei nuovi servizi, che, più ampiamente, sulla disciplina complessiva dei mezzi di comunicazione (nonché, in ultima analisi, sulla stessa qualificazione, nell'ambito del « dialogo telematico », delle situazioni soggettive concernenti l'attività ora di corrispondenza, ora di informazione, ciascuna oggetto nel nostro ordinamento di garanzie costituzionali, ex artt. 15 e 21 della Costituzione)⁵.

La rilevanza giuridica di tale presupposto tecnico ed economico risulta evidente ove si considerino i mutamenti che esso ha contribuito a determinare in alcuni ordinamenti. L'assetto europeo dei mezzi d'informazione, infatti, si è a lungo mantenuto tendenzialmente uniforme nella sua fisionomia normativa, connotata, in ogni ordinamento, dagli istituti caratteristici di ogni particolare settore, ciascuno sviluppatosi separatamente e regolato diversamente dall'altro (si pensi, ad esempio, al regime di libera concorrenza riservato alla stampa, al monopolio statale della radiotelevisione, all'estensione del principio della segretezza della corrispondenza al telefono e al telex)⁶.

Ma, con il diffondersi delle nuove tecnologie dell'informatica, la tradizionale ripartizione dei mezzi di comunicazione si è rivelata non più adeguata a descriverne la realtà: l'abolizione delle frontiere tra i *media*, il ravvicinamento tra tecniche tra loro prima non comunicanti, i processi di integrazione economica hanno impresso ad ogni settore una forte spinta evolutiva verso un modello multimediale, suscitando la necessità di una visione sistemica dei problemi giuridici dell'informazione⁷.

³ Cfr. in argomento R. PAGANO, *Aspetti economici e giuridici delle banche dati*, in *Inf. e dir.*, 1983, 3, p. 88 ss.

⁴ Cfr. G. SANTINI, *Commercio e servizi*, Bologna, 1989, p. 485; sulla nozione di impresa di servizi, v. in particolare pp. 434-436.

⁵ La collocazione dell'esercizio di una banca dati nell'ambito della sfera garantita da questa o quella libertà costituzionale (iniziativa economica, libera ricerca scientifica, libertà di corrispondenza o di manifestazione del pensiero), può acquistare rilievo, sul piano della politica del diritto, per l'impostazione di una normativa in questo settore, che, in ognuna delle varie ipotesi, è sottoposto all'esigenza costituzionale della riserva di

legge: cfr. S. BARTOLE, *Introduzione ad una discussione sui contenuti di una legge in materia di banche dati*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Le banche dati in Italia*, Napoli, 1985, p. 195; in argomento v. anche L. PESOLE, *Sistemi telematici e tutela costituzionale*, in questa *Rivista*, 1990, p. 711 ss.

⁶ Principio, quest'ultimo, espressamente recepito anche a livello costituzionale: cfr. l'art. 18.3 della Costituzione spagnola, su cui v. J. JIMENEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, in *Riv. Esp. de Derecho Const.*, 1987, 20, p. 35 ss.

⁷ Cfr. E. ROPPO, *Un « diritto dei mezzi di comunicazione di massa »?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 75 ss.

Tale esigenza ha finito col sovvertire, in questo campo, la precedente omogeneità normativa tra i vari Paesi europei, determinando, in alcuni di essi, il sorgere di un nuovo approccio che si è tradotto ora in momenti di regolamentazione, ad esempio con l'applicazione delle principali norme sulla stampa ad ogni forma scritta (anche elettronica) di diffusione del pensiero, ora di *deregulation*, con la messa in discussione dello stesso monopolio delle reti di telecomunicazione. Pur non volendo qui fare un solo fascio di esperienze originate da contesti legislativi, culturali e storici del tutto diversi, ciò sembra indicare, dove la riflessione sul tema si è fatta più consapevole e aggiornata, la tendenza dei modelli normativi di settore a confluire nell'alveo di un diritto comune delle telecomunicazioni.

Nel nostro ordinamento, il quadro normativo dei servizi telematici, consistendo tuttora unicamente di decreti ministeriali, ovvero di fonti normative di rango non primario, non contiene significativi elementi di disciplina legale⁸.

Presumibilmente, un impulso per interventi normativi in questo ambito potrà venire dagli organismi comunitari: la Commissione della CEE, consapevole dell'importanza strategica delle telecomunicazioni, e della loro peculiare funzione di infrastruttura necessaria a tutti i comparti del mercato, ha già avviato, con il « Libro verde » del 1987⁹, una fase di concertazione con i Paesi membri, le cui coordinate tecnologiche (interconnessione e compatibilità dei sistemi telematici) postulano quelle giuridiche della concorrenza e dell'armonizzazione legislativa¹⁰.

All'azione comunitaria sul fronte dell'offerta dei servizi non ha però corrisposto un pari intervento sul lato della domanda. Infatti, salvo che per il settore specifico del trasferimento elettronico di fondi¹¹, non sono venute dalla Comunità norme a tutela degli utenti dei servizi telematici: una prospettiva parziale che, attesa la stretta correlazione tra il pieno radicamento di tali servizi nelle attività economiche e l'adeguatezza del regime della responsabilità che ne regola la prestazione, potrebbe frenarne lo sviluppo e la diffusione¹².

⁸ V. in proposito R. SPECIALE, *Sulla configurazione giuridica dei sistemi telematici. Appunti e problemi*, in questa *Rivista*, 1988, p. 359 ss. Sul quadro normativo v. anche, da ultimo, F. CHIAPPETTA, *Legislazione delle telecomunicazioni e telematica*, Milano, 1989.

⁹ *Verso un'economia europea dinamica - Libro verde sullo sviluppo di un mercato dei servizi ed apparati di telecomunicazione*, COM (290) def. del 30 giugno 1987. Sul ruolo del diritto comunitario in *subjecta materia* cfr. le osservazioni di P. LECLERQ, *Perspectives communautaires sur l'évolution du cadre juridique d'une économie de l'information*, in *Droit de l'inf. et des tel.*, 1988, 1, p. 11 ss.

¹⁰ Interessante esempio di come la Comunità stia perseguendo l'obiettivo di una compatibilità tecnica dei sistemi telematici esistenti nei vari Paesi membri, favorendo,

nel contempo, la concorrenza tra gli operatori del settore, è il Regolamento della Commissione CEE 26 luglio 1988, n. 2672/88, concernente l'applicazione dell'art. 35 del Trattato di Roma a talune categorie di accordi tra imprese relativi a sistemi telematici di prenotazione per i servizi di trasporto aereo (in questa *Rivista*, 1989, p. 319 ss.).

¹¹ Cfr., da ultima, la Raccomandazione della Commissione CEE del 17 novembre 1988, sui rapporti tra titolare ed emittente di una carta di pagamento elettronico, in questa *Rivista*, 1989, p. 761 ss., sulla quale cfr. R. D'ORAZIO, *Aspetti evolutivi della disciplina CEE delle carte di pagamento*, *ivi*, 1989, p. 765 ss.

¹² Cfr. Y. POULLET e C. MONVILLE, *La demande finale en télématique. Aspects juridiques*, Bruxelles, 1988, p. 11.

In attesa di un orientamento comunitario definito in tutti i suoi tratti, sembra opportuno domandarsi se il nostro ordinamento, in comparazione con gli altri sistemi giuridici europei, non contenga già idonei strumenti giuridici di tutela dell'utente di servizi telematici; in questa prospettiva, si tenterà pertanto di tracciare una tipologia delle principali ipotesi di responsabilità, e dei possibili rimedi alle intervenute lesioni di interessi privati.

2. I SERVIZI TELEMATICI. ELEMENTI STRUTTURALI DEL MERCATO E PROSPETTIVE DI EVOLUZIONE.

L'esperienza economica ha conosciuto fino ad oggi la diffusione di una certa varietà di servizi telematici; un tentativo di identificazione delle prestazioni dedotte nei contratti che si definiscono « telematici » (per distinguerli nel più vasto contesto dei cosiddetti contratti d'informatica), sebbene poco rappresentativo, forse, di uno stato della tecnica e di una prassi commerciale in rapida evoluzione, può tuttavia risultare utile, oltre che per individuare le ipotesi di inadempimento, per porre in rilievo gli eventuali problemi giuridici comuni a tutti i servizi telematici e per delimitare la portata applicativa di determinate soluzioni.

A tal fine, i criteri utilizzabili sono vari, ed ognuno pone in risalto un aspetto particolare dei servizi, in ordine alla funzione, al contenuto, agli utenti o ai fornitori.

Dal punto di vista funzionale, si può distinguere tra servizi di informazione, che richiedono l'intervento di un produttore che raccolga ed organizzi i dati, e servizi di trasmissione (o di « teletransazione »), che realizzino l'invio di informazioni tra gli utenti: manca in questo caso la figura del produttore, provenendo i dati dagli stessi utilizzatori.

Una diversa classificazione può formularsi con riguardo al contenuto del messaggio: infatti si possono distinguere le informazioni rese accessibili alla generalità del pubblico (orari e tariffe di mezzi di trasporto, informazioni commerciali) dalle comunicazioni di natura privata o confidenziale (operazioni bancarie, messaggistica elettronica, dati che costituiscono elementi della formazione di un contratto); è questo il criterio suggerito dalla riforma legislativa francese sulla libertà di comunicazione¹³, che regola soltanto le prime, in ragione del-

¹³ L'art. 2 della *loi* 30 settembre 1986 sulla libertà di comunicazione (in *J.O.*, 1° ottobre 1986, p. 11755) definisce la comunicazione audiovisiva come la « messa a disposizione del pubblico o di categorie di pubblico, attraverso un procedimento di telecomunicazione, di segni, segnali, scritti, immagini,

suoni o messaggi di qualunque natura che non abbiano carattere di corrispondenza privata ». V. in proposito J.P. DUBOIS, *Le nouveau statut de la communication*, in *Rev. du droit public et de sc. pol.*, 1987, I, p. 321 ss.; A. ROUX, *La liberté de communication in Francia*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 365 ss.

l'impatto che determinate informazioni possono avere sugli utenti e sul mercato, lasciando presumere che le seconde siano assimilabili alla corrispondenza privata (con rilevanti implicazioni giuridiche circa il rispetto del segreto e della sicurezza delle trasmissioni)¹⁴.

Ma la più nota definizione dei servizi telematici, originata dall'evoluzione delle telecomunicazioni negli Stati Uniti¹⁵, ed accolta a grandi linee in sede comunitaria, si fonda a sua volta sulla previa distinzione tra servizi di base e servizi a valore aggiunto (VAS); criterio di matrice prettamente tecnico-economica, che però ha il pregio di evidenziare subito alcune implicazioni giuridiche destinate ad influenzare il regime della responsabilità nella fornitura di servizi telematici. In termini generali, il primo gruppo si riferisce alle infrastrutture di base, per mezzo delle quali la trasmissione d'informazioni viene effettuata senza che ad esse vengano apportate modifiche, mentre del secondo fanno parte quei tipi di comunicazione interattiva in cui alla semplice trasmissione si aggiunge un trattamento dei dati (in ordine al contenuto, al formato, al protocollo) che ne accresce il valore commerciale. Il servizio telematico, in questo senso, può definirsi come un servizio a valore aggiunto prestato mediante un servizio di base¹⁶.

Come appare evidente dalla stessa formulazione, lo scambio di messaggi tra i partecipanti all'operazione telematica presuppone un sistema di trasmissione e richiede quindi l'intervento di un vettore, il cui ruolo è assolto, nella gran parte dei casi, dal gestore delle reti pubbliche di telecomunicazione.

Per comprendere l'influenza che il particolare statuto del gestore, nel nostro ordinamento, produce sul regime della responsabilità relativo alla prestazione dei servizi, sarà utile fare riferimento, nel corso della nostra ricerca, al sistema *videotex* di comune esperienza, assumendo a modello il servizio videotel fornito dalla SIP (che connette tra loro gli utenti, a diverso titolo, della rete), ampiamente rappresentativo della problematica in esame^{16-bis}.

¹⁴ Infatti, la circolare francese del 17 febbraio 1988, presa in applicazione della citata legge n. 86-1067 (in *J.O.* 9 marzo 1988, p. 3148), ha accolto la distinzione tra servizi il cui accesso sia ristretto (ad esempio, il *teleshopping*), che sono assimilati ad una forma di corrispondenza privata, e che sono totalmente liberi, e servizi *grand public*, considerati una nuova forma di stampa e pertanto sottoposti alla relativa legislazione.

¹⁵ Cfr. J. BARREAU e A. MOULINE, *La déréglementation américaine des télécommunications et l'Europe: les exemples français et britannique*, in *Rev. d'econ. ind.*, 1987, I, p. 39 ss.

¹⁶ Secondo il progetto di direttiva sul mercato dei servizi di telecomunicazione, in

corso di elaborazione presso la DG IV Commissione CEE, per servizi a valore aggiunto devono intendersi la conversione di protocollo, le procedure di accesso a banche dati, il trattamento di dati a distanza, la « posta elettronica », il trasferimento elettronico di dati relativi a transazioni finanziarie o commerciali, il *teleshopping* e i servizi di prenotazione a distanza. Per un'analisi di tali servizi, v. POULLET e MONVILLE, *op. cit.*, p. 29.

^{16-bis} Istituito dal D.M. PP.TT. 27 gennaio 1986 (in questa *Rivista*, 1986, p. 704), è definito dall'art. 1 « servizio interattivo che, attraverso appositi centri realizzati dalla SIP sulla rete pubblica di telecomunicazioni, prevede procedure standardizzate di accesso a banche dati mediante trasmissioni di tipo telegrafico ».

Il problema della gestione esclusiva, riservata allo Stato, delle reti cui accedono i fornitori e gli acquirenti di servizi — e quindi della rispondenza delle regolamentazioni restrittive ad esigenze di interesse pubblico piuttosto che a criteri di concorrenza e di efficienza allocativa ed organizzativa¹⁷ — trascende l'aspetto qui considerato: in questa sede importa soltanto rilevare in quale misura le prerogative riconosciute dalla disciplina generale delle telecomunicazioni alla società concessionaria, cui è affidata la gestione della rete, possano incidere sui rapporti giuridici tra i singoli operatori, e, di conseguenza, sull'assetto del mercato in cui la prestazione dei servizi informatici, sviluppatasi in un ambiente aperto alla concorrenza, si incontra e si fonde con quella dei servizi di telecomunicazione, tradizionalmente gestiti dalla mano pubblica.

Sotto questo aspetto, sembrano dover assumere particolare rilievo alcuni orientamenti emersi in sede comunitaria. Infatti, non pare del tutto arbitrario prefigurare una separazione dell'attività di offerta di servizi da quella di predisposizione e gestione delle infrastrutture di base, in conseguenza non tanto di misure di politica economica, quanto piuttosto, ed è ciò che qui interessa, dell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza.

Com'è noto, tali norme interdicono, nella prospettiva di uno spazio economico europeo unificato, le pratiche commerciali restrittive da parte delle imprese; ma legittimano l'autonoma delimitazione, da parte degli Stati membri, dei settori pubblici e privati dei mezzi di produzione nonché l'istituzione di imprese pubbliche operanti in regime di monopolio o comunque in posizione dominante.

Ciò non pregiudica, tuttavia, il loro assoggettamento, anche se incaricate della gestione di servizi d'interesse generale, alle norme dettate dal Trattato di Roma: il regime della proprietà di un'impresa non consente infatti di giustificare pratiche commerciali che alterino il commercio intracomunitario (art. 90.1 del Trattato); soltanto nel caso in cui l'applicazione delle norme impedisca a tali imprese di realizzare i compiti loro assegnati, esse possono giovare di un'esenzione (art. 90.2)¹⁸. Ove, in quanto materia d'interesse pubblico, i servizi di telecomunicazione debbano ritenersi compresi, come non pare po-

¹⁷ Cfr., da differenti angoli di visuale, F. ZACCARIA, *Le concessioni telefoniche. Profili amministrativi e finanziari e prospettive d'evoluzione*, in *Dir. dell'impresa*, 1983, p. 247 ss., e D. PIACENTINO, *Fra regolamentazione, deregolamentazione e privatizzazioni: il ruolo delle partecipazioni statali nei settori telefonico e televisivo*, in *Economia pubblica*, 1988, p. 471 ss.

¹⁸ La portata oggettiva dell'esenzione è stata definita in senso restrittivo dalla Corte

di Giustizia nel caso SABAM (sent. 21 marzo 1974, 127-73, in *Raccolta*, 1974, p. 51 ss.): la missione affidata all'impresa non deve essere resa solamente più difficile, ma totalmente impossibile. Per un'analisi dell'art. 90 cfr. A. FRIGNANI e M. WAELLBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1983, p. 109 ss.; sul punto v. inoltre, da ultimo, P. CICCHETTI, *Concorrenza e servizi di telecomunicazione*, in *La Comunità intern.*, 1988, p. 348.

tersi dubitare, nella previsione dell'art. 90, è lecito domandarsi se alcuni aspetti della loro gestione in regime di monopolio non possano trovarsi in contrasto con i principi precedentemente enunciati.

A questo proposito si devono ricordare le decisioni rese dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia nel caso *British Telecom*¹⁹, primo caso di applicazione del diritto comunitario della concorrenza ad un monopolio pubblico di telecomunicazioni. In quella occasione, gli organi comunitari non accordarono l'esenzione, ritenendo che il privilegio esclusivo ammissibile alla luce delle norme CEE non potesse eccedere la gestione dei sistemi di telecomunicazione, estendendosi anche ai servizi la cui prestazione richiedeva l'uso di tali sistemi²⁰.

In altri termini, sembra delinearsi una distinzione tra servizi « riservati », la cui gestione sia esercitata esclusivamente da soggetti pubblici, e servizi « competitivi », rimessi alla libera concorrenza²¹; siffatta ripartizione, una volta accolta nel nostro ordinamento, con ogni probabilità muterebbe non poco il quadro giuridico relativo alla prestazione dei servizi, delimitando per essi un mercato sottratto alle interferenze della disciplina speciale delle telecomunicazioni, di matrice pubblicistica, e regolato dal diritto comune.

¹⁹ Decisione della Commissione CEE del 10 dicembre 1982, in *GUCE*, 21 dicembre 1983 L630, e sent. della Corte di Giustizia del 20 marzo 1985, in causa 41/83, in *Riv. dir. int.*, 1986, p. 541 ss. Com'è noto la Corte ha ritenuto, in tale occasione, che il potere regolamentare dell'ente britannico (ora privatizzato) facesse parte integrante della sua attività d'impresa, e che pertanto il suo esercizio dovesse considerarsi alla stregua di clausole contrattuali relative ai prezzi e alle condizioni dei servizi prestati. Anche l'attività regolamentare delle imprese pubbliche soggiace dunque al vigore degli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma, quando essa sia strettamente connessa all'attività svolta sul piano economico.

²⁰ V. la vicenda ricostruita in G. NAPOLITANO, *Diritto comunitario e diritto internazionale nel caso British Telecom*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 261 ss.; v. inoltre SCHULTEBRAUCKS, *European Telecommunication Law in the Light of the British Telecom Judgment*, in *23 Common Market L.R.* (1986), p. 39 ss. Sul piano dei singoli ordinamenti, è da segnalare la sent. del Trib. de Commerce di Bruxelles del 31 luglio 1986 (in *Journal des Tribunaux*, 1987, p. 345), che ha condannato, per violazione dell'art. 86 del Trattato CEE, l'ente pubblico belga di telecomunicazioni (RTT), avendo esso cumulato le compe-

tenze regolamentari e l'attività di sfruttamento commerciale con riferimento ad apparecchiature destinate ad essere collegate alla rete pubblica.

²¹ Secondo il menzionato progetto di direttiva sui servizi di telecomunicazione (v. nota 16), la combinazione delle attività di regolamentazione e di sfruttamento dovrà considerarsi abuso di posizione dominante (ex art. 86 Trattato CEE). In argomento v. da ultimo P. DEFRAIGNE, *Les développements récentes en matière de libéralisation des services des télécommunications dans la réglementation européenne*, in *Droit de l'inf. et des tél.*, 1989, 2, p. 57 ss. Va inoltre ricordato che la trasmissione telematica di informazioni è stata qualificata in termini di « servizio » (sempre ai sensi del Trattato, specie artt. 59 e 60) dalla Corte di Giustizia, la quale, nell'affare Sacchi (sent. 30 aprile 1974, in causa 155/73, nella *Raccolta*, 1974, p. 409), ha precisato che la « teledistribuzione » ha natura di servizio e non di merce, respingendo senza difficoltà l'argomento secondo cui il trasferimento di dati, implicando la somministrazione di energia elettrica, sulla scorta di ciò dovrebbe assimilarsi alla fornitura di merci; la Corte ha invece ribadito che l'energia elettrica, in questo caso, altro non è che il mezzo tecnico mediante il quale avviene la diffusione dei messaggi.

3. LINEAMENTI DEI CONTRATTI PER L'ACQUISIZIONE DI SERVIZI TELEMATICI. SCHEMI CONTRATTUALI E NATURA GIURIDICA DELLA PRESTAZIONE.

Nel quadro contrattuale relativo ai servizi telematici (altrimenti detti di « video-informazione ») riveste rilievo particolare, per la messa a fuoco del nostro campo d'indagine, la configurazione del rapporto intercorrente tra il fornitore e l'acquirente del servizio, entrambi utenti della rete di telecomunicazione, a seconda del ruolo assunto dal servizio stesso nella formazione o nell'esecuzione del contratto. A questo riguardo, nel novero dei cosiddetti contratti telematici vanno distinte almeno tre diverse ipotesi di rapporto giuridico: i contratti conclusi in via telematica, mediante lo scambio di messaggi sulla rete²², ma cui venga data esecuzione all'esterno del sistema telematico (è il caso del *teleshopping*, ovvero degli acquisti a distanza); i contratti conclusi ed eseguiti telematicamente, a condizioni standardizzate e previamente pubblicizzate (si pensi alle « teleprenotazioni », o ai servizi fruiti mediante « chiosco telematico »)²³; ed infine, le convenzioni concernenti la fornitura di servizi telematici, la cui prestazione costituisce esecuzione di un contratto precedentemente stipulato. È quest'ultima ipotesi, in cui il servizio costituisce l'oggetto del contratto, ad interessare la nostra indagine.

Il servizio telematico, nell'accezione fin qui precisata, richiede, per la sua realizzazione e distribuzione, l'intervento di diversi soggetti, le cui relazioni contrattuali si articolano secondo un livello di complessità variabile.

Lo schema negoziale di ogni operazione telematica, premesso il rapporto di concessione tra lo Stato, titolare giuridico delle reti di telecomunicazione, ed il gestore suo concessionario²⁴, è essenzialmente trilaterale, fondandosi da una parte sul rapporto tra fornitore ed acquirente del servizio, e dall'altra su quello intercorrente tra ciascuno di essi e il vettore²⁵, che mettendo a disposizione la propria rete di trasmissione ne rende possibile il « dialogo ».

²² In tema di *electronic data interchange* v. A. BERNARD e X. THUNIS, *Authentification de l'origine et du contenu des transactions sans papier et questions de responsabilité en droit continental*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 684 ss.

²³ Queste due ultime ipotesi potrebbero assimilarsi, rispettivamente, agli schemi negoziali della vendita a domicilio e per automatico (cfr. SANTINI, *op. cit.*, p. 470 ss.). In questo ambito si collocano i contratti di abbonamento a servizi telematici conclusi mediante terminale (ad esempio, quello predisposto dalla R.C.S. United Advanced Network S.p.A.); in questo caso l'impresa non viene direttamente a contatto con l'utente, il

cui profilo è « autoconfigurabile » con procedure interattive di rete; nel momento in cui egli, dopo essersi collegato per la prima volta alla rete, riceve sul suo terminale-video le condizioni contrattuali, queste ultime si intendono accettate qualora egli prosegua operativamente nel programma proposto (ma sorgono, in tal caso, problemi di sottoscrizione).

²⁴ La convenzione per la concessione dei servizi di telecomunicazione ad uso pubblico alle società SIP, Italcable e Telespazio è stata approvata con d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523.

²⁵ Nell'operazione possono tuttavia essere coinvolti più vettori, come avviene nel caso del flusso transfrontaliero di dati.

Tuttavia, sia sul versante dell'offerta che su quello della domanda, ai rapporti di base possono affiancarsi alcuni rapporti complementari, essi pure formalizzati in contratti: infatti, quando il fornitore non si identifichi con il produttore del servizio, ma si limiti a commercializzare dati raccolti ed elaborati da un altro soggetto, si costituisce un nuovo rapporto^{25-bis}; in modo analogo, ove l'acquirente non si rivolga direttamente al fornitore, ma faccia ricorso all'intermediazione di un *broker*, il quale mediante analisi di mercato sappia selezionare il servizio più adatto ai bisogni dell'utente, allo schema precedentemente delineato si aggiunge un ulteriore rapporto contrattuale²⁶.

Passando, sulla base dei rilievi fin qui svolti²⁷, ad una prima qualificazione dei rapporti descritti, bisogna premettere che l'attuale prassi contrattuale non consente di individuare con chiarezza il tipo negoziale corrispondente allo schema predisposto dal fornitore di servizi telematici, e, conseguentemente, la disciplina applicabile. Le denominazioni adottate nei formulari per indicare la prestazione pattuita sono spesso generiche, ed anche le singole clausole non sono facilmente riconducibili a modelli tipici; tuttavia, in prima approssimazione, la lettura dei moduli contrattuali più diffusi nella pratica commerciale²⁸ registra gli elementi tipici dell'appalto di servizi, figura sulla cui disciplina applicabile gravano questioni giuridiche non del tutto chiarite²⁹. Ad essa possono ricondursi sia il contratto stipu-

^{25-bis} Il fornitore potrà quindi organizzare i dati mediante una serie di contratti per acquisirli, ricorrendo ad altri centri di informazione o servendosi di opere protette dal diritto d'autore in seguito alla conclusione di un contratto di edizione (v. riferimenti in SANTINI, *op. cit.*, p. 487).

²⁶ Per completezza si deve menzionare una ulteriore figura, che nella prassi commerciale delle banche dati talvolta si distingue dalle altre, quella dell'*integratore*. La sua funzione consiste nella riorganizzazione di un predeterminato archivio di dati fornito dal produttore, mediante la costituzione di repertori, parole-chiave o *menu* di consultazione, di guisa che le informazioni (ad esempio, raccolte originariamente da un'impresa per finalità interne) possano essere utilizzate da altri soggetti.

²⁷ Per una approfondita disamina dei problemi relativi ai contratti telematici, v. E. ROPPO, *I contratti per la fornitura di servizi telematici*, in G. ALPA e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti d'informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, p. 297 ss.; R. SPECIALE, *op. cit.*, p. 363 ss.

²⁸ Ai fini della presente ricerca sono stati presi in esame, in particolare, oltre alle convenzioni tra SIP, e, rispettivamente, i fornitori e gli acquirenti di informazioni, i modelli contrattuali Cerved, ANSA (per l'accesso all'archivio elettronico DEA), quello per l'accesso al servizio di informatica giuridica del CED della Corte di Cassazione, i formulari predisposti dalla SEAT per l'abbonamento ai servizi telematici e ai servizi di « teleturismo alberghiero », nonché alcuni tra i modelli maggiormente diffusi in altri paesi europei.

²⁹ All'appalto di servizi non è stata dedicata particolare attenzione dalla dottrina. Gli Autori meno recenti addirittura escludevano che i servizi potessero costituire oggetto dell'appalto; e le trattazioni che in modo più approfondito hanno affrontato l'argomento hanno dedicato brevi cenni a tale profilo. Secondo la prevalente dottrina, una definizione precisa e positiva dei servizi come oggetto dell'appalto non è possibile: si può dire che essi sono costituiti da qualsiasi utilità che può essere creata per un altro soggetto, purché diversa dalle opere e fornita di un immediato contenuto economico: D. RUBINO, *L'appalto*, nel *Trattato di dir. civ.*, a cura di F. VASSALLI, Torino, 1980, p. 144.

lato tra il concessionario della rete e ciascun utente³⁰, sia le convenzioni in forza delle quali il fornitore, per un tempo determinato e a talute condizioni, concede all'utente finale l'accesso alla propria banca dati; in entrambi i casi, pur differendo il contenuto della prestazione, il contratto instaura normalmente un rapporto di durata, avente ad oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi³¹; devono pertanto ritenersi applicabili, in quanto compatibili, oltre che le norme sull'appalto, quelle sulla somministrazione (art. 1677 cod. civ.), nonché, in via suppletiva, « le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni » (art. 1570 cod. civ.).

È bene precisare, tuttavia, che dei due tipi di rapporto considerati, il primo, come si sa, gestito con attività negoziale di diritto privato ma regolato direttamente da provvedimenti legislativi e amministrativi, è suscettibile di una diversa interpretazione ogni volta che, in virtù di questa doppia anima che ne sottopone la disciplina al rigore del diritto comune, esponendola nel contempo dell'influenza di principi autoritativi, si determini l'esigenza di fare ricorso a norme pubblicistiche³². Per quanto concerne invece il rapporto obbligatorio instaurato tra i fornitori e gli acquirenti dei dati trasmessi per mezzo della rete pubblica (sebbene anch'esso non sfugga alla medesima influenza, come si vedrà *infra*, proprio nel regime della responsabilità),

³⁰ In base alle indubbe analogie che il contratto Videotel presenta con quello di utenza telefonica, al pari di quest'ultimo se ne può affermare la natura privatistica (v. Cass., Sez. Un., 29 novembre 1978, n. 5613, in *Mass. Giust. civ.*, 1978), riconducendolo al tipo dell'appalto di servizi o della somministrazione (tesi prospettate, sempre in riferimento al contratto di abbonamento telefonico, rispettivamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza: cfr. A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Milano, 1978, p. 180; DI FAZIO, *Sulla natura del contratto di abbonamento telefonico*, in *Temi romana*, 1972, p. 602 ss.; Cass., Sez. Un., 17 settembre 1977, n. 3991, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1839). Non si ritiene pertanto condivisibile l'opinione (A. FRAGOLA, *Diritti dell'utenza telematica*, in *Dir. aut.*, 1984, p. 28), che nega l'assimilabilità del contratto Videotel a quello di utenza telefonica, e vi ravvisa una sorta di concessione, per il fatto che « non vi è negoziazione ma la semplice accettazione delle condizioni poste dall'impresa che gestisce il servizio ». Nel senso dell'analogia tra servizio telefonico e servizio Videotel cfr. invece ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 310.

³¹ Se comunemente si esclude l'appalto dalla categoria dei contratti di durata (e lo si considera generalmente solo un contratto ad esecuzione prolungata) devono invece ritenersi tali gli appalti in cui il risultato finale

che forma il contenuto della prestazione dell'appaltatore (come avviene negli appalti di servizi), è di natura continuativa, o comunque consiste non nella produzione di un singolo *opus*, ma nella produzione periodica del medesimo *opus*; in tal caso, il corrispettivo dovuto è determinato in funzione del tempo in cui il committente utilizza il risultato dell'attività dell'appaltatore (cfr. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 168; O. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. comm., I, Torino, 1987, p. 166.

³² Ad esempio, non su tutti gli aspetti del rapporto, com'è noto, può ritenersi competente a decidere l'AGO. Si consideri, nella consimile fattispecie di contratto telefonico, l'orientamento tracciato dalla giurisprudenza, secondo il quale, ai fini della giurisdizione, non rilevano le posizioni soggettive dell'utente derivanti dal contratto di utenza (di diritto privato), quando da parte di questi non venga contestato l'inadempimento della prestazione ma vengano impugnati, per vizi di legittimità, i provvedimenti dell'autorità in materia di determinazione dei canoni e delle tariffe del servizio pubblico in regime di concessione (devoluta alla cognizione del giudice amministrativo): Cass., Sez. Un., 29 novembre 1978, n. 5613, *cit.*, e, in dottrina, G. ALPA, *I contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 107 ss.

è possibile affrontarne l'esame lasciando per ora sullo sfondo le norme speciali che ne condizionano in certo modo lo svolgimento. Dal *nomen juris* attribuito ai contratti conclusi tra gli utenti della rete, oltre alle implicazioni concernenti la distribuzione dei rischi nell'impegno assunto verso il committente dall'appaltatore-fornitore (che si caratterizza come obbligo di risultato), traggono immediato rilievo determinate regole codicistiche: innanzitutto il principio secondo cui (con più accentuato rigore rispetto alle norme generali di cui agli artt. 1453 e 1455 cod. civ.), in caso di inadempimento di singole prestazioni, « l'altra parte può chiedere la risoluzione del contratto se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti » (art. 1564 cod. civ.); ciò potrebbe, sul piano concreto, impedire al fornitore di ottenere la risoluzione in caso di mancato pagamento di un canone periodico (o di un singolo servizio) da parte dell'utente, e, viceversa, a quest'ultimo di chiedere la risoluzione, se una sola delle informazioni ricevute, ad esempio, si rivelasse inesatta. In secondo luogo, la norma generale dell'art. 1458, primo comma, che esclude l'estensione della risoluzione per inadempimento di contratti ad esecuzione continuata o periodica alle prestazioni già eseguite (pertanto resterebbero acquisiti dal fornitore i canoni già percepiti, e dall'utente i servizi di cui egli abbia già usufruito).

La sussunzione nel tipo legale dell'appalto dei contratti che, per brevità, si sono definiti telematici³³, non è però sufficiente ad individuare compiutamente la disciplina applicabile: a tal fine è infatti necessario soffermarsi su alcuni aspetti, come la qualità dei contraenti, l'oggetto dei loro rapporti negoziali e l'interesse in questi concretamente perseguito, alla luce dei quali la fattispecie rivela note di complessità che talvolta sembrano non poter essere assorbite da tale schema codicistico.

In primo luogo, deve considerarsi l'ipotesi in cui il negozio tragga la propria definizione dalla qualità degli stessi contraenti; di guisa che, ove i rapporti instaurati dal fornitore di servizi telematici non costituiscano espressione di un'attività d'impresa, essi dovranno ricondursi non già alla figura dell'appalto, ma a quella del contratto d'opera³⁴ (nel cui ambito le prestazioni di tenore informatico po-

³³ Per una definizione dei contratti in esame quali « contratti della telematica », cfr. E. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 297.

³⁴ Si ritiene comunemente che il contratto d'opera abbia elementi affini all'appalto (la mancanza di subordinazione verso il committente e l'assunzione del rischio in capo al prestatore), ma che il secondo si distingua dal primo in quanto espressione di una organizzazione d'impresa, ovvero per il ricorso al lavoro altrui in luogo del lavoro prevalentemente proprio che connota il contratto d'opera (art. 2222 cod. civ.). Cfr. in dottrina M.

STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 630, che definisce appunto il contratto d'appalto come contratto d'impresa. In tal senso, dello schema contrattuale sopra delineato potrebbe qualificarsi in termini di contratto d'opera il rapporto in cui sia dedotta la prestazione del *broker*. Propono, invece, a richiamare genericamente per l'attività considerata la disciplina della prestazione d'opera professionale sembra G. GIACOBBE, *La responsabilità civile per la gestione di banche dati*, in *Le banche dati in Italia*, cit., p. 131.

tranno trovarsi commiste a prestazioni tradizionali, svolte nell'esercizio di professioni « protette »³⁵). Mutando così il contenuto della prestazione, che non potrà più intendersi quale obbligazione di risultato, diversa sarà la disciplina per la denuncia dei vizi (art. 2226), e maggiore il rischio posto in capo all'acquirente (artt. 2236, 2237 cod. civ.). L'ipotesi considerata ricorre forse più di rado nella realtà economica del settore, poiché generalmente la prestazione di servizi informatici, presupponendo rilevanti investimenti, richiede per sua natura una struttura organizzativa di tipo imprenditoriale; eppure deve comunque essere prospettata, per evidenziare come, in questo campo, dall'applicazione dell'uno o dell'altro principio codicistico al medesimo tipo di servizio voluto ed ottenuto dal prestatario discendano discipline differenziate sulla sola base della qualità del soggetto fornitore³⁶.

Per quanto pertiene, invece, alla natura della prestazione, un esame dell'attività dedotta nei contratti suggerisce in secondo ordine di considerazioni: anche in questo caso, configurare in termini di appalto, senza ulteriori approfondimenti, gli accordi relativi alla fornitura di servizi telematici, può rivelarsi insufficiente a coglierne appieno la particolare connotazione.

Giova qui ricordare come, già con riguardo ai contratti d'informatica, la peculiarità dell'oggetto in essi perseguito abbia indotto la dottrina ad ascriverli al *genus* dell'appalto, di cui non si è mancato di porre in risalto l'elasticità strutturale, ritenuta idonea ad accogliere gli elementi originali delle moderne espressioni contrattuali relative all'impiego del *computer*³⁷. In particolare, la figura tipica corrispondente ai contratti noti nella prassi internazionale come *computer services contracts* è stata identificata, nel nostro ordinamento, nell'appalto di servizi, comunemente distinto dall'appalto d'opera per il fatto che in quest'ultimo si ha trasformazione della materia, mentre

³⁵ V. sul punto A. PAVONE LA ROSA, *Lineamenti dei contratti di fornitura di computers e di servizi informatici*, in AA.VV., *Informatica e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1986, p. 225 ss., e G. SANTINI, *op. cit.*, p. 479 ss.

³⁶ Cfr. G. SBISÀ, *Profili generali dei contratti di utilizzazione di computers*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti di utilizzazione del computer*, Milano, 1987, p. 34; E. MOSCATI, *L'appalto di servizi e di sistemi informatici*, in *I contratti d'informatica*, cit., p. 227 ss.

³⁷ Nel campo dell'informatica la figura dell'appalto, a causa della genericità del contenuto dell'obbligazione principale dell'appaltatore, rappresenta lo schema generale cui è riconducibile, nella gran parte dei casi, il *facere* consistente nella fornitura di servizi informatici. Tuttavia, la peculiarità dell'oggetto perseguito nei contratti d'informatica li differenzia talvolta dal modello codicistico,

attribuendo ad essi elementi di originalità tali da connotare una « nuova figura di appalto »: v. G. CRISCUOLI, *Una nuova figura di appalto: il computer services contract*, in P. VERRUCOLI (a cura di), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, Milano, 1978, p. 365 ss.; ID., *Computer services contracts*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1983; E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 227; G. ALPA, *I contratti di utilizzazione del computer*, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, XI, Torino, 1984, p. 108; CENTRO CALAMANDREI, *I contratti di computer services*, in questa *Rivista*, 1988, p. 177 ss.; v. inoltre M.G. LOSANO, *Il diritto privato dell'informatica*, Torino, 1986, p. 51 (e bibliografia *ivi*, p. 229 ss.), dove l'A. definisce l'attività distributiva delle banche dati come « rivendita » (se *una tantum*) o « appalto di servizio o di somministrazione se ha carattere continuativo ».

nel primo detta trasformazione manca, consistendo l'attività dell'appaltatore essenzialmente in un *facere* diretto a soddisfare l'interesse del committente.

Ma, all'interno della qualificazione, si è ritenuto che tale figura acquisti un tratto originale, quando l'*opus* oggetto del contratto, come il più delle volte accade, sia eseguito dall'appaltatore (ad esempio, un centro di calcolo) mediante il *facere* elaborativo di una materia (costituita dai dati), fornita dallo stesso committente.

Nella fisionomia dell'istituto si è quindi enucleato lo spazio per una nuova figura di appalto: di servizi, come si è detto, ma cui deve pure ritenersi applicabile, proprio per la sua specialità, parte delle norme solitamente ritenute ad esso estranee, perché riferite all'appalto d'opera³⁸.

Sotto questo profilo, nell'area normativa così ricostruita potrebbero facilmente includersi pure i contratti della telematica, considerando che anche nell'attività di fornitura d'informazioni ha luogo l'elaborazione di una « materia », non predisposta, in questo caso, dal committente, bensì prodotta o comunque procurata dallo stesso fornitore, in veste di appaltatore; il momento elaborativo tipico della prestazione debitoria potrebbe essere ravvisato nello stesso « valore aggiunto » che distingue i servizi telematici dalla semplice attività di trasmissione di dati. L'argomentazione prospettata, tuttavia, non è del tutto immune da dubbi: la difficoltà di considerare le informazioni e i dati, beni (almeno in senso economico) intangibili ed immateriali, alla stessa stregua della materia le cui vicende sono regolate dalle norme sull'appalto di opere, può suscitare incertezza sull'effettiva operatività della relativa disciplina, al momento della sua estensione all'appalto di servizi telematici.

La disciplina dei contratti in esame dovrebbe dunque definirsi diversamente, qualora si escludesse l'applicabilità delle norme concernenti la realizzazione di un *opus* in senso materiale; infatti, in tal caso verrebbero meno i criteri di equilibrio economico delle prestazioni, in esse contenuti, su cui poggia l'ordito della responsabilità contrattuale nella sede specifica dell'appalto³⁹: di guisa che, non ricorrendo i presupposti per richiamare il regime delineato dal codice

³⁸ G. CRISCUOLI, *op. ult. cit.*, p. 1.

³⁹ Non potrebbero, in tal caso, ritenersi applicabili all'appalto di servizi telematici le norme (dettate dal codice con riguardo all'appalto d'opera: in particolare, quelle relative alla fornitura della materia (1658), alla denuncia dei suoi difetti (1663), all'onerosità o difficoltà dell'esecuzione (1664), alla verifica, alle difformità e ai vizi dell'opera (1665, 1667), all'impossibilità della sua esecuzione (1672), al perimento o deterioramento della cosa (1673)), di cui in dottrina (G. CRISCUOLI, *op. ult. loc. cit.*) è stata affermata l'applicabilità a quello di servizi informatici,

sull'assunto dell'esistenza di una « materia » da elaborare (i dati), e in deroga all'opinione che tradizionalmente esclude dalla portata applicativa di parte delle norme sull'appalto la fattispecie dell'appalto di servizi (v. P. RESCIGNO, *Appalto (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 4; D. RUBINO, *op. cit.*, ed anche C. VACCA, *Prestazione di servizi e responsabilità dell'obbligo: alcuni problemi di determinazione dell'ambito ad essa relativo e di qualificazione del contratto*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 653).

in questo ambito, dovrebbero ritenersi sin d'ora applicabili i principi della disciplina generale dell'inadempimento⁴⁰.

La difficoltà di ricomprendere nel comune denominatore dell'appalto tutta la complessità di tali operazioni economiche, volge l'analisi ricostruttiva dei relativi contratti verso ipotesi tipiche ulteriori che possano concorrere a delinearne la disciplina, secondo il principio che ritiene applicabile all'appalto di servizi tutte le norme compatibili con la particolare *utilitas* oggetto dello specifico contratto⁴¹.

Tra gli schemi negoziali utilmente richiamabili a questo fine, la figura che presenta un'ampia area di contiguità all'appalto di servizi è quella della somministrazione, la cui causa tipica, ossia il soddisfacimento di un bisogno reiterato o continuativo del somministrato, sul piano funzionale ben si attaglia ai contratti telematici, i quali, come si è detto (e tralasciando qui le ipotesi di prestazioni *una tantum*), stabiliscono generalmente un rapporto di durata; ma la natura immateriale, in questo caso, del contenuto della prestazione debitoria, nonostante l'esplicito rinvio di cui all'art. 1677, dovrebbe precludere il ricorso alla regolamentazione integrativa ricavabile dalla sua disciplina, se ci si attiene al tradizionale principio (desumibile dall'art. 1559) secondo il quale il contratto di somministrazione ha ad oggetto cose, e non attività⁴².

Conducendo dunque l'analisi dei contratti telematici secondo una considerazione statica del loro oggetto, non sembrano potersi ottenere risultati appaganti in ordine alla loro qualificazione.

In questa prospettiva, infatti, la natura talvolta sfuggente della prestazione dedotta nei contratti (la fornitura di servizi), fa velo all'individuazione della disciplina applicabile; e, d'altra parte, la ricerca di saldi spunti ricostruttivi non perviene a miglior esito se si as-

⁴⁰ D'altra parte è opinione corrente che la garanzia dell'appaltatore per i vizi e le difformità dell'opera costituiscono applicazione della comune responsabilità contrattuale, i cui principi integrano e non escludono le disposizioni specifiche sull'appalto: v. per tutti G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 316 ss., e, in giurisprudenza, Cass. 18 gennaio 1980, n. 432, in *Mass. Foro it.*, 1980; Cass. 7 febbraio 1983, n. 1016, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 273.

⁴¹ Cfr. il rilievo di C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, nel *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1967, p. 32, secondo il quale « talvolta il contratto d'appalto non è altro che un *nomen juris* sotto il quale si cela una diversa figura contrattuale tipica o un negozio atipico ». V. anche D. RUBINO, *op. cit.*, p. 379, dove si accenna all'integrazione (in relazione all'appalto di servizi) tra norme concernenti distinti tipi negoziali.

⁴² Com'è noto, già il CARNELUTTI, *Prestazione continuativa di servizio e recesso unilaterale*, in *Foro it.*, 1955, I, 1287, riteneva che l'appalto di servizi costituisse « una specie estrema e quasi anomala » all'interno del *genus* dell'appalto, configurabile come « una figura intermedia tra l'appalto vero e proprio e la somministrazione »; e rilevando la difficile compatibilità di talune fattispecie con detto schema negoziale affermava che, « dopotutto, il contratto previsto dall'art. 1677 potrebbe chiamarsi anche somministrazione di servizi ». Sui criteri di distinzione dell'appalto dalle altre figure tipiche ad esso affini, si veda, per tutti, P. RESCIGNO, *op. cit.*, il quale ritiene il compimento di un servizio deducibile solamente in un contratto d'appalto. Nello stesso senso G. FERRI, *Manuale di dir. commerciale*, Torino, 1984, p. 813.

sume ad oggetto del contratto non la prestazione, bensì l'entità da essa mediata (l'informazione), la cui indeterminatezza rende insoddisfacente anche il ricorso a tipologie negoziali riferite al modello economico dello scambio. Appare infatti di scarsa utilità riproporre in questo ambito il tradizionale confronto tra appalto e vendita, poiché, utilizzando il consueto criterio discrezionale⁴³, non sarebbe possibile stabilire con certezza, nella prestazione di servizi telematici, se vi sia prevalenza del lavoro o della materia (intesa, questa, nella particolare accezione di cui prima si è detto).

Alcune indicazioni, a questo proposito, potrebbero venire dalla connotazione autonoma che i contratti telematici, sul piano fenomenologico, assumono rispetto ai *computer services contracts* già analizzati in dottrina. Se, infatti, com'è stato puntualmente osservato con riguardo a questi ultimi⁴⁴, la già menzionata circostanza che la materia da elaborare viene generalmente fornita dal committente vale ad escludere ogni aggancio con la vendita, e a qualificare invece l'oggetto del rapporto in termini di servizio (cui si applica, di conseguenza, il regime normativo dell'appalto), venendo meno tale presupposto, e rovesciando il rilievo, potrebbe ritenersi, pur con ogni riserva, che l'esistenza dell'oggetto della prestazione già al momento in cui esso venga ordinato, e sul quale il debitore ha una situazione soggettiva finalizzata alla sua appropriazione (non importa qui stabilire se esclusiva o non)⁴⁵, possa integrare l'ipotesi di uno scambio (ricon-

⁴³ In giurisprudenza, secondo un indirizzo consolidato, v. Cass. 12 gennaio 1972, n. 83, in *Giur. it.*, 1972, II, 1, c. 1612 ss., e Cass. 26 aprile 1984, n. 2626, *ivi*, 1985, I, 1, c. 500, che hanno ritenuto, per stabilire l'esatta natura di un negozio giuridico in cui siano combinati gli elementi dell'appalto e della vendita, doversi ricorrere al criterio della prevalenza fra le prestazioni pattuite, secondo il modo in cui le parti hanno considerato l'opera, se in se stessa o in quanto prodotto necessario d'attività. Sul c.d. criterio subiettivo per la distinzione tra appalto e vendita, in dottrina v. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Trattato di dir. civ.* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1972, p. 39 ss.; M. STOLFI, *op. cit.*, p. 631; L. MOSCARINI, *L'appalto*, nel *Trattato dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XI, Torino, 1984, p. 706.

⁴⁴ G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁵ Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sul complesso problema della collocazione dell'entità incorporale costituita dall'informazione nella teoria dei beni giuridici, rientrando nel nostro campo d'indagine non il problema delle modalità di attribuzione esclusiva e della loro tutela, ma, nell'ambito dell'obbligazione-contratto, solo la qualificazione dei rapporti relativi all'informazione

quale oggetto di servizio o di scambio (i due piani del discorso sono chiaramente differenziati da D. MESSINETTI, *Beni immateriali I) diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, *passim*, ma spec. p. 8 s.). Si rinvia, pertanto, ai contributi dottrinali che hanno affrontato il tema della rilevanza e della qualificazione giuridica degli interessi che abbiano nell'informazione il proprio punto di riferimento: in argomento è nota la riflessione compiuta dalla dottrina francese (si vedano soprattutto P. CATALA, *Ebauche d'une theorie juridique de l'information*, in *Dalloz*, 1984, *Chr.*, p. 97, e in *Inf. e dir.*, 1983, I, p. 15 ss.; M. VIVANT, *A propos des « biens informationnels »*, in *J.C.P.*, 1984, I, 3132; S. SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza giuridica*, in questa *Rivista*, 1987, p. 445 ss.; in una prospettiva prevalentemente penalistica, M.P. LUCAS DE LEYSSAC, *Il furto d'informazione*, *ivi*, 1985, p. 625 ss.). Per quanto concerne la dottrina italiana v. D. MESSINETTI, *op. cit.*; Id., *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970; T.O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; e, da ultimo, V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Digesto disc. privatistiche*, sez. civ., Torino, 1988, in particolare pp. 34-37 dell'estratto.

ducibile, come tale, allo schema generale della vendita). Ciò è quanto può ravvisarsi, di norma, nella consultazione *on line* di una banca dati: l'informazione ottenuta, in tal caso, potrebbe intendersi non come il risultato di un *facere* intrapreso dall'obbligato su richiesta del committente e secondo le specifiche esigenze di questo, bensì come prodotto conforme all'ordinaria produzione dell'impresa (nella specie, la stessa banca dati interrogata dall'utente mediante procedure di *information retrieval*), oggetto di un *dare*⁴⁶.

Tuttavia, al di là di queste notazioni, il *discrimen* non può considerarsi decisivo sul piano giuridico, innanzitutto perché non è agevole riconoscere il momento traslativo tipico della vendita nella fornitura telematica di informazioni, risorse sulle quali, come si sa, nodi teorici irrisolti nell'ambito della teoria dei beni giuridici rendono non facilmente prospettabile la costituzione di diritti; ed anche perché, ai fini della definizione del regolamento contrattuale, pur assumendosi differente la natura della prestazione nelle due ipotesi prima accennate (*facio* oppure *do*), e diversificandosi di conseguenza la causa del contratto, tale è l'elasticità dei tipi legali che possono comunque non verificarsi sostanziali mutamenti nel regime finale dei rapporti pur considerati distinti⁴⁷.

⁴⁶ Sul criterio che fa riferimento all'ordinaria produzione dell'obbligato v. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1985, p. 60 ss. In base a tale criterio (su cui v. anche GRECO-COTTINO, *Della vendita*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 82 ss.), è possibile giungere a diverse conclusioni, circa la qualificazione dei contratti, distinguendo nell'attività produttiva da essi regolata due diversi momenti: l'impresa può infatti produrre un determinato bene per il magazzino, in attesa di vendere, o può invece produrlo direttamente per il committente, dopo averne raccolto l'ordine. Nel primo caso si ha un rapporto di scambio, mentre nel secondo ci si trova in presenza di un rapporto di servizio, e la diversità della prestazione di dare rispetto a quella di fare orienta l'impresa rispettivamente alla conclusione di una vendita o di un appalto. Nel caso specifico della banca dati fornitrice delle informazioni, potrebbe individuarsi nel suo stesso impianto il magazzino cui è diretta la produzione: ma è evidente l'indoneità del modello della vendita a sorreggere il rapporto, quando manchi l'oggetto materiale dello scambio (cfr. G. SANTINI, *op. cit.*, pp. 432, 495).

Malgrado ciò, nella dottrina tedesca alcuni A. assimilano al *Kaufvertrag* la fornitura di informazioni tramite *Bildschirmtext* (il sistema videotex tedesco); altri, più in generale, ritengono applicabile ai beni intangibili le norme di diritto uniforme sulla vendita (cfr. riferimenti in HOEREN, *Der Softwareü-*

berlassungsvertrag als Sachkauf, in *Computer und Recht*, 1986, p. 908 ss.). La dottrina francese qualifica l'abbonamento a banche dati in termini di *contrat d'entreprise* (v. per tutti SABATIER BONO, *Banques de données: la responsabilité des informations*, in *Expertises*, 1987, pp. 309, 336) o lo accosta alla locazione (POULLET e MONVILLE, *op. cit.*, p. 77).

⁴⁷ Nella giurisprudenza, infatti, si avverte la consapevolezza dei limiti di un inquadramento nello schema dell'appalto di rapporti concernenti prestazioni atipiche: proprio in tema di contratti relativi all'acquisizione di informazioni commerciali, si è ritenuto « quasi superfluo individuare il *nomen juris* eventualmente competente al rapporto contrattuale corrente tra le parti », essendo sufficiente « tener presente l'art. 1218 che sancisce l'obbligo del debitore, che non esegue esattamente la prestazione dovuta, di risarcire al creditore il danno a meno che non provi che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile » (Trib. Milano 7 aprile 1955, in *Giur. it.*, 1955, I, II, c. 722). Ancora in tema di contratto per l'acquisizione di informazioni commerciali, la Suprema Corte (sent. 4 giugno 1962, n. 1342, *ivi*, 1962, I, I, c. 958) ha ribadito che, quale che sia la natura del rapporto *de quo*, ogni questione sull'obbligo del risarcimento per la non corrispondenza della notizia può esaminarsi secondo il concetto generale di colpa contrattuale.

A ben guardare, l'interpretazione di un'attività dedotta in contratto in termini di dare piuttosto che di fare spesso denota un desiderio di semplificazione, che riduce la complessità della prestazione allo svolgimento di una comune vicenda obbligatoria in cui siano riconoscibili, con chiarezza maggiore di quanto talvolta non riesca nell'ipotesi concernente l'obbligo di fare, il contenuto dell'obbligazione ed il suo esatto adempimento⁴⁸.

Ma, si deve ancora osservare, il criterio, ove pure se ne volesse ammettere l'applicabilità in questo ambito, non può ritenersi soddisfacente: mentre negli obblighi di dare può realizzarsi una sostanziale autonomia tra il prodotto della vicenda obbligatoria ed il modo in cui quest'ultima si è realizzata, in questo caso il carattere immateriale del prodotto fornito (l'informazione) impedisce una netta separazione dell'espressione finale dell'obbligo dall'attività impiegata per realizzarla. Pertanto, una valutazione dell'attività del fornitore di servizi telematici limitata ai termini prima enunciati, e dunque considerata ora come strumento per ottenere un prodotto cui soltanto si attribuisca rilevanza, indipendentemente dal processo che l'ha originato, ora intesa invece come oggetto essenziale ed immediato dell'obbligazione, più che trovare integrale riscontro nelle figure tipiche rischia di lasciar fuori da ciascuna delle classificazioni gli aspetti più originali della fattispecie.

Una più adeguata caratterizzazione dei modelli contrattuali affermatasi nella pratica degli affari e riferiti all'utilizzazione di sistemi telematici non pare poter prescindere da un'impostazione, adottata in un celebre « saggio di economia del diritto »⁴⁹, che assuma in posizione di centralità il concetto di servizio, in una visione dinamica della prestazione, di cui il servizio costituisce il contenuto, che conferisce significativi elementi di novità alla corrispondente figura negoziale.

Un ampliamento della prospettiva d'indagine in questo senso pare consentito dalla stessa disciplina codicistica, laddove, nell'interferenza fra fattispecie tipiche diverse, sia possibile individuare lo spunto per un superamento della funzione sussidiaria che tradizionalmente si è attribuita al servizio, esaurendone la rilevanza nel contenuto dell'obbligazione contrattuale di determinate figure tipiche, quali l'opera e l'appalto.

Il rinvio dell'art. 1677, precedentemente ricordato, e la norma complementare di cui all'art. 1570, in tema di somministrazione, sembrano infatti delineare un margine di autonomia del servizio ri-

⁴⁸ Sulla prevalente attenzione rivolta dalla dottrina agli obblighi di dare (o a quegli obblighi di fare equiparabili ai primi, per il ricorrere di un punto finale di realtà) cfr. i rilievi di FERRONI, *Obbligo di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, p. 129 s.; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 1 s.; ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità dell'obbligazione*, Napoli, 1969, p. 91 ss.

⁴⁹ Ci si riferisce ancora a G. SANTINI, *op. cit.*, specie p. 418 ss., dove l'A., premesso il ri-

chiamo alla nozione economica di « servizio », considerato dagli aziendalisti quale « *performance* », contrapposta al « bene », inteso come « *thing* », rileva la mancanza, nel nostro Codice Civile, di una nozione « statica » di servizio (e conseguentemente la sua problematica assimilazione al « bene » di cui all'art. 810), e ritiene invece che una definizione in chiave « dinamica », cioè come attività, trovi più sicura base di diritto positivo.

spetto ai tipi contrattuali su cui esso viene ad innestarsi; per effetto di questo duplice richiamo, il rilievo assunto, nell'esecuzione dell'obbligo contrattuale, sia dal contenuto obiettivo 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)⁵⁰.

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 assume ad autonomo fatto giuridico⁵¹.

Nella prospettiva qui privilegiata, l'affermazione iniziale, sulla natura di obbligo di risultato attribuita alla prestazione dedotta nei contratti telematici, può confermarsi sicura, ma potrebbe ingenerare qualche equivoco, al momento di individuare le ipotesi di inesatto adempimento, ove non la si corredasse di qualche altro elemento di considerazione. Il rilievo è suggerito anche dalla lettura di alcuni tra i modelli contrattuali più diffusi nella prassi commerciale internazionale: a causa della definizione, spesso imprecisa, che essi contengono della prestazione promessa, e soprattutto, del ricorrere in essi di clausole di esonero dalla responsabilità, per l'inaccuratezza delle informazioni trasmesse o per la cattiva qualità del servizio, talvolta tanto ampiamente articolate ed incisive sul tenore del rapporto da far dubitare se, più che escludere ogni garanzia, esse in realtà non delimitino lo stesso contenuto del contratto⁵², l'interprete può perfino trovarsi nell'imbarazzo di non saper distinguere con chiarezza, *prima facie*, il momento terminale della vicenda obbligatoria e cosa sia stato effettivamente pattuito.

⁵⁰ Oltre a SANTINI, *cit.*, sulla configurabilità di una funzione causale di servizio, cfr., da ultimo, i rilievi generali di A. CRINI, *Servizi bancari e tecniche informatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 620 ss.

⁵¹ Cfr. A. CRINI, *op. loc. cit.*

⁵² È l'impressione che si ricava, ad esempio, dal tenore letterale di alcune convenzioni di diritto inglese (in particolare,

IBM Network Services Agreement e *I.P. Associates Infoservice Agreement*). L'esclusione di garanzie per la completezza delle informazioni fornite ha indotto la giurisprudenza francese a riconoscere nella prestazione debitoria una obbligazione di mezzi: Trib. de grande instance Paris 8 luglio 1987, in *Experitises*, 1987, n. 99, p. 380.

Tralasciando l'aspetto specifico delle clausole onerose, di cui si dirà in prosieguo (alle quali, comunque, difficilmente potrà riconoscersi la funzione di delimitare l'ampiezza dell'obbligazione assunta, mediante l'esonero di ogni responsabilità per informazioni inesatte, fino a privarla di ogni senso, atteso che il valore dell'informazione risiede proprio nella sua accuratezza, e che un'informazione sbagliata è di norma inutile, se non dannosa, per chi la utilizza), non pare superfluo sottoporre a verifica la corrispondenza di quanto sia stato dedotto in obbligazione con il risultato finale di utilità atteso dal creditore.

È noto che, in termini generali, l'attribuzione di un'autonoma rilevanza al risultato, nel quadro di un rapporto obbligatorio, presuppone l'esistenza di un collegamento funzionale necessario fra la qualità prescritta dal modello contrattuale e quella che viene poi a connotare concretamente la prestazione; altrimenti il risultato può avere rilevanza solo come metro valutativo dell'adempimento di una prestazione dedotta in una obbligazione di mezzi.

Nel campo dell'informatica, quando non ci si trovi di fronte a contratti di produzione di beni, per i quali l'identificazione dell'oggetto della prestazione con un *opus*, ossia con un risultato previsto e pattuito dalle parti, non presenta particolari difficoltà, ma sia invece pattuita, come frequentemente avviene, la prestazione di un'attività, è meno facile stabilire con certezza se questa si riferisca all'impiego di mezzi o al conseguimento di un risultato. Può infatti accadere che taluni servizi siano prestati nella pacifica previsione delle parti di un risultato utile, mentre in altri casi, quale che sia il risultato finale, potrà ritenersi sufficiente che una determinata attività venga svolta a regola d'arte: il recente dibattito sulla natura dei contratti di fornitura di *software*, nei quali le imprese affermano essere dedotta un'obbligazione di mezzi e che invece l'acquirente spesso ritiene collegati ad un risultato certo e garantito, sta a dimostrare come la soluzione non sia sempre univoca, ma debba essere ricavata dal bisogno economico che il servizio va a soddisfare secondo il modello legalmente o socialmente tipico oppure ricostruendo la comune volontà delle parti⁵³.

Sotto questo profilo, nei contratti afferenti la fornitura telematica di informazioni non v'è dubbio che il risultato, rappresentato dalla notizia o dai dati, riveste una specifica funzione nell'economia del contratto⁵⁴.

⁵³ In giurisprudenza, tra le prime pronunce, v. App. Torino 14 marzo 1984, in questa *Rivista*, 1985, p. 1011 ss., con nota di C. ROSSELLO, *L'inadempimento di un contratto di utilizzazione del computer*, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2718 ss., con nota di M.R. MARELLA, *Vendita di hardware con software e risoluzione del contratto per inadempimento*; e in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 269 ss., con nota di R. RISTUCCIA, *Obblighi del fornitore e inadempimento nei contratti informatici*.

⁵⁴ Secondo G. SANTINI (*op. cit.*, p. 533 ss.), la qualità di un servizio, cioè la misura più o meno esatta della prestazione diretta al soddisfacimento dell'interesse dell'acquirente, va apprezzata in relazione o al mezzo o al risultato, potendo, di volta in volta, l'uno essere oggetto del *facere* dedotto in contratto e l'altro, mediante i suoi possibili vizi e difetti, rilevare come parametro dell'adempimento. Nel caso del contratto di informazioni, scrive l'A., « può esser rilevante sia la qualità del servizio sia la qualità della noti-

Va però aggiunto che il richiamo al procedimento seguito nell'esecuzione del contratto può rivelarsi essenziale per un giudizio sul pieno ed integrale raggiungimento dello scopo del negozio; poiché la vicenda obbligatoria di cui si discorre si realizza non in forma di prestazione istantanea, bensì mediante una serie di comportamenti finalizzati all'adempimento (quali, ad esempio, l'aggiornamento dei dati offerti alla consultazione, la loro organizzazione, il corretto uso degli strumenti informatici), non è difficile avvedersi come, accanto al risultato, acquisti diretta rilevanza il momento dell'attività del debitore, a causa del particolare carattere conformante che quest'ultima riveste rispetto al primo.

L'assunto si chiarisce anche tornando a considerare la complementarietà tra comportamento dell'obbligato e risultato da conseguire che in modo specifico connota, come si è precedentemente prospettato, il concetto di servizio: l'irrilevanza di un'autonomia del risultato dal progressivo svolgersi dell'attività esecutiva fa sì che ai fini dell'adempimento importino tanto il prodotto oggetto della fornitura che l'adeguatezza di detti comportamenti, il cui denominatore comune, in virtù della particolare caratterizzazione che deriva loro dal ricorso a tecniche informatiche, consiste nella professionalità del debitore. Viene in luce, quindi, la funzione che la clausola generale della diligenza assolve nella determinazione dell'esattezza della prestazione, nel senso di precisarne il contenuto in relazione a fattori di ordine tecnico o deontologico; all'affidamento creato negli utenti dall'impresa, con la messa a disposizione dei propri mezzi organizzativi, dovrà corrispondere l'assunzione di rischi determinati dai quali il creditore, secondo la natura particolare della prestazione richiesta, si attende di essere protetto.

Si dovrà inoltre tener conto, sul versante della fruizione del servizio, di come il carattere propriamente interattivo dei sistemi telematici (l'attività di consultazione e di ricerca dei dati, svolta dall'utente), ponga in risalto il grado di partecipazione del creditore alla prestazione del servizio, ed il fatto della sua accettazione, in corso d'adempimento, di metodi e procedure che condizionino il risultato⁵⁵.

zia: per la notizia non vi sono altri parametri professionali se non quelli della sua verità (o bontà); per il servizio, i parametri professionali si collocano su piani di diligenza e competenza che non vengono scalfiti se un'informazione inesatta è stata raccolta con metodi seri e professionali. Tuttavia, se l'informazione richiesta riguarda dati ufficiali controllabili (per esempio la sede legale di un'im-

presa iscritta nell'apposito registro della Camera di commercio), la qualità — cioè la verità — dell'informazione è conseguenza necessaria della professionalità dell'informatore (e viceversa) ».

⁵⁵ Una situazione che ricorda in certa misura quella della fornitura di *software* applicativo, in cui spesso è difficile distinguere il grado di coinvolgimento dell'acquirente.

4. (SEGUE): LE FONTI DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE: AUTONOMIA PRIVATA E DISCIPLINARE *VIDEOTEL*.

Ad esito di una sommaria ricognizione delle principali caratteristiche « tipologiche » della contrattualistica diffusa nel settore della telematica (con attenzione rivolta però esclusivamente ai contratti con cui avviene la distribuzione agli utenti finali, e non a quelli mediante i quali si organizza la produzione del servizio⁵⁶; e, all'interno del gruppo così delimitato, con prevalente riguardo ai contratti di accesso a banche dati), emergono alcuni limiti di compatibilità degli schemi negoziali esaminati con il modello tipico cui, in prima battuta, essi sono stati ricondotti, e con quella parte della relativa disciplina da considerarsi di stretta applicazione.

È cosa risaputa, d'altronde, che l'antica *locatio-conductio*, nella quale storicamente veniva inquadrato lo schema causale *do ut facias*, si è tradotta nel codice civile in una pluralità di tipi contrattuali i cui estremi specifici non ne esauriscono l'intero ambito⁵⁷. I contratti telematici, pur collocandosi in quest'area, si distanziano da ognuna di queste figure tradizionalmente considerate. Nel caso dell'appalto l'imprenditore, anziché produrre in serie per il mercato, opera su commissione del cliente per realizzare lo specifico risultato cui questo aspira⁵⁸; la somministrazione, avente ad oggetto cose, pone in secondo piano il *facere* del somministrante, sicché il momento produttivo non verrebbe a corrispondere ad un obbligo contrattuale⁵⁹; anche al di fuori di tale originaria matrice, il richiamo alla vendita, inoltre, presupporrebbe un oggetto materiale di scambio: ognuna di queste linee fondamentali, come si è tentato di mostrare, non pare corrispondere agli aspetti caratteristici dei contratti in esame.

Da quanto può trarsi dal codice civile, e precisamente dalle norme sull'appalto, sulla disciplina applicabile ai servizi, discende chiaramente, mediante il richiamo a regole compatibili (art. 1677) ed il rinvio a norme suppletive (art. 1570), che le concrete determinazioni adottate dai contraenti sono di importanza fondamentale⁶⁰. Ciò sembra inscrivere in due fenomeni, diversi ed apparentemente contraddittori: da una parte la frammentazione ed il tendenziale allontanamento dei singoli contratti dalla disciplina generale⁶¹; dall'al-

⁵⁶ V. *supra*, nota 25-bis.

⁵⁷ Cfr. G. SANTINI, *op. cit.*, p. 420 ss., e F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 1990, p. 53.

⁵⁸ V. ora F. GALGANO, *op. ult. loc. cit.*

⁵⁹ V. in proposito P. LANDI, *Il contratto di somministrazione di energia elettrica*, Padova, 1987, p. 15. A diversa conclusione potrebbe pervenirsi se si accogliesse l'opinione secondo cui il richiamo delle norme sulla somministrazione pare poter prescindere dal-

l'elemento causale che le ispira: G. SANTINI, *op. cit.*, p. 546.

⁶⁰ Cfr. ancora SANTINI, *op. loc. cit.* Sulla tecnica tipizzante delle condizioni generali di contratto v. inoltre U. BRECCIA, *Le nozioni di « tipico » e « atipico »: spunti critici e ricostruttivi*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, p. 3 ss.

⁶¹ Cfr. G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 327 ss.

tra la circolazione internazionale dei contratti atipici, che produce modelli contrattuali uniformi largamente praticati nel mondo degli affari⁶². Trattandosi, di norma, di contratti di serie, l'aderente si conforma ad un regolamento contrattuale già interamente predisposto dall'impresa; poiché la disciplina del rapporto generalmente non tollera ipotesi di recesso, impossibilità della prestazione, vizi, autotutela, ma comprende di solito un'esclusione di responsabilità assai ampia (talora oltre il limite praticabile nei contratti d'adesione), l'impresa si pone come un soggetto-fonte, le cui determinazioni tendono a configurarsi come un fatto di ordine preliminare, di tenore normativo; all'utente non resta che aderire allo statuto negoziale dell'impresa dalla quale intenda ottenere il servizio.

Prima di considerare le condizioni generali di contratto predisposte dai fornitori di servizi telematici nei riguardi degli utenti finali, ci si deve soffermare brevemente su un diverso aspetto, posto « a monte » di questo rapporto e destinato ad influenzarlo in modo rilevante, che risiede in un elemento eteronomo rispetto all'accordo concluso tra gli utenti (fornitori ed acquirenti) della rete di trasmissione. Il regolamento amministrativo delle condizioni di abbonamento al servizio Videotel — che costituisce il veicolo più comune dei dati trasmessi tra i corrispondenti collegati alla rete telematica —, contiene infatti previsioni destinate ad operare non solo nei rapporti tra il vetore e gli utenti, ma anche in quelli tra gli utenti stessi, giacché i contratti tra di essi stipulati recepiscono integralmente, talvolta mediante espressi rinvii, il disciplinare che ciascuna parte ha precedentemente sottoscritto, in conformità al D.M. istitutivo del servizio gestito dalla società concessionaria⁶³.

⁶² Sul delinarsi di una moderna *lex mercatoria* v. F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 361 ss.; U. BRECCIA, *op. cit.*, pp. 8, 14; SIEHR, *Unificazione internazionale del diritto dei contratti innovati*, in *Dir. comm. int.*, 1988, p. 83 ss.

⁶³ Qualche incertezza suscita il problema della natura giuridica del disciplinare (allegato al decreto min.) che regola la prestazione del servizio fornito dalla società concessionaria, e che gli utenti devono sottoscrivere per accedervi. Una qualificazione che attribuisca ad esso tenore contrattuale (E. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 310) pare contraddetta dalla giurisprudenza, la quale, con riguardo al regolamento di servizio dell'abbonamento telefonico — che col disciplinare Videotel sembra presentare indubbie analogie —, ne ha affermato la natura normativa (Cass. 5 gennaio 1981, n. 20, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Telefono*: tuttavia, ad attribuire natura contrattuale al disciplinare potrebbe forse valere la considerazione che, ove avesse davvero na-

tura normativa, esso dovrebbe imporsi per forza propria e non già in virtù dell'accettazione dell'acquirente del servizio, da presumersi invece *ex art.* 283, comma 1, del codice postale: cfr. A. QUARTULLI, *op. cit.*, p. 188). Qualora si accogliesse la tesi che attribuisce al disciplinare natura normativa, la contrapposizione che ne risulterebbe, tra disciplinare e fonte volontaria del regolamento contrattuale (nel senso che il secondo recepisce, per effetto del primo, degli interessi tendenzialmente antagonisti alle determinazioni delle parti), indurrebbe a chiedersi se ciò non possa investire il problema dei limiti formali che l'ordinamento pone alla compressione dell'autonomia privata da parte di fonti eteronome. Mantenendosi in questa prospettiva, dei due requisiti che l'ordinamento prescrive affinché i vincoli posti all'autonomia privata possano ritenersi costituzionalmente legittimi, e cioè, sul piano sostanziale, l'essere rivolti al conseguimento di « fini sociali », e, sul piano formale, l'essere introdotti con lo strumento della legge — giacché è al Parlamento che il

Tale regolamento non si limita a stabilire le condizioni di accesso al servizio, presupponendo, com'è ovvio, un contratto di abbonamento telefonico — la cui risoluzione, in una precedente versione del regolamento, comportava espressamente la sospensione del servizio *Videotel* e confermava così l'esistenza di un collegamento negoziale tra il rapporto di utenza telefonica e la fornitura del servizio —, nonché il possesso, da parte dell'utente fornitore, di determinati requisiti⁶⁴, ma richiama altresì le norme limitative della misura patrimoniale della responsabilità del vettore contenute dal codice postale, le quali, come si vedrà tra breve, affievoliscono l'efficacia della tutela degli utenti.

Sotto questo aspetto, potrebbe anzi affermarsi sin d'ora che l'intervento di tale fonte legale nella costruzione dei regolamenti negoziali considerati, ne rappresenta, in buona sostanza, la costante giuridica:

giudizio in ordine a tali fini è istituzionalmente riservato — il secondo non sembrerebbe ricorrere nel caso delle limitazioni di cui si discorre, che infatti sono introdotte da provvedimenti dell'autorità amministrativa. Va tuttavia segnalato che, sul piano pratico, i dubbi sembrano essere superati dalla circostanza che la normativa risultante dal disciplinare viene, solitamente (non richiamata *per relationem*, bensì) incorporata nel testo contrattuale, sicché la sua fonte diviene la volontà delle parti. Sul tema delle limitazioni che la libertà contrattuale subisce ad opera di interventi amministrativi, cfr. S. RODOŤA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 76 ss.; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Milano, 1985, p. 521 ss., con ampie indicazioni bibliografiche.

⁶⁴ Nel succedersi di decreti ministeriali che hanno istituito il servizio *Videotel* prima in via sperimentale e poi in via permanente (D.M. 30 ottobre 1982, in *G.U.* 21 dicembre 1982, e D.M. 27 gennaio 1986, *cit.*), è stato ommesso l'iniziale riferimento al « benessere » che il Ministero PP.TT. si riservava di concedere alle imprese richiedenti l'ammissione al servizio, pur essendo questa strutturata come contratto. La norma aveva suscitato critiche (v. per tutti E. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 310), poiché sembrava sottoporre ad un'inquietante discrezionalità amministrativa l'accesso degli operatori alla rete telematica. Ci si può inoltre domandare se, in caso di esclusione del servizio da parte del gestore in esercizio di questa facoltà oggi soppressa, non potesse trovare applicazione l'art. 2597 cod. civ. Va ricordato, a tale proposito, che la Suprema Corte ha segnato il superamento della tesi secondo la quale, nel rapporto istituito dall'utente del servizio con l'ente pubblico erogatore, andavano distinti due momenti essenziali: quello, preliminare, dell'ammissione al servizio, nel quale il privato si troverebbe

in una posizione di interesse legittimo, e quello successivo, nel quale sorgerebbe il diritto del privato alla prestazione, che integerebbe una situazione di diritto soggettivo. Il giudice di legittimità ha invece stabilito che la natura pubblicistica del soggetto erogatore non osta all'applicazione dell'art. 2597, che infatti ne prescinde « solo dovendosi ritenere richiesto, in caso di ente pubblico, che il medesimo gestisca il servizio in forma di impresa e svolga la sua attività in condizioni di monopolio » (v. Cass., Sez. Un., 26 aprile 1977, n. 1547, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1133; Cass. 25 gennaio 1985, n. 353, *ivi*, 1985, I, 1042; Cass. 23 gennaio 1978, n. 298, in *Foro it.*, 1978, I, 2850). Da ciò si evince che l'utente, anche potenziale, di un servizio pubblico, sia titolare di una posizione di diritto soggettivo nei confronti dell'ente, il quale (quando gestisca in forma d'impresa ed in regime di monopolio) ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le sue prestazioni, osservando parità di trattamento: in dottrina, sul punto, v. principalmente G. ALPA, *I contratti di utenza pubblica*, *cit.*, p. 109 ss.; E. ROPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolistica*, in *Giur. it.*, 1979, I, p. 147 ss.

La discrezionalità della P.A. in questo ambito, esercitata mediante la concessione o il diniego del suddetto « benessere », sarebbe stata forse censurabile anche sotto un diverso profilo. Quando, infatti, gli strumenti di comunicazione (quali le reti telematiche) non sono nella immediata disponibilità dei soggetti, ma sono sottoposti a disciplina normativa (come i servizi in concessione), l'affermazione costituzionale della libertà di corrispondenza impone che detta disciplina sia improntata ad effettivi criteri di uguaglianza circa le modalità di ammissione all'uso dello strumento: cfr. G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 677.

quale che sia la natura specifica del servizio prestato, o la diversità degli atteggiamenti contrattuali, ciò appare l'elemento caratteristico che può forse assumersi, se non come autonomo punto di aggregazione di una categoria dei contratti telematici, della cui consistenza teorica, al pari di quanto è già stato osservato a proposito dei contratti d'informatica⁶⁵, potrebbe dubitarsi, certamente però come profilo omogeneo di un insieme di rapporti contrattuali accomunati da un regime della responsabilità sottratto alla piena applicazione del diritto comune e compreso dai *privilegia fisici* che l'ordinamento attribuisce all'esercizio di attività riservate, di guisa che il regolamento pattizio diviene portatore non soltanto dell'interesse dei contraenti, ma anche di un interesse qualitativamente diverso.

5. LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE. CLAUSOLE DI LIMITAZIONE E DI ESONERO.

L'attività di fornitura di servizi telematici, come attesta lo schema contrattuale precedentemente abbozzato, si realizza mediante il concatenarsi di adempimenti differenti. La pluralità dei soggetti che interviene nel circuito telematico o comunque partecipa all'espletamento del servizio (produttore, fornitore o licenziatario della banca dati, *broker*, soggetto concessionario della rete di trasmissione), moltiplica le occasioni in cui il creditore può venire privato del vantaggio atteso, rendendo difficile, nel contempo, l'individuazione dell'elemento perturbatore nei casi in cui l'articolarsi dell'operazione è più complesso⁶⁶.

Dal punto di vista del soggetto leso, le fattispecie di danno contrattuale vanno individuate facendo riferimento ai due principali momenti di cui si compone il servizio telematico: la messa a disposizione di un prodotto preconstituito (l'informazione attinta mediante la consultazione della banca dati, od anche il *software* utilizzato a distanza mediante procedure interattive), e l'operazione di trasferimento di questo per mezzo della rete telematica.

⁶⁵ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti di informatica*, in *I contratti di informatica*, cit., p. 31 ss.

⁶⁶ Ciò ha indotto alcuni autori ad attribuire l'intera responsabilità per l'insieme dell'operazione ad un soggetto determinato; nel settore specifico del trasferimento elettronico

di fondi, in cui numerosi operatori sono coinvolti nell'espletamento del servizio, si è proposto che vada ritenuto responsabile per l'esito dell'operazione il primo soggetto col quale l'utente abbia contrattato: VASSEUR, *Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement*, in *Revue de la Banque*, 1982, p. 580 ss.

Sotto il primo aspetto, la lesione potrà concretarsi in conseguenza della fornitura di un'informazione inesatta o incompleta, e consistere, oltre che nel costo della prestazione inesattamente adempiuta, nella perdita di *chance* determinata dall'aver fatto affidamento sulla notizia non veritiera; in tal caso, le modalità di raccolta dei dati, siano essi di fonte dello stesso fornitore o a loro volta acquisiti da altri soggetti (e tradotti, ad esempio, in forma di *abstract* o di riferimenti bibliografici), possono essere ritenute rilevanti per affermare od escludere, al fine di stabilire il criterio di imputazione del danno, una diretta linea contrattuale tra il produttore della notizia e il suo acquirente.

Ancora in ordine al suo contenuto, l'informazione, oltre a colpire gli interessi dell'acquirente, può ledere l'identità personale di un terzo (per la rappresentazione che ne venga fatta mediante i dati forniti, o per gli inesatti e fuorvianti riferimenti ad un'opera di cui egli sia autore), facendo insorgere, come si vedrà a suo tempo, la responsabilità aquiliana di chi l'abbia divulgata. Si deve inoltre prospettare la possibilità di un cumulo di responsabilità, quando il medesimo fatto violi non solo i diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti che al soggetto leso spettano indipendentemente da un rapporto contrattuale, traendo il proprio fondamento dal generale principio di non arrecare ad alcuno danno ingiusto: ad esempio, la divulgazione, da parte del gestore della banca dati, di informazioni che permettano di riconoscere particolari delle interrogazioni effettuate dall'utente, potrà dar luogo a rimedi risarcitori non solo delittuali, ma anche contrattuali ove ciò costituisca l'inadempimento di un obbligo espressamente assunto in questo senso⁶⁷; responsabilità concorrenti potranno nascere anche dall'omissione o dall'errata menzione in un annuario elettronico dei dati riferiti ad un imprenditore, il quale ne abbia pattuito l'inserimento con il gestore: ipotesi che indicano quanto sia sottile, in questo ambito, la linea di confine tra la responsabilità da contratto e quella da fatto illecito.

Quanto al secondo aspetto, ossia l'inesatto adempimento che può localizzarsi nel trasferimento telematico all'acquirente dei dati inviati dal fornitore, si determina la responsabilità del vettore, il quale, nell'ipotesi generale precedentemente accolta, si identifica con il soggetto concessionario delle reti pubbliche di telecomunicazione. La ripartizione della responsabilità tra i diversi operatori, fondandosi sulle funzioni che ciascuno di essi svolge nell'operazione telematica,

⁶⁷ Una clausola di questo tipo ricorre nelle « Condizioni generali di contratto per la concessione del diritto di accesso all'archivio elettronico dell'Agenzia ANSA » (archivio « DEA »): « Art. 5: L'agenzia ANSA si impegna a non divulgare alcuna informazione che possa essere suscettibile di permettere a chiunque di conoscere direttamente o indiret-

tamente i particolari delle interrogazioni fatte dal cliente ».

In tema di responsabilità concorrenti v., da ultimo, il contributo monografico di P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, in particolare p. 152 ss., 171 ss., 261 ss.

può presentare dunque tratti disomogenei, sia per la diversità di contenuto delle rispettive prestazioni che per l'interferenza tra momenti negoziali e momenti regolamentari.

Delle due fattispecie considerate, la prima può ascriversi alla tematica, già nota alla dottrina e alla giurisprudenza, dell'erogazione, contrattualmente dovuta, di un'informazione rivelatasi poi non aderente al vero⁶⁸.

Il fatto che i dati oggetto della fornitura, nell'ipotesi qui esaminata, siano trattati e trasmessi mediante strumenti informatici, *prima facie* non sembra modificare sostanzialmente i termini del problema, che attengono alla funzionalità dell'informazione fornita, valutata sul piano dell'adeguatezza dei criteri osservati nel corso del suo reperimento. A fronte di un fenomeno senza dubbio destinato ad acquisire rilievo sempre maggiore, in conseguenza dell'accresciuta importanza economica dei servizi d'informazione e dell'infittirsi delle reti di telecomunicazione⁶⁹, un valido spunto ricostruttivo pare infatti ancora costituito dai principi in materia di responsabilità contrattuale delle agenzie di informazioni commerciali, elaborati dalla giurisprudenza senza che fosse ritenuto necessario, al fine di assicurare una corretta ripartizione del rischio contrattuale, ricondurre previamente i relativi contratti ad un tipo determinato⁷⁰.

Secondo tale consolidato indirizzo, « per accertare l'inadempimento di chi si è impegnato a fornire informazioni commerciali il contenuto della prestazione va riguardato sotto il profilo della serietà delle informazioni che sono state date in relazione al modo in cui furono assunte; se non si può pretendere una veridicità assoluta, si ha però diritto a notizie serie, che non si risolvano, cioè, in consigli o giudizi superficiali irresponsabilmente dispensati »⁷¹. La massima che limita alla serietà delle indagini compiute la responsabilità del falso informante trova riscontro nella prassi giurisprudenziale svilup-

⁶⁸ La responsabilità per informazioni inesatte ha costituito un significativo banco di prova dell'adeguatezza delle tradizionali regole della responsabilità civile; sulle numerose ipotesi di circolazione di notizie inesatte si rinvia principalmente ad G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, in particolare p. 183 ss.

⁶⁹ Nell'evoluzione del mercato delle informazioni, oggi dominato sulla scena internazionale da alcuni grandi gruppi (Reuter's, Dow Jones, Quotron, Api, Upi, Kyodo, France Press), possono riconoscersi due momenti fondamentali: da una parte l'adozione di sistemi computerizzati, risalente ai primi anni Sessanta, e, in tempi più recenti, i forti investimenti per il loro ammodernamento e per la diversificazione dei servizi; dall'altra,

l'abbandono del sistema valutario dei cambi fissi, sancito dagli accordi di Bretton Woods del 1971, che ha determinato l'esigenza, specie per gli operatori finanziari, di conoscere in tempo reale le quotazioni delle divise su tutti i mercati mondiali.

⁷⁰ V. Trib. Milano 7 aprile 1955, cit., e Cass. 4 giugno 1982, n. 1342, cit. Sul potere del giudice di modificare il contenuto del contratto, in base a ragioni di giustizia distributiva del rischio, mediante l'ascrizione al tipo, v. G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 630.

⁷¹ Così Cass. 4 giugno 1962, n. 1342, cit.; in senso conforme, v. già Cass. 12 luglio 1957, n. 2841, in *Giur. it.*, 1957, I, c. 563 ss.

patasi in altri ordinamenti europei, mostrando, malgrado le differenze normative⁷², una convergenza delle soluzioni concrete date al problema⁷³; va però osservato come la costante regola di diritto applicato non rispecchi, nei diversi sistemi giuridici, un uniforme inquadramento contrattuale della prestazione debitoria, che infatti viene da alcuni qualificata in termini di obbligazione di mezzi. È la dottrina francese, in special modo, cui si allinea la giurisprudenza⁷⁴, a trarre questa conclusione, che pare sorreggersi proprio sul rilievo enunciato, secondo cui l'erroneità dell'informazione costituisce un semplice elemento oggettivo di questa fattispecie di responsabilità, non implicando necessariamente il suo ricorrere il dolo o la colpa di chi abbia fornito la notizia, che anzi può risultare inesatta nonostante l'uso di un grado di diligenza corrispondente a quello richiesto dalla legge. L'assunto⁷⁵ ripropone la nota distinzione tra obblighi di risultato e obblighi di semplice diligenza, cui la dottrina ha dedicato pagine definitive, mettendone a nudo le fondazioni dommatiche poco rigorose e ribadendo l'unità del principio informatore della responsabilità contrattuale: si è infatti reputata insostenibile l'esistenza di prestazioni in cui non sia dedotto un risultato, giacché un risultato concepito come momento conclusivo della prestazione è dovuto in tutti i rapporti obbligatori, e si identifica nella prestazione esattamente eseguita⁷⁶.

Il controverso criterio distintivo, come si accennava in precedenza, deve la sua elaborazione teorica segnatamente alla difficoltà, talvolta innegabile, di distinguere l'attività dal risultato cui

⁷² Com'è noto, l'ordinamento tedesco e quello portoghese, a differenza del nostro e della disciplina del *code civil* francese e del codice delle obbligazioni svizzero, contengono previsioni normative tipiche che regolano la responsabilità di colui che fornisce un'informazione o un consiglio inesatti (rispettivamente, il § 676 BGB e l'art. 485 del Codice Civile portoghese).

⁷³ Nella giurisprudenza francese v. Tribunal de grande inst. Paris 16 maggio 1969, in *Dalloz*, 1970, p. 158; Cass., Ch. Comm. 20 dicembre 1971, *ivi*, p. 100. In quella tedesca v. *Bundesgerichtshof* 22 febbraio 1972, in *Neue Jurist. Wochenschrift*, 1972, p. 1042 ss.; per ampi riferimenti v. LAMMEL, *Zur Aufskunfthftung*, in *Archiv für civ. Praxis*, 1979, p. 337 ss.

⁷⁴ In dottrina cfr., da ultimo, i rilievi di A. BERTRAND, *Liability Issues in Database Services: The European Perspective*, in *Intern. Computer Law Adviser*, Oct. 1988; in giurisprudenza, Trib. de grande inst. Paris, cit. (caso BGP c. *Télésystemes*); ulteriori riferimenti nella rassegna di J. HUET, *La responsabilité dans la fourniture d'informations inexactes: droit à indemnisation pour le destinataire et droit à rectification pour les*

tiers concernés, in *Rev. trim. droit civil*, 1984, p. 519 ss.; MEHL-MIGNOT, *Les limitations de la responsabilité dans les contrats de banque de données*, Seminario CELIM, Bruxelles 27-28 giugno 1988, p. 2 ss.

⁷⁵ Cui, nella nostra dottrina, aderisce A. LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 199.

⁷⁶ Oltre al noto e fondamentale saggio di L. MENGONI, *Obbligazioni « di risultato » ed « obbligazioni di mezzi »*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., 280 ss., v. C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, nel Comm. Scialoja-Branca, *sub art.* 1218, Bologna-Roma, 1979, p. 31 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 190 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 74 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, specie p. 62; per una ricostruzione delle posizioni teoriche sulla responsabilità contrattuale, v. principalmente G. VISINTINI, *op. cit.*, pp. 3-79; e, da ultimo, v. anche G. SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 1 ss.

essa tende; e non è senza significato che una distinzione così netta ri-fiorisca in un settore come quello dell'informatica, o più in generale dei servizi, in cui gli stessi connotati naturalistici dell'utilità destinata al creditore (consistente di norma in un'entità immateriale) inducono ad attribuire massimo rilievo al comportamento produttivo da cui essa deriva, al punto da far sembrare questo solo oggetto dell'obbligazione.

Il servizio prestato, inoltre, costituisce generalmente soltanto una fase dell'operazione economica che il destinatario intende realizzare, e il fine ultimo sperato dal creditore non coincide necessariamente con la realizzazione dello scopo dedotto nel rapporto obbligatorio, potendosi collocare all'esterno della sfera di questo; l'equivoco sorge, in tale ipotesi, se non ci si avvede che il risultato finale non è il contenuto dell'obbligo, ma la conseguenza normale della sua corretta attuazione, con la quale si compie la realizzazione della pretesa creditoria.

Inserendosi in una serie di operazioni teleologicamente collegate, la prestazione del servizio può inficiarne l'esito, quando non sia esattamente eseguita; l'informazione appresa da una banca dati specializzata, come già osservato, può essere propedeutica rispetto ad una determinata intrapresa economica, e condizionarne il successo (ossia il vantaggio ultimo, non dedotto in obbligazione, cui aspira il creditore). La configurazione di un semplice obbligo di contegno in capo al debitore, anche in questo caso, corrisponde all'intento di escludere dall'ambito della sua responsabilità l'esito finale dell'operazione in cui il servizio prestato si iscrive; ma ciò, deve ripetersi, è frutto di un errore di prospettiva, poiché ammettere la presenza di un risultato quale momento conclusivo di una vicenda obbligatoria di per sé non equivale a delineare una garanzia, gravante sul debitore, concernente rapporti ulteriori ed estranei all'oggetto dell'obbligazione assunta⁷⁷.

Il chiarimento in ordine alla fondatezza della distinzione non pare superfluo, poiché essa viene sovente associata all'analisi delle clausole di esonero della responsabilità, ricorrenti nei formulari contrattuali, e alla differenza ravvisata tra queste e le clausole che, pur pervenendo al medesimo risultato pratico di escludere o limitare una pretesa risarcitoria del creditore, fanno derivare tale effetto da una limitazione della prestazione dedotta in contratto⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno nella responsabilità contrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 2 ss., secondo il quale A. « la responsabilità del danneggiante non deve garantire il danneggiato contro rischi ai quali egli sarebbe stato sostanzialmente esposto anche se l'atto non fosse stato commesso ». Parte della giurisprudenza francese, accertato l'inadempimento del for-

nitore di informazioni, concede al danneggiato solo un risarcimento parziale, ritenendo che un risarcimento totale del danno equivarrebbe a una *assurance-crédit*: sul punto v. criticamente J. HUET, *op. cit.*, p. 519.

⁷⁸ La distinzione tra i due tipi di clausole rileva specialmente nella prassi assicurativa e bancaria, in cui le seconde sono molto diffuse (e ritenute valide dalla giurisprudenza: cfr. Cass. 29 marzo 1976, n. 1129, in *Banca, borsa, titoli cred.*, 1976, II, p. 178 ss.).

La differenza tra le clausole di esonero della responsabilità e quelle limitative dell'oggetto (dando qui per scontata l'insufficienza della garanzia formale offerta agli aderenti dall'art. 1341, comma 2, cod. civ.)⁷⁹, assume rilievo in relazione alla tutela sostanziale, sotto il profilo della validità del patto, desumibile dall'art. 1229 cod. civ.: si ritiene comunemente che ai limiti di validità prescritti dalla norma siano soggette le prime, le quali deviano dalla disciplina legale dell'inadempimento facendo gravare sul creditore le conseguenze dannose che dovrebbero invece essere sopportate dal patrimonio del creditore; ma non le seconde, che stabilendo la misura della prestazione dovuta, e precisando l'estensione degli obblighi assunti da una parte contraente nei confronti dell'altra, si configurano quale strumento di determinazione del rapporto contrattuale. Sul piano funzionale, tuttavia, i due tipi di clausole si equivalgono, poiché i rischi connessi allo svolgimento dell'operazione economica regolata vengono comunque riversati sull'aderente: mentre nel primo caso si consegue tale obiettivo riducendo le ipotesi in cui possono farsi valere le pretese risarcitorie, nel secondo si opera nello stesso senso, e perfino in modo più radicale, escludendo lo stesso diritto all'adempimento, e riservando al debitore la facoltà di astenersi da determinati comportamenti, non espressamente dovuti in quanto non compresi nell'oggetto del contratto.

Ma è ugualmente apparso legittimo il dubbio, sotto l'aspetto della meritevolezza della causa, sollevato da siffatte pattuizioni, il cui tenore può essere talmente iniquo da limitare essenziali diritti ed obblighi derivanti dalla natura del contratto e da distorcerne così lo scopo⁸⁰. Nei contratti di accesso a banche dati, l'esclusione, che vi ri-

Secondo l'opinione prevalente, le clausole che, nelle polizze assicurative, escludono i c.d. rischi eccezionali, costituiscono appunto una semplice precisazione dell'oggetto, senza introdurre con ciò una limitazione di responsabilità: Cass. 28 giugno 1984, n. 3835, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Assicurazioni*, n. 82. In argomento v. l'ampio studio comparatistico di G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, il quale distingue (p. 17 ss.), in base all'intensità dell'effetto esonerativo, tra clausole di esonero e clausole di limitazione della responsabilità; cfr. inoltre F. BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Banca, borsa, titoli cred.*, 1987, I, pp. 614 ss. (ed anche in *Digesto IV*).

⁷⁹ Non è certo possibile dar conto, in questa sede, della vastissima bibliografia in tema di condizioni generali di contratto: ci si limiterà pertanto a rinviare a C.M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, I e II, Milano, 1979; ID., *Condizioni generali di contratto: prospettive di riforma*, in *Quad. giustizia*, 1986, n. 55, p. 2 ss.; ID., *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1984, p. 340 ss.;

U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, I, p. 68 ss.; E. ROPPO, *I contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, p. 151 ss.; S. MAIORCA, *Contratti standard*, in *App. Noviss. Dig.*, Torino, 1980, p. 617 ss.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, nel *Trattato Rescigno*, II, Torino, 1982, p. 103 ss.; per gli orientamenti della giurisprudenza v. la rassegna di G. ALPA, *Condizioni generali di contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, p. 27.

⁸⁰ Cfr. G. MIRABELLI, *I contratti di informatica: modelli, tipicità, collegamento*, in *I contratti di informatica*, cit., p. 8 s. Sull'esperienza tedesca, circa il controllo di questo tipo di clausole (§ 9, comma 2, *ABGB*), v. J. BASEDOW, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 43 ss.; nel campo peculiare dell'informatica, v. M.R. MARELLA, *Problemi relativi alla garanzia per vizi del software nell'esperienza tedesca*, in *Quadr.*, 1986, p. 445.

corre frequentemente, di ogni responsabilità circa l'accuratezza e la completezza delle informazioni fornite sembra privare l'operazione regolata della sua funzione economico-sociale; ed il tenore delle altre clausole, che limitano indirettamente la responsabilità, prevedendo talora specifiche garanzie destinate a sostituirsi, con più limitato contenuto, alle disposizioni codicistiche, oppure impongono all'aderente di non utilizzare le informazioni ottenute se non per la propria attività, ritenendolo inoltre responsabile per la corretta utilizzazione degli impianti e prevedendo la sospensione del servizio qualora questi non ottemperi alle condizioni contrattuali, nel complesso formano un quadro sfavorevole per il soggetto utente dei servizi telematici⁸¹.

Il ricorrere di tali patti suscita inoltre una riflessione di diverso ordine, relativa all'incidenza che, nel settore particolare di cui si discorre, possono avere gli strumenti tecnici che vi sono stati diffusamente introdotti. Le clausole suddette possono infatti rilevare, in talune ipotesi, come criterio alla stregua del quale valutare il comportamento dell'acquirente dell'informazione, cui si richiede di effettuare non più semplicemente un elementare controllo di verosimiglianza, come già con riguardo alle informazioni ricevute dalle agenzie di informazioni commerciali, bensì una corretta opera di ricerca dei dati, o una adeguata formulazione del quesito, al momento della consultazione telematica della banca dati⁸². In tal caso, una volta ammessa la mancanza di una disciplina tipica applicabile ai contratti, e stante la presenza in essi di numerose clausole vessatorie, la dimensione interattiva del servizio prestato, conferendo rilevanza al comportamento del creditore, lo pone in una condizione sfavorevole ove il suo atteggiamento sia ritenuto concludente, e possa essere interpretato come rinuncia all'azione per difformità della prestazione dalle qualità essenziali.

⁸¹ Sotto questo aspetto le disposizioni del regolamento di servizio introdotto dal decreto ministeriale istitutivo del servizio Videotel, fornito dalla SIP, e le clausole contenute nei formulari predisposti dai fornitori di informazioni (che recepiscono le coordinate di tale decreto) costituiscono un complesso di regole omogeneo, che non si differenzia in base alle sue diverse fonti di origine.

A questo proposito si deve inoltre segnalare il contratto di accesso al servizio di informatica giuridica del Centro elettronico di documentazione della Corte Suprema di Cassazione, che trae dal decreto min. istitutivo del servizio medesimo le esclusioni di responsabilità per disfunzioni, errori o omissioni; v. in argomento E. GIANNANTONIO, *Per una legge sull'informatica giuridica: prime osservazioni sul d.P.R. 21 maggio 1981, n. 322*, in *Giur. it.*, 1983, IV, c. 236 ss.; F. ROSELLI, *Responsabilità civile per memorizzazione di massime o abstracts infedeli*, in *Computers e responsa-*

bilità civile, a cura di G. ALPA, Milano, 1985, p. 75 ss. Sul ruolo assolto dal massimario nella continuità dell'indirizzo giurisprudenziale v., da ultimo, i rilievi di P.G. MONATERI, *op. cit.*, p. 162 ss. (ed ulteriori riferimenti *ivi*).

⁸² Il problema acquista grande rilevanza nell'ipotesi di prestazioni fornite mediante sistemi esperti, che elaborano l'informazione richiesta in base agli *inputs* dell'utente; v. in argomento A. ZOPPINI, *Informattizzazione della conoscenza e responsabilità: i sistemi esperti*, in questa *Rivista*, 1989, p. 581 ss. Canoni tipici di diligenza gravanti sull'utente sono inoltre stati formulati in un diverso settore della telematica, quello del trasferimento elettronico di fondi, in cui, oltre a recenti prese di posizione degli organismi comunitari, in alcuni ordinamenti sono state introdotte norme specifiche: per qualche riferimento può essere utile R. D'ORAZIO, *op. cit.*

Le clausole prima considerate, tuttavia, non possono essere reputate opponibili al cliente, quando con ciò il fornitore si esima dal rispetto delle specifiche norme tecniche e professionali che l'utilizzazione di determinati strumenti tecnici necessariamente comporta; inserendosi in un articolato *network* di centri d'informazione e permettendo la memorizzazione di una grande mole di dati, tali strumenti consentono al debitore (che proprio per la disponibilità di tali mezzi organizzativi riveste, di norma, lo *status* di imprenditore), di operare gli opportuni riscontri ed aggiornamenti sulla veridicità e completezza dell'informazione che si accinge a fornire, i quali vanno ad integrare il nucleo di obbligazioni essenziali (di risultato^{82-bis}) che egli ha assunto ed il cui inadempimento determina la sua responsabilità, indipendentemente dalle clausole di esonero.

I parametri relativi alla valutazione dell'adempimento potranno ricavarsi inoltre dalle esigenze degli utenti, le quali possono considerarsi in certo modo « tipiche »: trattandosi, nell'ipotesi qui privilegiata, prevalentemente di imprese che non usufruiscono di informazioni divulgate presso la generalità del pubblico, ma accedono singolarmente a servizi specializzati all'uopo predisposti da banche dati⁸³ e consistenti nella fornitura di notizie a carattere commerciale

^{82-bis} Nel senso prima precisato; in tema di contratto d'opera professionale v. ad esempio Cass. 22 marzo 1969, n. 905, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1217 ss.: « Se per risultato si intende designare il raggiungimento dello scopo finale per cui la prestazione è stata richiesta, ossia il conseguimento dell'aspirazione del committente, è d'uopo convenire che tale risultato resta al di fuori dell'orbita del contratto d'opera professionale, dipendendo da una serie di circostanze, il cui verificarsi non è nel potere del debitore (...). Ma se per risultato si intende indicare l'opera intellettuale che il prestatore è tenuto a compiere in vista del fine ultimo che il committente si ripromette di conseguire (...), allora la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato non ha ragion d'essere, perché i mezzi altro non sono che il c.d. risultato immateriale dovuto, il quale, inteso in questo senso, non si distingue dall'attività impiegata per ottenerlo ». Sui servizi quali oggetto di una obbligazione di risultato v. G. SANTINI, *op. loc. cit.*; rileva inoltre F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 40 s., che la distinzione tra le obbligazioni di mezzi e quelle di risultato non coincide necessariamente con le obbligazioni aventi ad oggetto l'esecuzione di un servizio e quelle concernenti l'esecuzione di opere: infatti « può essere obbligazione di risultato anche quella che abbia per oggetto la prestazione di servizi, dovendosi in tal caso avere riguardo al risultato che il creditore si propone di ritrarre dal servizio ».

⁸³ Dalle diverse modalità e finalità di diffusione telematica di informazioni si fanno discendere, nell'ordinamento francese, differenti regolamentazioni: l'attività informativa presso il grande pubblico è legislativamente equiparata alla stampa, mentre lo scambio di informazioni del tipo di cui ci stiamo occupando, presupponendo un collegamento diretto e individuale, sono assimilati al regime giuridico della corrispondenza privata (cfr. *retro*, note 13 e 14). La differenza tra i due tipi di prestazione informativa può inoltre dar luogo a conclusioni difformi dal punto di vista dell'imputabilità del danno: esemplare, sotto questo aspetto, è un *case* statunitense, *Daniel v. Dow Jones & Co. Inc.* (520 NYS 2d 334), 1987. Il soggetto leso, abbonato al *Dow Jones News Retrieval Service* (che conta negli USA circa duecentomila abbonati), ha intrapreso alcune (disastrose) iniziative economiche sulla base dell'informazione, divulgata dal servizio, relativa alla ristrutturazione di una società canadese, senza che fosse specificato che le quotazioni indicate erano espresse in dollari canadesi e non statunitensi. La Corte ha escluso la responsabilità dell'informante ritenendo che l'attore avrebbe dovuto controllare la veridicità della notizia, la quale, in mancanza di un più diretto vincolo tra danneggiato e danneggiante, è stata equiparata alle notizie che appaiono sulla stampa; ritenendo inoltre che « the instantaneous interactive computerised delivery of the service does not give rise to a special liability ».

e finanziario⁸⁴, è possibile configurare anche sotto questo profilo uno *standard* di adeguatezza dei servizi offerti; e non pare azzardato, in taluni casi, richiamare l'istituto della presupposizione, ogni qual volta risulti chiara ad entrambe le parti — pur non ricorrendo, nel documento contrattuale, un'esplicita previsione in tal senso — la finalità del rapporto, che in tal caso può intendersi quale presupposto oggettivo della funzione economico-sociale del contratto, il venir meno del quale rende non più giustificato lo scambio tra le prestazioni contrattuali⁸⁵.

La ricerca del criterio di imputazione della responsabilità, com'è evidente, non può prescindere dalla natura professionale dell'attività considerata. È noto come tale elemento assuma rilevanza nel campo della responsabilità da fatto illecito, in cui è andata sempre più guadagnando terreno la tendenza a sottrarre al regime della colpa le fat-

⁸⁴ Un'ipotesi particolare, che in questo settore della responsabilità civile ha assunto rilievo di tipicità giurisprudenziale, è quella in cui fornitrice di un'informazione inesatta sia una banca. In tale ambito, com'è noto, ricorrono principalmente profili di responsabilità aquiliana, poiché nella prassi la fornitura di informazioni da parte di banche costituisce, di norma, una prestazione a titolo di cortesia, e non un obbligo contrattualmente assunto (v. in argomento F. RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. PORTALE, Milano, 1978, I, p. 257 ss.; MAGONZA, *La responsabilità civile della banca*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, nella *Giurisprudenza Bigiavi*, Torino, 1987, p. 83 ss.). Tuttavia una valorizzazione dei principi di correttezza e di buona fede, quali canoni di lealtà contrattuale, ha indotto parte della dottrina a configurare la responsabilità contrattuale della banca, oltre che nelle ipotesi in cui l'informazione trasmessa rappresenti una prestazione principale od accessoria su di essa gravante *ex contractu*, ogni qual volta « il generale canone di lealtà e correttezza imponga, nello svolgimento di un qualsiasi rapporto, di mettere al corrente il cliente di determinate circostanze o di dare al medesimo i consigli e le informazioni del caso » (A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 198). Altri autori, sulla scia dell'elaborazione dottrinale tedesca del « contratto tacito » di informazioni, attribuiscono un fondamento contrattuale alla responsabilità della banca in questo ambito: G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e « ricommercializzazione » del diritto commerciale*, in *Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca*, a cura di S. MACCARONE e A. NIGRO, Milano, 1981, p. 263 ss. Ci si può allora domandare quali con-

seguenze, in tale contesto, possano derivare dall'attuale processo (in cui la tematica pare dover assumere un ruolo centrale: cfr. A. CRINI, *op. cit.*) teso a diversificare l'attività degli istituti bancari, mediante l'offerta ai propri clienti di una gamma più vasta di servizi di consulenza e di informazioni: in tal caso, a fronte del maggior affidamento suscitato nel cliente dal patrimonio di conoscenze e di soluzioni organizzative che già oggi caratterizzano l'istituto bancario (S. MAZZARELLA, *La responsabilità civile del banchiere per false informazioni*, in *Funzione bancaria*, cit., p. 163 s., 173), e che sempre più lo connoteranno, nello svolgimento di un'attività informativa divenuta abituale e « tipica », occorrerà formulare nuovi parametri di diligenza professionale del banchiere. Sulla responsabilità contrattuale della banca per la fornitura non occasionale di informazioni, v. inoltre G. VISINTINI, *I fatti illeciti. I, Ingiustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987, p. 449 ss.

⁸⁵ È noto come la figura della presupposizione, nata dal fiorire degli studi sulla volontà quale elemento caratterizzante del negozio giuridico, sia approdata a quelli sulla causa del contratto, sulla scorta della dottrina più recente (v. per tutti M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1967) e della giurisprudenza, che ponendo la presupposizione in collegamento con la causa del contratto ha ammesso la possibilità di farvi ricorso « come mezzo di ricerca del vero e completo contenuto del contratto », in quanto « circostanza assunta da entrambe le parti come base della contrattazione ». V. approfonditi riferimenti in L. FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 115 ss.

tispecie di danno facenti capo ad un'attività d'impresa; ma lo stesso rilievo esso dispiega nei rapporti contrattuali, nei quali, a differenza delle ipotesi di danno aquiliano, in cui emerge sostanzialmente l'aspetto negativo dell'attività chiamata a risponderne, è la stessa attività, nella sua specifica fisionomia, a costituire il fondamento della prestazione dovuta dall'imprenditore, in precisa relazione con le sue capacità di adempimento. Al processo di generalizzazione della responsabilità oggettiva fondata sul rischio d'impresa, criterio che, con procedimento « tipologico » riconduce il fatto dannoso verificatosi all'attività compresa nella sfera di controllo del debitore, non pare quindi essere estranea l'area della responsabilità contrattuale, in cui ugualmente si assiste ad un graduale ritirarsi della colpa. A fronte della comune prassi costituita dalla predisposizione di condizioni generali di contratto, che anche in questo ambito, come già osservato, rappresenta lo strumento tipico mediante il quale l'impresa fornitrice di servizi telematici si assicura un'ampia esclusione di responsabilità, e a fronte dell'inadeguatezza di una disciplina privatistica ancora tutta concepita nell'ottica di rapporti di scambio individuali e quindi poco adatta a regolare i complessi rapporti che possono instaurarsi tra impresa produttrice, intermediari fornitori ed utenti finali, il concetto di professionalità — attraverso il filtro della diligenza — sembra rappresentare il criterio unitario cui fare ricorso per individuare, anche nelle ipotesi più articolate, il soggetto responsabile.

Il criterio dell'allocazione del costo del danno in capo alla parte più idonea a prevenirlo in base alla propria qualifica professionale, su cui si fonda la concezione oggettiva della responsabilità, implica una revisione della nozione di contraente forte, contrapposto, nella stesura del regolamento negoziale, ad un contraente debole: si sostiene (con evidente apporto dell'analisi economica del diritto) che quando le parti siano parimenti caratterizzate dall'organizzazione ad impresa, come normalmente avviene nel settore qui considerato, in cui i contraenti sono entrambi *mercatores*, il costo del danno dovrà essere sostenuto dal debitore non perché soggetto economicamente più forte, potendosi frequentemente verificare l'ipotesi inversa, ma in quanto sia, in ragione del tipo di attività o di organizzazione, più idoneo a prevenire il rischio del danno medesimo⁸⁶.

La trasposizione nel dominio della responsabilità contrattuale della tendenza ad imputare all'imprenditore tutti gli eventi dannosi ricadenti nella sua attività, segue di pari passo l'introduzione, nel processo produttivo delle imprese, dei mezzi tecnici più evoluti. A questo proposito è utile, al solo limitato scopo di apprezzare il rilievo assunto dai canoni di diligenza professionale in questo particolare ambito dell'attività economica, tornare a considerare la criticata distinzione che suddivide in due categorie le obbligazioni, per

⁸⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 514 ss.

notare come, nel medesimo contesto culturale in cui essa è stata formulata, e dinanzi al trasformarsi delle tradizionali agenzie di informazioni commerciali in banche dati fornitrici di servizi telematici, si tenda ora a prospettare in termini di obbligazioni di risultato quel che prima si configurava come obbligazioni di mezzi⁸⁷.

Per completezza dell'indagine occorre accennare brevemente alla possibilità di una diversa ricostruzione del regime della responsabilità del fornitore di servizi telematici, che impernandosi sull'informazione inesatta pare dipendere strettamente da un approfondimento, qui non consentito, degli elementi costitutivi e dei diversi profili di rilevanza giuridica della stessa nozione di informazione. Si è infatti prospettata, da parte della dottrina⁸⁸, l'applicabilità dello schema della vendita alla fornitura di informazioni, attribuendo alla disciplina degli artt. 1490 ss. cod. civ. una capacità espansiva che intende superare l'ostacolo costituito dalla mancanza di un oggetto materiale di scambio; la garanzia per vizi, in tal caso, si ritiene possa salvaguardare con efficacia l'equilibrio di un rapporto la cui sostanza economica risulti frustrata da un adempimento formalmente corretto, ma in realtà inadeguato alla realizzazione dello scopo dedotto in contratto. Il richiamo alle norme sulle garanzie, il cui carattere oggettivo, come si sa, è stato, tradizionalmente, posto in antitesi all'elemento soggettivo della colpa da ravvisarsi nella comune responsabilità contrattuale, pare confermare da un lato l'attenzione rivolta, in modo sempre più accentuato, alle qualifiche professionali dei contraenti, dall'altro il progressivo convergere dell'istituto delle garanzie e delle disposizioni generali in materia di inadempimento verso uno schema generale di responsabilità oggettiva: ma l'intuizione, tutta-

⁸⁷ Cfr. J. HUET, *La responsabilité du fait de l'information (réflexions suscitées par le développement de l'informatique)*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1987, p. 365.

Ma, sulla crisi della distinzione, nel settore tradizionale delle agenzie d'informazioni commerciali, tra *obligations de résultat* e *obligations de moyens* (disciplinate rispettivamente dagli artt. 1147 e 1137 *code civil*), v. già R. TENDLER, in *Dalloz*, 1979, I, *Jurisp.*, p. 550 ss., il quale, considerando lo standard di diligenza professionale che il fornitore d'informazioni deve osservare nello svolgimento della sua attività, rileva come « l'énumération des obligations qui semblent devoir être mise à la charge d'une agence de renseignements commerciaux montre bien à quel point la différence entre « obligations de moyens » et « obligations de résultat » s'estompe en certaines hypothèses ». Sulla difficoltà di distinguere, in questo ambito specifico, tra *renseignement* e *conseil*, e sulla loro

substantiale equivalenza nell'idoneità ad indurre il soggetto che riceve la notizia a compiere atti di disposizione patrimoniale, v. inoltre R. SAVATIER, *Les contrats de conseil professionnel en droit privé*, *ivi*, 1972, *Chron.*, p. 137 ss. Sugli obblighi di sicurezza e di risultato a carico dei *professionnels* elaborati dalla giurisprudenza francese nell'ambito dell'informatica, v. J. DE LAMBERTERIE, *La responsabilité contractuelle du fournisseur de prestation informatique*, in *J.C.P.*, 1978, p. 460 ss.

⁸⁸ Cfr., di recente (in aggiunta ai riferimenti citati *retro*, specie alle note 45 e 46) oltre alla *Relazione* di E. ROPPO al Convegno di studi « L'informazione come bene » (S. Margherita Ligure, ottobre 1989), quella di R. PARDOLESI e C. MOTTI (in una prospettiva di analisi economica del diritto), « *L'idea è mia!* »: *lusinghe e misfatti dell'« economics of information »*, in questa *Rivista*, 1990, p. 345 ss.

via, investendo la sfuggente natura del bene oggetto dello scambio (e cui sembra comunque potersi attribuire fondamento almeno nelle ipotesi in cui vi sia un supporto materiale dell'informazione, come nel caso dei *compact disks*), attende una dimostrazione esauriente.

6. (SEGUE): RESPONSABILITÀ DEL VETTORE TELEMATICO. CRITERI DI ECONOMICITÀ DELL'IMPRESA (PUBBLICA) E QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.

Si è evidenziato, in precedenza, come la portata delle disposizioni normative contenute nel disciplinare *Videotel* sia tale da investire ogni singolo segmento dello schema contrattuale di base, venendo a far parte integrante della regolamentazione sia del rapporto instaurato tra il vettore telematico (che si identifica, come sappiamo, con la società concessionaria delle reti telefoniche) e ciascun utente del servizio (fornitore ed acquirente dell'informazione), sia di quello intercorrente tra gli stessi utenti.

Ciò incide in misura rilevante sulla catena negoziale mediante la quale si esplica la prestazione del servizio all'utente finale: il disciplinare dispone infatti l'esonero della responsabilità del vettore per qualsiasi danno che, nel quadro della fruizione del servizio, possa occorrere all'acquirente. Se la previsione può apparire ragionevole con riguardo alle ipotesi di danno derivante dalla trasmissione di un'informazione inesatta (che dovrà essere imputato al fornitore, sulla base del rapporto tra questo e l'acquirente), essa determina un forte squilibrio a detrimento del destinatario, privandolo di ogni tutela rispetto ai danni che possono risultare dalla trasmissione *tout court*, e che dovrebbero senza dubbio ricondursi alla sfera di attività e di controllo del vettore⁸⁹.

Il tenore vessatorio di tali clausole — che si conformano alle norme del cod. postale — pare confliggere con l'art. 1229 cod. civ., sollevando inoltre, ove manchi una specifica approvazione *ex art.* 1341, comma 2, cod. civ., dubbi sulla sua efficacia nei confronti dell'utente, attesa la natura contrattuale del disciplinare e l'applicabilità, oggi comunemente riconosciuta, di tale norma codicistica ai contratti con-

Sul rapporto tra risarcimento del danno contrattuale e garanzia per vizi v., per tutti, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, p. 399 ss.

⁸⁹ Cfr. E. ROPPO, *I contratti per la fornitura di servizi telematici*, cit., p. 312 ss.

clusi con pubbliche amministrazioni⁹⁰.

Il fatto che il servizio *Videotel* (che costituendo, sul piano tecnico, una gemmazione del servizio telefonico, ne riflette pertanto la problematica giuridica)⁹¹ sia gestito con attività negoziale di diritto privato, non ha quindi impedito che con la sua istituzione si perpetuasse il *modus operandi* informato a principi autoritativi proprio degli enti pubblici erogatori di servizi essenziali⁹², e che in questo ambito ha il suo principale fondamento nell'art. 6 cod. postale: la cui norma (regolando anche l'attività dei concessionari) dispone che l'Amministrazione « non incontra alcuna responsabilità per i servizi postali, di bancoposta e di telecomunicazione, fuori dei casi e dei limiti espressamente previsti dalla legge ». La norma enunciata assume, per quanto riguarda il settore delle telecomunicazioni, un rilievo del tutto particolare, constatandosi che l'assoluta mancanza di previsioni legislative regolatrici dei casi di responsabilità dell'Amministrazione, per i danni cagionati nell'espletamento dei servizi di sua competenza, equivale in buona sostanza ad affermare, in questo ambito, un principio generale di irresponsabilità⁹³. Le ampie esclusioni di responsabilità, che, come già osservato, ricorrono nei singoli contratti tra fornitore e acquirente, per quanto attengono a incidenti di ordine tecnico, devono attribuirsi proprio allo squilibrio che a sua volta connota il rapporto tra fornitore di informazioni e gestore della rete: di guisa che, vanificata l'ipotesi di una responsabilità solidale per la preclusione di ogni possibilità di rivalsa, il danno si riversa sul destinatario del servizio.

La collocazione dei rapporti di utenza nel campo dei servizi postali e di telecomunicazioni in una zona di confine tra diritto pubblico e diritto privato costituisce forse il motivo della scarsa attenzione dedi-

⁹⁰ È noto il capovolgimento prodotto dalla giurisprudenza in questo ambito. L'opinione tradizionale escludeva che nel caso di contratti conclusi con la P.A. potesse trovare applicazione l'art. 1341 cod. civ., poiché le clausole di esonero venivano ricondotte alla legge e non già a condizioni predisposte unilateralmente da un contraente; mentre, reputandosi l'operato della P.A. istituzionalmente ispirato a criteri di imparzialità e giustizia, non si riteneva concepibile la necessità di una specifica approvazione, da parte dell'aderente, delle clausole onerose. Il *revirement*, avviato da Cass. 11 maggio 1953, n. 1217, in *Foro it.*, 1953, I, c. 617 ss., è andato consolidandosi con Cass., Sez. Un., 12 giugno 1967, n. 1310, *ivi*, 1967, I, c. 1977 ss.; Cass. 29 novembre 1978, n. 5613, *cit.*; Cass. 29 settembre 1984, n. 4832, *ivi*, 1984, I, c. 2442 ss., e in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, I, p. 122 ss., con nota di C.M. MAZZONI. In dottrina v. S. PATTI, *Condizioni generali di contratto predisposte, approvate o imposte dalla pubblica amministrazione*, in *Condizioni generali di contratto*, a cura di BIANCA, *cit.*, II, p. 247 ss.; D. MEMMO, *Clausole vessatorie e*

contratti della pubblica amministrazione, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 376 ss.; M. SANTILLI, *op. cit.*, p. 76 ss.; F. DANUSSO, *Gli artt. 1341 e 1342 cod. civ. e i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 291 ss.; e, da ultimo, G. PESCATORE, *Le clausole onerose nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 493 ss.

⁹¹ Tra utenza telefonica e utenza telematica deve ravvisarsi, come già osservato, un collegamento negoziale, che determina l'estensione alla seconda delle norme regolamentari, a carattere generale, applicabili al servizio telefonico e a tutti i servizi ad esso funzionalmente collegati.

⁹² È appena il caso di precisare che il termine « servizio », in questo caso, è inteso non più nella sua accezione commercialistica, ma secondo il significato suo proprio nel diritto amministrativo (cfr. FRESA, voce *Servizio pubblico*, in *Dizionario amministrativo*, diretto da Guarino, II, Milano, 1983, p. 1358 ss.).

⁹³ Cfr. MOLteni-DE SANCTIS, voce *Poste e telecomunicazioni*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1984, p. 594 ss.

cata dalla dottrina civilistica al fitto reticolo di immunità e privilegi che imbriglia le regole di responsabilità in questo particolare settore, nonostante il relativo ordinamento, a confronto con la disciplina di attività analoghe svolte da altri soggetti, presenti differenze talmente vistose da non poter passare inosservate: basti pensare, ad esempio, al vettore, che nel comune contratto di trasporto è responsabile (*ex art. 1693 cod. civ.*) della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli, a meno che non provi il caso fortuito⁹⁴.

Vi è stato, più recentemente, un mutamento di clima; il problema di una tutela effettiva degli utenti di servizi prestati in condizione di monopolio e in regime di concessione si è posto in maniera più accentuata, determinando un approccio meno « protezionistico » della giurisprudenza⁹⁵; si è finalmente palesato il carattere anacronistico ed iniquo di molte delle norme contenute nei contratti di accesso ai servizi essenziali; l'impresa pubblica è stata posta sullo stesso piano giuridico di quella privata, mentre l'interesse pubblico è stato ricondotto al momento genetico dell'impresa medesima, dove esso si manifesta e si esaurisce nella scelta d'intervento in determinati settori produttivi, dovendo il mercato assorbire ogni altro elemento di distinzione⁹⁶; è, insomma, andato maturando « il convincimento che l'ente pubblico non possa giustificare col semplice fatto della sua qualifica un minore rispetto dei diritti privati, coprendo in realtà la negligenza della sua organizzazione e del suo operato »⁹⁷.

Al centro del dibattito è venuto a porsi il diritto privato, ritenuto strumento idoneo ad ottenere l'equilibrato temperamento degli interessi dell'utente con quelli del soggetto pubblico, mediante l'ancoraggio della nozione di servizio pubblico a quella di impresa. A questa « riscoperta » dei meccanismi giuridici privatistici nel settore dei pubblici servizi ha contribuito in modo particolare la giurisprudenza costituzionale, le cui recenti direttive sono suscettibili di assumere immediata rilevanza nel settore della telematica.

Una prima decisione della Corte Costituzionale ha infatti decretato l'illegittimità costituzionale di alcune norme del cod. postale (tra cui il menzionato art. 6), nella parte in cui sottraevano l'Amministrazione postale dal pieno risarcimento del danno, motivando che « tutti i servizi pubblici essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma d'impresa ossia (...) con criteri di economicità, i quali comportano la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali fonda-

⁹⁴ Cfr., sui profili interpretativi concernenti la nozione di « forza maggiore » quale ipotesi di esonero da responsabilità nell'amministrazione postale, F. ALCARO, in *La legislazione civile annotata* da P. Perlingieri, Napoli, 1985, 10, sub d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, p. 353 ss.

⁹⁵ Cfr. ampi riferimenti in G. ALPA,

Contratti di utenza pubblica, cit., e F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 357 ss.

⁹⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1986, p. 127 ss., 215 ss.

⁹⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1984, p. 5.

mentalmente soggetti al diritto privato »⁹⁸. La portata della pronuncia era tuttavia limitata alla particolare fattispecie considerata, in cui la Banca d'Italia si vedeva da una parte obbligata da norme di legge a ricorrere al servizio postale per la spedizione di vaglia cambiari⁹⁹, e dall'altra impossibilitata a rivalersi sull'Amministrazione, a causa delle sue esenzioni da responsabilità, ogni volta che, non pervenendo a destinazione tali pagamenti, veniva richiesta del risarcimento. La responsabilità dell'Amministrazione postale era quindi affermata limitatamente ai danni provocati alla Banca d'Italia, con esclusione di quelli provocati a qualsiasi utente privato: ma, sebbene il *petitum partium* non consentisse una pronuncia differente, in essa già poteva cogliersi il sintomo inequivocabile di una parziale apertura verso la definitiva eliminazione degli ingiustificati privilegi riconosciuti all'Amministrazione dalle norme del codice postale.

Al diritto privato, in questo caso, è stato fatto ricorso, da parte dei giudici costituzionali, come ad un parametro di legittimità¹⁰⁰, per valutare se la disciplina speciale sottoposta al loro vaglio integri quei requisiti di professionalità e di efficienza economica desumibili, con riguardo all'organizzazione e alla gestione dei servizi pubblici, dall'art. 43 della Costituzione¹⁰¹.

⁹⁸ Corte Cost. 17 marzo 1988, n. 303, pubblicata in questa *Rivista*, 1988, p. 482 ss. (con richiami di R. D'ORAZIO); in *Foro it.*, 1989, I, c. 56 ss., con osservazioni di G. MARZIALE; in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1443 ss., con nota di CARBONI, *La responsabilità dell'amministrazione postale: regime obbligatorio d'impresa per i servizi pubblici?*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, I, p. 176 ss., con nota di S. SICA, *Responsabilità delle PP.TT. per perdita di corrispondenza raccomandata e « privilegi della P.A. »*. Secondo la Corte Costituzionale, l'integrazione delle norme del codice postale con quelle in tema di commutazione dei debiti di Stato determina una disparità di trattamento, lesiva del principio d'uguaglianza: infatti, mentre nel rapporto tra Banca d'Italia e creditore l'inadempimento dell'obbligo di consegna del vaglia « è regolato dalla norma generale dell'art. 1218, onde la banca si libera da responsabilità solo con la prova del caso fortuito », invece nel rapporto tra Banca e amministrazione postale l'obbligo di trasporto e di consegna della raccomandata al destinatario, assunto dalla seconda verso la prima, « è regolato da norme speciali che esonerano l'amministrazione da responsabilità per il risarcimento dei danni, con la conseguenza... di far ricadere il rischio dell'operazione sulla banca ».

⁹⁹ Cfr. art. 1 d.P.R. 25 gennaio 1962, n. 71 e legge 23 ottobre 1962, n. 1575.

¹⁰⁰ V. le notazioni di P. PISANI, *Tecniche privatistiche di accesso ai servizi essenziali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, I, p. 51 ss.

¹⁰¹ In argomento v. M.S. GIANNINI, *L'amministrazione dello Stato contemporaneo*,

nel *Trattato di dir. amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 1988, p. 74 ss.; U. POTTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 54 s.; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1983, p. 213 ss.; e, con riferimento al rilievo assunto da tale criterio nello statuto dell'impresa, G. FLORIDIA, *L'economicità della gestione come principio di correttezza*, in *Quadrimestre*, 1989, I, p. 13 ss. Il principio anzidetto è stato accolto, in una occasione, a livello legislativo: cfr. la legge 17 maggio 1985, n. 210 (richiamata nella stessa sentenza n. 303), avente ad oggetto la « riforma » delle « Ferrovie dello Stato »; in tale testo normativo, all'art. 2, si fa espresso richiamo ai « criteri di economicità e di efficienza » ai quali deve ispirarsi l'azione dell'ente » (v., al riguardo, il commento di FIENGO, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 138 ss.). In tema di norme limitatrici della responsabilità per danni nei confronti degli utenti v. anche Corte Cost. 2 maggio 1985, n. 132 (sui limiti di responsabilità del vettore aereo, in *Nuove leggi civ. comm.*, con nota di T. BALLARINO, e in *Foro it.*, 1985, I, 1585, con nota di R. PARDOLESI; Corte Cost. 27 aprile 1982, n. 90, in *Giur. cost.*, 1982, p. 930 ss., che invece ha ritenuto legittimi i limiti di risarcimento del danno per il trasporto di cose da parte delle Ferrovie; e, per un diverso riferimento al diritto privato — nel senso di ricondurre alla libera contrattazione tra i contraenti la ripartizione del rischio dell'operazione economica —, Corte Cost. 19 novembre 1987, n. 401 (*ivi*, 1987, p. 2832 ss.), in tema di limitazione di responsabilità nel trasporto marittimo di merci.

Una più approfondita disamina, da parte della Corte, avrebbe potuto forse precisare quali disposizioni codicistiche debbono farsi prevalere sulla legislazione speciale (anche se è facilmente intuibile il ruolo che su questo piano svolge l'art. 1229 cod. civ.)¹⁰²; tuttavia, il riferimento alla disciplina generale dell'illecito civile ha preparato il terreno ad una seconda pronuncia, concernente stavolta il servizio telefonico, in cui, ha affermato la Corte, « la presenza di un rapporto concessionario tende ad accentuare le caratteristiche imprenditoriali del servizio, nonché la sua attrazione verso un regime di diritto comune ». Anche l'esame della fattispecie consente di apprezzare il grande passo avanti compiuto: mentre nella precedente decisione si fronteggiavano due enti di diritto pubblico, in questo caso l'enunciazione di tali principi è occasionata dalla vicenda di un utente privato, il quale lamentava gravi danni derivanti dal mancato trasloco di una linea telefonica¹⁰³.

The King can do wrong, dunque: il sistema di privilegi imperniato sull'art. 6 cod. postale pare aver ricevuto un duro colpo, poiché i giudici costituzionali, pur non escludendo « la possibilità di configurare, per la responsabilità del concessionario conseguente a disservizio, una disciplina speciale, eventualmente ispirata a criteri più restrittivi di quella ordinaria », hanno comunque ammonito che limitazioni alla responsabilità del concessionario « dovranno, in ogni caso, essere tali da garantire un ristoro serio e non fittizio del danno subito dall'utente »¹⁰⁴. Si comprende facilmente come i nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di servizi postali e telefonici aprano prospettive di grande interesse anche per i servizi telematici, che dei primi rappresentano la « nuova generazione » più evoluta e complessa, condividendone al tempo stesso l'inadeguata disciplina normativa¹⁰⁵. Le norme cui deve farsi riferimento sono quelle conte-

¹⁰² Cfr. P. PISANI, *op. loc. cit.*

¹⁰³ Corte Cost. 20 dicembre 1988, n. 1104, in questa *Rivista*, 1989, p. 184 ss., con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi sui servizi telematici*, e in *Foro it.*, 1989, I, c. 1 s., con osservazioni di N. MAZZIA.

¹⁰⁴ Vale la pena di segnalare che, in seguito al criterio introdotto in questo ambito dalla Corte Costituzionale, il nostro ordinamento si ritrova all'avanguardia rispetto ai diversi regimi giuridici vigenti negli altri paesi europei, ancora ispirati al vetusto principio dell'irresponsabilità del gestore delle reti pubbliche di telecomunicazioni. In Belgio, ad esempio, i rapporti contrattuali-regolamentari sono connotati da ampie esclusioni di responsabilità (v. DE CANNART D'HAMALE, *Les « contrats » R.T.T. ou les rapports juridiques entre la Régie des télégraphes et téléphones et les usagers*, in *Journal des Tribu-*

naux, 1983, 5240, p. 109 ss.); in Francia, in seguito all'intervento del *Conseil d'Etat* è stato novellato (con la *loi* del 23 ottobre 1984) l'art. L37 del *code P.P.T.T.*, prevedendo la responsabilità del gestore ma solo in caso di colpa grave; nella Repubblica Federale Tedesca, la responsabilità è limitata ai casi di dolo e colpa grave (art. 12 *Postgesetz* e artt. 382-384 *Telekommunikationordnung*); ma la riforma del settore, in corso di elaborazione (su cui v. BRINCKMANN, *Telekommunikationsordnung und Fernmeldebenutzungsrecht*, in *Computer und Recht*, 1989, 1 ss., 95 ss., 186 ss.), intende estendere a questo settore le regole di diritto privato.

¹⁰⁵ Alla luce di tale evoluzione tecnologica, la stessa distinzione, riportata nel libro V del codice postale (« Dei servizi di telecomunicazioni »), tra « servizi telefonici » (titolo II) e « servizi radioelettrici » (titolo IV) deve ritenersi in parte superata.

nute nel nuovo testo del regolamento di servizio per l'abbonamento telefonico, nella cui portata applicativa rientra anche la fornitura di servizi mediante la rete telefonica commutata¹⁰⁶; tali previsioni però, il cui grado effettivo di innovazione, nel quadro dei rapporti con l'utenza, non si spinge oltre il *fair-play*¹⁰⁷, traggono la propria sostanza dalle norme del cod. postale censurate d'incostituzionalità parziale, e si prestano dunque, prive di quello schermo, ad una diversa lettura.

Venuti meno tali presupposti, per disciplinare la responsabilità del vettore telematico si rende necessario ricorrere alle norme del codice civile¹⁰⁸; ogni ulteriore limitazione di responsabilità infatti non potrebbe più sufficientemente essere introdotta in via regolamentare, poiché, secondo quanto affermato nella più recente sentenza dei giudici costituzionali, detti limiti, se enunciati in sede normativa, debbono trovare, per poter incidere la sfera dell'autonomia privata, un adeguato supporto nella legge o in altra fonte primaria.

Riservato così alla legge soltanto di porre argini alla responsabilità del concessionario, le norme regolamentari, recepite (alla stregua di clausole pattizie) nei contratti di abbonamento al servizio *Videotel*, potrebbero essere disapplicate dal giudice ordinario, qualora risultino lesive dei diritti soggettivi dell'utente¹⁰⁹.

A clausole di questo tenore, inoltre, non più idonee a fissare i casi o il massimale risarcitorio di tale responsabilità, dovendosi ora considerare la materia sottratta alla disponibilità delle parti, potrebbero applicarsi le regole elaborate dalla giurisprudenza con riguardo ai patti che, in caso di inadempimento del predisponente le condizioni contrattuali, riconoscono all'aderente un'indennità prestabilita senza prevedere la risarcibilità del danno ulteriore¹¹⁰.

¹⁰⁶ D.M. 8 settembre 1988, n. 484, in questa *Rivista*, 1989, p. 339 ss.; vedine il commento di N. MAZZIA, *Il nuovo regolamento del servizio telefonico: dove va la tutela degli utenti?*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 270 ss.

¹⁰⁷ N. MAZZIA, *op. ult. cit.*, c. 272.

¹⁰⁸ V. ZENO-ZENCOVICH, *op. ult. loc. cit.*; N. MAZZIA, *op. ult. loc. cit.*

Per un caso di applicazione, nel campo dei servizi pubblici, del criterio della responsabilità oggettiva, v. la legge 7 ottobre 1977, n. 754, in materia di danni causati alla persona dall'esercizio ferroviario, su cui, tra gli altri, v. D'ANTINO, *La responsabilità oggettiva delle Ferrovie dello Stato nel trasporto di*

persone, in *Foro amm.*, 1979, II, p. 790 ss.

¹⁰⁹ Cfr., da ultima, Cass., Sez. Un., 13 gennaio 1989, n. 111 (in *Foro it.*, 1989, I, c. 1858 ss., con osservazioni di N. MAZZIA): spetta all'a.g.o. conoscere della controversia avente ad oggetto le posizioni soggettive derivanti da un contratto di utenza di pubblico servizio, e disapplicare, ad esempio, il provvedimento amministrativo emanato in carenza dei presupposti del potere della P.A. Cfr. *amplius* G. ALPA, *I contratti di utenza pubblica*, cit.

¹¹⁰ V., ad esempio, Trib. Roma 21 febbraio 1983, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratti bancari*, n. 16; Cass. 29 marzo 1976, n. 1129, *ivi*, 1976, I, c. 1531 ss.

7. LA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE DEL FORNITORE DI SERVIZI TELEMATICI.

Definito il quadro normativo entro il quale operano i servizi telematici ed evidenziati i profili della disciplina negoziale, è opportuno indicare, sia pure in via di prima approssimazione, le ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

Si deve parlare di ipotesi stante, a quanto consta, l'assoluta assenza di dati giurisprudenziali o di altri elementi dai quali desumere una tipologia di comportamenti illeciti o un « catalogo » di situazioni giuridiche protette.

D'altronde è la stessa polifunzionalità dell'attività telematica a ostacolare l'individuazione delle fattispecie aquilianamente rilevanti, in quanto essa rende possibili, a distanza, con estrema rapidità, senza intermediari umani, una molteplicità di operazioni della più svariata natura.

Al fine di evitare fantasiose prospettazioni ci si limiterà alle ipotesi che appaiono più probabili in relazione sia all'attuale contenuto dei diversi servizi telematici espliciti in Italia, sia alle esperienze straniere.

a) *La violazione di diritti d'autore.*

La possibilità che un servizio telematico possa costituire violazione di diritti d'autore può configurarsi sotto due aspetti:

i) illecita riproduzione di un programma di gestione di un servizio telematico altrui: di solito i servizi telematici hanno come punti di partenza una base di dati che l'utente, come si suol dire, « interroga » per trarne informazioni a lui utili. Il programma che dirige le operazioni di « interrogazione » e di reperimento potrebbe essere tutelato — alla stregua del dominante orientamento giurisprudenziale — dal diritto di autore¹¹¹.

Per fare un esempio, mentre la base di dati potrebbe essere costituita da dati di pubblica conoscenza (come statistiche ufficiali, dati anagrafici) e quindi non tutelati dal diritto d'autore, il programma di ricerca potrebbe essere particolarmente « sofisticato », consentendo indagini complesse ed altrimenti difficilmente realizzabili.

La riproduzione illecita di un siffatto programma potrebbe essere qualificata come violazione dei diritti d'autore su di esso.

ii) Illecita riproduzione di una base di dati altrui: la stessa base di dati, che è a fondamento del servizio telematico, potrebbe essere tu-

¹¹¹ Per una aggiornata raccolta e analisi della giurisprudenza in tema si v. R. RISTUCIA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 1990. Ma per radicali critiche alla scelta del diritto d'autore v. G. FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive*

sulle creazioni intellettuali, in questa *Rivista*, 1989, 71; R. PARDOLESI, *Software di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevettuale*, in *Foro it.*, 1988, I, 3133; V. ZENO-ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la direttiva sui programmi per elaboratore*, in questa *Rivista*, 1990, 77.

telata dal diritto d'autore. Da tempo a talune raccolte di informazioni è stata riconosciuta la natura di opera dell'ingegno di carattere creativo: da una risalente decisione in tema di un annuario di consiglieri di amministrazione di società per azioni¹¹², fino a più recenti decisioni su raccolte di testi legislativi¹¹³ o di giurisprudenza¹¹⁴.

Tali pronunce riguardavano opere contenute su un supporto cartaceo, ma di recente si è ritenuto che il principio in esse espresso potesse estendersi a raccolte di informazioni informatizzate e contenute su un supporto magnetico¹¹⁵. La recente pronuncia del Pretore di Roma appare estremamente importante perché, pur condizionando ovviamente la tutela alla natura creativa della base di dati, aveva per oggetto un servizio di informazioni economiche espresse sotto forma di statistiche sui flussi commerciali mondiali.

Senza entrare nel dettaglio della questione, che già altrove ha trovato approfondita disamina¹¹⁶, si deve tuttavia segnalare che la tutela della base di dati per mezzo della legge sul diritto d'autore pone un primo problema circa l'esatta individuazione dell'opera protetta (essendo la base di dati per sua natura in costante aggiornamento e quindi sempre mutevole rispetto alla sua prima « stesura »); ed un secondo problema circa il momento della sua « creazione » e « pubblicazione »¹¹⁷. A tal proposito si può ricordare l'art. 20, lett. i) della legge spagnola 11 novembre 1987, n. 22 sulla « Proprietà intellettuale » che qualifica come atto di « comunicazione pubblica », ai fini della durata della protezione, « l'accesso del pubblico, per mezzo di strumenti di telecomunicazione, ad una base di dati quando questa incorpori o costituisca un'opera protetta ».

b) *La violazione delle norme sulla concorrenza sleale.*

La gestione di servizi telematici è in genere affidata ad imprenditori, soggetti al generale obbligo di lealtà nella concorrenza imposto dall'art. 2598 cod. civ.

È evidente che il gestore può porre in essere, come tutti gli altri imprenditori, attività illecite quali la confusione, la denigrazione, lo storno di dipendenti ecc. Le varie attività dovranno dunque essere valutate alla stregua dei canoni giurisprudenziali affermatasi con riferimento ad altri settori imprenditoriali.

¹¹² Trib. Roma 14-15 luglio 1934, in *Dir. aut.*, 1934, 518.

¹¹³ Pret. Roma 22 febbraio 1952, in *Foro it.*, Rep. 1952, Diritti d'autore, n. 94.

¹¹⁴ Cass. 14 dicembre 1959, n. 3544, in *Foro it.*, 1960, I, 54.

¹¹⁵ Pret. Roma 14 dicembre 1989, in questa *Rivista*, 1990, 219.

¹¹⁶ V. L.C. UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore*, in G. ALPA (a

cura di), *La tutela giuridica del software*, Milano, 1984, p. 51; M. INTROVIGNE, *Computer data bases e proprietà intellettuale*, *ivi*, p. 67; R. PARDOLESI, *Banche dati al guado*, in *Foro it.*, 1987, IV, 357.

¹¹⁷ Sul punto v. A. MONTANARI, *La riproduzione mediante introduzione nella memoria degli elaboratori*, in questa *Rivista*, 1986, 809.

Appare tuttavia opportuno segnalare due ipotesi che potrebbero con maggiore frequenza presentarsi: la prima è quella delineata dall'art. 102 l.d.a. il quale qualifica come atto di concorrenza sleale « la riproduzione o imitazione sopra altre opere della medesima specie, delle testate, degli emblemi, dei fregi, delle disposizioni di segni o caratteri di stampa e di ogni altra particolarità di forma o di colore nell'aspetto esterno dell'opera dell'ingegno quando detta riproduzione o imitazione sia atta a creare confusione di opera o di autore ».

Quindi, anche senza dover riscontrare il requisito dell'opera dell'ingegno, la presentazione del servizio, per come appare sul video, potrebbe ben essere configurata come atto confusorio e pertanto illecito.

Una seconda disposizione, tratta sempre dalla legge sul diritto d'autore (art. 101), appare di un certo rilievo con riferimento alle banche di dati giornalistiche. Se si considerano le problematiche che hanno accompagnato oltr'alpe la vicenda Microfor/Le Monde¹¹⁸ (nella quale una società canadese sintetizzava e informatizzava le informazioni pubblicate dal prestigioso quotidiano parigino) assume interesse la citata norma laddove considera come contraria « agli usi onesti in materia giornalistica » « la riproduzione sistematica di informazioni o notizie, pubblicate o radiodiffuse, a fine di lucro, sia da parte di giornali o altri periodici, sia da parte d'impresе di radiodiffusione ».

c) *La lesione di diritti della personalità.*

Fra le ipotesi più verosimili di lesione di diritti altrui nel corso di una attività di servizi telematici rientrano quelle ai diritti della personalità, ed in particolare alla riservatezza, all'identità personale e alla reputazione.

La prima sarà violata qualora il servizio telematico acquisisca e diffonda dati riservati (sulla salute, sulla famiglia ecc.) senza esserne autorizzata dal titolare; la seconda quando saranno acquisiti e diffusi dati inesatti (per incompletezza, per errore, per mancato aggiornamento) che rappresentino il soggetto difformemente dalla realtà; la terza, infine, quando i dati acquisiti e diffusi saranno propriamente falsi e disonorevoli.

i) *La lesione della riservatezza:* com'è noto l'Italia non dispone di una disciplina specifica in tema di raccolta ed elaborazione automatica di dati personali e di tutela della riservatezza dei titolari dei dati medesimi.

L'Italia ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 sulla protezione dei dati personali con la recente legge 21 febbraio 1989, n. 98, ma, come è stato approfonditamente illustrato¹¹⁹, non ha potuto depositare lo strumento di ratifica perché,

¹¹⁸ App. Parigi 18 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1987, IV, 358.

¹¹⁹ R. LATTANZI, *La tutela dei dati per-*

sonali dopo la ratifica della Convenzione Europea sulle banche-dati, in questa *Rivista*, 1990, 220.

per fare ciò, bisognerebbe che venisse introdotta una appropriata disciplina *ad hoc* recettiva delle direttive del Consiglio d'Europa.

In assenza di ciò — e non avendo la Convenzione carattere c.d. *self-executing* — la ratifica costituisce un *beau-geste* la cui rilevanza sul piano normativo interno è assai dubbia: appare infatti estremamente opinabile che dalla legge di ratifica possano sorgere in capo ai gestori di banche dati determinati obblighi e ai titolari di dati determinati diritti e, soprattutto, che su di essa possano fondarsi pronunce giudiziali che impongano, divietino o autorizzino alcunché.

Occorrerà dunque rifarsi alla nozione di riservatezza enucleata in questi anni e riconosciuta dalla giurisprudenza. Il servizio telematico, nella misura in cui diffonda dati e notizie riservate, può essere soggetto alle sanzioni, preventive e riparatorie, generalmente applicate con riferimenti ad altri strumenti di diffusione.

Non varranno invece le disposizioni previste dagli artt. 6 ss. della legge 1° aprile 1981, n. 121 le quali riguardano unicamente la banca di dati del Ministero degli Interni, il cui sistema informativo non è accessibile al pubblico¹²⁰.

ii) *La lesione dell'identità personale*: se il servizio telematico mira a fornire informazioni su soggetti (persone fisiche o giuridiche) è facile che esse possano talvolta essere erronee. Tale erroneità potrà configurarsi come semplice errore materiale (ad es. il tale commerciante è nato nel 1930, mentre è nato nel 1940; l'albergo ha 36 stanze, mentre ne ha 46, ecc.); oppure come omissione di elementi essenziali (non si indica quali carte di credito sono accettate presso un determinato esercizio pubblico; non si precisa il titolo di studio di un professionista); o, ancora, come mancato aggiornamento (il bilancio di una impresa è fermo ad alcuni anni fa; si indica un vecchio indirizzo).

In tutti questi casi è evidente che viene in gioco il diritto all'identità personale inteso come diritto ad una rappresentazione fedele e conforme alla storia del soggetto. Rispetto alla genesi di tale diritto — prettamente di creazione giurisprudenziale¹²¹ —, alle fattispecie presentatesi, ai soggetti che si affermano lesi, l'applicazione dell'identità personale ai servizi telematici presenta alcune, semplificanti,

¹²⁰ V. comunque su tale banca di dati A.A. DALIA, *Il controllo giurisdizionale sulla banca dati del Ministero dell'Interno*, in questa Rivista, 1986, 577; D. GROSSO, *Trasmissione di atti informazioni e dati nel processo penale*, Milano, 1987, p. 155 ss.

¹²¹ Una bibliografia sull'identità personale sarebbe qui fuori di luogo: si rinvia alle principali opere monografiche in argomento a partire da A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*², Milano, 1982, p. 399 ss.; G. ALPA-M. BESSONE-L. BONESCHI (a cura di), *Il diritto all'identità personale*, Padova, 1983;

G. ALPA-M. BESSONE-L. BONESCHI-G. CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983; AA.Vv., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, 1985; F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984; V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985.

Per una rassegna giurisprudenziale v. B. IANNOLO-G. VERGA, *Il diritto all'identità personale*, in *N.G.C.C.*, 1987, II, 453.

differenze: in primo luogo la natura, per così dire, obiettiva dei dati generalmente contenuti in una base di dati rende estremamente più facile l'accertamento della loro eventuale inesattezza, senza dover sconfinare sullo scivoloso piano del diritto di critica.

In secondo luogo, poiché le informazioni oggetto del servizio assai spesso riguardano persone giuridiche (in genere imprese commerciali, ma non solo) la possibilità di verificare l'esattezza è agevolata dal regime di pubblicità vigente in tale settore.

Il rimedio generale in tutti i casi di inesattezza sopra menzionati sarà quello della correzione della base di dati, cui potrà aggiungersi, semmai, quello dell'invio di un avviso di correzione a quanti risultino — dall'esame dell'archivio magnetico del servizio telematico — aver chiesto tale informazione.

Non sembra potersi applicare ai servizi telematici né la disciplina del diritto di rettifica prevista dall'art. 8 della legge 8 febbraio 1948 n. 47 (legge sulla stampa), né quella di cui agli artt. 7 e 34 della legge 14 aprile 1975, n. 103 (sul sistema radiotelevisivo). La prima norma si applica alla sola stampa e, ancorché il servizio telematico possa eventualmente essere riprodotto su un supporto cartaceo, non pare che la conservazione di dati su una banda magnetica possa qualificarsi come « stampa ». Peraltro, scarso peso normativo può essere dato a quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 12 del Regolamento annesso al D.M. Poste e Telecomunicazioni 27 gennaio 1986 che disciplina in via permanente il sistema *Videotel*. Ciò non solo perché non tutti i servizi telematici sono trasmessi attraverso il sistema *Videotel*, ma soprattutto perché è estremamente dubbio che ad una fonte di rango così basso possa attribuirsi una funzione integratrice della legge ordinaria¹²². D'altronde la formulazione di tale comma (« Il fornitore di informazioni che realizza e/o distribuisce servizi informativi a carattere giornaliero è obbligato a rispettare specificamente le norme della legge sulla stampa e quella dell'editoria, in quanto applicabili ») è assai generica e sembra riferirsi alle sole agenzie di stampa.

Nemmeno sembrano applicabili le norme della legge 103/1975; per quanto i servizi telematici siano distribuiti per il mezzo di un « cavo », sarebbe davvero una forzatura equipararli alla televisione via cavo al cui direttore l'art. 34 estende l'obbligo, previsto dall'art. 7, di diffondere le rettifiche.

iii) *La lesione della reputazione*: l'ipotesi che le informazioni fornite dal servizio telematico possano ledere la reputazione non è marginale. Innanzitutto ciò può avvenire nei servizi di natura giornalistica. In tal caso si presenteranno le questioni ricorrenti in tema di diffamazione ed aventi ad oggetto essenzialmente la verità dell'addebito e l'esercizio del diritto di cronaca e di critica.

¹²² Dubbi analoghi, sia pure sotto altro profilo, sono manifestati da E. ROPPO, *I contratti per la fornitura, ecc.*, cit., p. 311 ss.

Diverso è il caso di informazioni lesive della reputazione contenute in base di dati di altro genere (ad es. bollettino dei protesti), in quanto verrà in evidenza più che un comportamento doloso, uno meramente colposo, con esclusione dunque dell'illecito penale. Ciò comporta due ordini di problemi: da un lato occorrerà individuare i criteri di diligenza vigenti in tema di raccolta e diffusione di informazioni per verificare se vi sia stata colpa da parte del fornitore del servizio.

La Suprema Corte ha avuto modo di intervenire sullo specifico punto affermando che « sussiste a carico di una organizzazione che svolge il compito di fornire informazioni commerciali la responsabilità per danni cagionati a terzi, ex art. 2043 cod. civ., qualora pur senza formulare apprezzamenti o giudizi negativi sulla moralità della persona (fisica o giuridica) sulla quale fornisce le informazioni stesse, riferisca una situazione non corrispondente al vero, costituendo la divergenza tra la situazione reale e quella risultante dall'informazione una violazione delle comuni norme di prudenza e di diligenza occorrenti nella ricerca della fonte dell'informazione »¹²³.

La massima enunciata con riferimento ad una tradizionale raccolta su supporto cartaceo, ma facilmente estensibile ai servizi per via telematica — sembra improntata ad un parametro oggettivo (differenza dal vero), ma non considera il problema essenziale: quali siano le fonti che il fornitore di informazioni deve esaminare per assolvere il proprio onere di diligenza.

Il secondo problema posto dagli illeciti colposi contro la reputazione riguarda il danno risarcibile. Escluso il danno non patrimoniale — stante la dominante interpretazione giurisprudenziale dell'art. 2059 cod. civ. — occorre individuare il danno patrimoniale. A tal proposito si deve ricordare il non sopito contrasto giurisprudenziale in tema di illegittimo inserimento nel bollettino dei protesti, sostenendosi in più d'una decisione che elemento costitutivo dell'illecito sarebbe l'esistenza di un danno¹²⁴ ed opponendosi, in altre pronunce, che il danno alla reputazione dello pseudo-protestato è *in re ipsa*¹²⁵.

d) *Il danno ai fruitori dell'informazione.*

Il soggetto sul cui conto sono state diffuse informazioni riservate, inesatte o lesive della reputazione è certamente il primo ad essere danneggiato. Ma non è certamente l'unico: in particolare chi è desti-

¹²³ Cass. 6 gennaio 1984, n. 94, in *Resp. civ.*, 1984, 674.

¹²⁴ V. Cass. 19 settembre 1975, n. 3065, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1837; Cass. 2 luglio 1977, n. 2878, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1919.

¹²⁵ Trib. Perugia 3 luglio 1981, in *Giur. merito*, 1983, 661; Trib. Milano 11 aprile 1983, in *BBTC*, 1985, II, 100; Trib. Milano

28 settembre 1989, in *BBTC*, 1989, II (con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Considerazioni sul danno da protesto illegittimo*). Una articolata rassegna della giurisprudenza si trova in A. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Trattato Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1982, pp. 568-569, note 56 e 57.

natarario di una informazione errata può subire un danno, sia nell'ipotesi in cui la utilizzi, sia in quella in cui non la utilizzi perché indotto a credere che essa sia priva di interesse, inidonea o addirittura negativa. Si torna dunque nel campo della responsabilità per informazioni inesatte¹²⁶.

Di solito fra fornitore e utilizzatore vi sarà un rapporto di natura contrattuale, sicché una volta accertato l'inadempimento all'obbligazione di fornire un servizio informativo esatto, il problema sarà quello di individuare il danno risarcibile.

È tuttavia possibile che manchi un rapporto contrattuale (servizio gratuito, familiare dell'abbonato al servizio, terzo fruitore dell'informazione) sicché debba individuarsi una responsabilità secondo il generale canone dell'art. 2043 cod. civ.

Ne discendono due questioni: da un lato occorrerà individuare se e in che misura sussista in capo al fornitore dei servizi telematici un obbligo *erga omnes* di assicurare l'esattezza dei dati da lui forniti; dall'altro lato quali siano i danni, risarcibili, subiti dal soggetto leso.

Sotto il primo aspetto appare estendibile ai servizi telematici quell'orientamento giurisprudenziale, formatosi in tema di informazioni bancarie, secondo cui « la banca che fornisce informazioni false o inesatte circa la situazione economica e la solvibilità di un cliente è responsabile in via extracontrattuale verso il destinatario delle informazioni dei danni da costui subiti (nella specie, per i finanziamenti erogati a seguito delle suddette informazioni ad un cliente risultato poi insolubile)¹²⁷ ». Ed anche la giurisprudenza di legittimità tende a qualificare le erronee informazioni fornite nel caso di c.d. benefondi telefonico come illecito extracontrattuale¹²⁸. Resta tuttavia da chiarire se tale principio, sorto con riferimento all'attività bancaria, sia applicabile, *tout court*, a settori diversi. Sono infatti evidenti le ragioni di politica del diritto e di allocazione economica che sottendono l'obbligo di diligenza, *erga omnes*, in un campo di così grande importanza quale il credito. Situazioni analoghe possono rinvenirsi anche in talune professioni, come quella medica o quella legale. Potrebbe tuttavia sorgere il dubbio se le informazioni fornite da un servizio riguardante temi meno impegnativi (svago, compravendita di oggetti usati, ecc.) debbano essere disciplinate allo stesso modo.

Il secondo aspetto, quello del danno risarcibile, è sufficientemente chiaro fin tanto che ci si limiti al danno emergente: nel caso delle informazioni bancarie si tratterà delle perdite patrimoniali « in conse-

¹²⁶ Per una recente disamina della questione, con riferimento ai c.d. sistemi esperti v. A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 581.

¹²⁷ App. Milano 14 marzo 1986, in *BBTC*, 1987, II, 627. V. *retro*, nota 84.

¹²⁸ Cass. 7 febbraio 1979, n. 820, in *Resp. civ.*, 1979, 487.

guenza del pagamento o dell'accreditamento al presentatore dell'assegno, sul non veritiero presupposto della sua copertura »¹²⁹; per altre attività si tratterà dell'inutile esborso di somme che altrimenti non si sarebbe fatto (ma già in questo « altrimenti » si coglie una prima difficoltà di individuazione e di collegamento causale). Quando però si voglia individuare il lucro cessante il terreno è quanto mai infido, dovendosi valutare delle scelte ipotetiche (cosa avrebbe fatto il soggetto se avesse ricevuto una informazione corretta? Ne avrebbe tratto profitto? E in che misura?).

Innanzitutto, ragioni sistematiche e di giustizia sembrano indicare che l'onere della prova di un'eventuale assenza di danno spetti al preteso responsabile (con *ratio* non dissimile da quella contenuta nell'ultima parte dell'art. 1221, comma 1, cod. civ., in tema di mora del debitore).

È infatti praticamente impossibile per il destinatario dell'informazione erronea provare un suo comportamento che non c'è stato (ma ci sarebbe stato se...), e le conseguenze a lui vantaggiose di esso.

Per il resto si finirà con l'applicare il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, anche se siffatte valutazioni medie e presuntive fanno sorgere non poche perplessità.

e) *La responsabilità del « produttore ».*

Per aggirare almeno alcuni degli ostacoli posti dall'applicazione dell'art. 2043 cod. civ. si potrebbe pensare di ricorrere alla disciplina in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi introdotta con il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, in attuazione della direttiva comunitaria n. 85/374.

Si incontra subito, tuttavia, un primo, e probabilmente decisivo, ostacolo: mentre l'art. 1 del predetto d.P.R. dichiara il produttore responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto, l'articolo seguente chiarisce che « prodotto, ai fini delle presenti disposizioni, è ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile ». Ci si avvede che, pur se si voglia qualificare l'informazione come bene, è estremamente difficile inquadrarla nella categoria del « prodotto » elaborata con riferimento ad entità connotate dal requisito della materialità. D'altronde in questo settore l'endiade « beni e servizi » tende a dividersi e contrapporsi. Volendo limitare la riflessione ai servizi telematici — ovvero sia alla fornitura per via elettronica di dati e informazioni ed eventuale, connessa, attività negoziale — la loro esclusione del novero dei prodotti risulta dalla loro stessa denominazione. Naturalmente ciò non impedisce che il servizio telematico possa dare vita ad un prodotto, in senso proprio, difettoso; ma allora sarà quest'ultimo cagione del danno e non l'informazione¹³⁰.

¹²⁹ Cass. 7 febbraio 1979, n. 820, cit.

¹³⁰ Sul punto v. A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 600. V. inoltre i problemi non dissimili posti dalla direttiva comunitaria con riferimento ai

programmi per elaboratore J.P. TRIAILLE, *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, in questa *Rivista*, 1990, p. 725 ss.

Si deve peraltro osservare — in linea generale — che, quantomeno per ciò che riguarda l'area del danno risarcibile, la prescrizione, e taluni profili dell'onere della prova, è assai dubbio che la disciplina della responsabilità del produttore sia poi tanto più vantaggiosa per il danneggiato rispetto ai tradizionali rimedi aquiliani, sicché in concreto sembra potersi affermare che la questione è assai teorica.

8. AUTOREGOLAMENTAZIONE DEGLI OPERATORI E AMBITI DI INTERVENTO NORMATIVO.

La ricognizione, per quanto sommaria, dei principali profili di responsabilità relativi all'impiego di sistemi telematici, dovrebbe aver posto in sufficiente risalto le aree nelle quali i consueti strumenti giuridici possono reputarsi sostanzialmente adeguati, e quelle in cui, invece, un intervento normativo è auspicabile, o comunque preannunciato.

Già in occasione dell'intensa fase iniziale dell'evoluzione tecnologica che interessa la società e l'economia contemporanea, ossia quella contraddistinta dal diffondersi dell'informatica, si sono riproposte, in veste nuova, problematiche note, alle cui sollecitazioni gli interpreti hanno reagito ora riconoscendo l'adeguatezza di talune regole della responsabilità civile, peculiari del nostro ordinamento¹³¹, ora avvertendo con rinnovata attenzione la necessità di integrare i principi che governano la materia contrattuale, a fronte di fenomeni di contrattazione uniforme di estensione pari ormai a quella dei mercati.

Molte delle conclusioni raggiunte dall'analisi dottrinale in tema d'informatica e di contratti ad essa attinenti possono quindi estendersi al settore qui considerato — che ne rappresenta l'ulteriore sviluppo tecnologico — nel segno, potrebbe dirsi, di una duplice continuità: l'una riferita al quadro immutato di diritto codificato in cui si svolge la transizione all'economia post-industriale¹³², l'altra in certo modo « interna » al progredire tecnico e commerciale di un medesimo comparto economico, in cui principale strumento di innovazione e di adeguamento delle regole destinate agli operatori è il contratto.

Se però, con analogo parallelismo, pur negando l'irriducibilità del « diritto dell'informatica » al diritto comune¹³³, se ne ammette l'atti-

¹³¹ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Introduzione*, in *Computers e responsabilità civile*, cit., p. 12 (con riguardo particolare agli artt. 1229, 2050, 2059, 2236, 2931 cod. civ.); v. inoltre, più in generale, i rilievi di F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, cit., p. 362.

¹³² Cfr. F. GALGANO, *op. ult. loc. cit.*

¹³³ Si possono riportare, a tale proposito, le sferzanti notazioni del VIVANT, *Le*

« produit » informatique. Discours sur un discours, in *Dalloz*, 1989, *Chron.*, p. 142: « Il est d'ailleurs dans la nature de cette thèse de l'« alterité » radicale du droit de l'informatique de n'être pas neutre: dans une société médiatique comme la nôtre, le « nouveau » est la valeur par excellence qui fait reconnaître la valeur de ceux qui le découvrent, et un nouveau droit vaut bien à cet égard une nouvelle cuisine ou de nouveaux philosophes ».

tudine a rimettere in discussione la coerenza concettuale di consolidate categorie giuridiche¹³⁴, del pari, al momento della nascita dei cosiddetti contratti telematici da una costola della contrattualistica dell'informatica, è possibile registrare particolarità e differenze, riconducibili, come si è prospettato, principalmente ai problemi giuridici sollevati dall'interferenza tra momenti privatistico-negoziali e momenti autoritativo-provvedimentali, che concorrono nella prestazione del servizio telematico, e dalla natura del bene oggetto del servizio medesimo (l'informazione), il cui inquadramento sistematico (che attualmente ha solo il conforto di alcune analisi di dottrina, e richiede ancora una rigorosa verifica), potrebbe incidere sulla qualificazione dei contratti relativi alla sua acquisizione e sulla disciplina ad essi applicabile.

La specialità dei nuovi contratti può cogliersi infatti nella peculiare natura del bene scambiato (certamente già noto all'esperienza economica e giuridica, eppure mai assunto ad occuparne a tal punto la ribalta, come oggi avviene, con il diffondersi delle nuove tecnologie); un approfondimento in questo senso potrebbe mutare le coordinate appena enunciate, qualora, in luogo della tendenza a conservare in tutta la sua ampiezza l'ambito di operatività delle norme codicistiche, si affermasse la diversa esigenza di formulare statuti particolari, diversificati in funzione del bene oggetto dello scambio¹³⁵.

Il rapido sviluppo cui va soggetto lo « stato dell'arte » in questo settore sconsiglia però rigide predeterminazioni legislative, che potrebbero rivelarsi presto obsolete, mentre, nella prospettiva di una corretta distribuzione dei rischi nella prestazione di tali servizi (o, se si preferisce, nella circolazione di tali beni), gli elementi ricostruttivi del regime della responsabilità si sono individuati nei requisiti professionali o economici dei soggetti che vi intervengono.

Il criterio utilizzato, muovendo dalla natura professionale dell'attività considerata e dalla veste assunta dai soggetti nel rapporto contrattuale (connotata, come si è più volte rammentato, da attitudini tecniche determinate e da un'organizzazione ad impresa), fa venire in luce i canoni di buona fede e di diligenza, i quali permettono di valutare, nell'adempimento, la conformità del comportamento esecu-

¹³⁴ Così lo stesso M. VIVANT, *op. loc. cit.*

¹³⁵ Nel campo dell'informatica, esemplare è il caso del *software*, a proposito del quale si è a lungo dibattuto sull'opportunità di un'assimilazione ai beni tutelati dalle leggi sul diritto d'autore o di una elaborazione di norme *ad hoc*; sulle normative adottate dai vari ordinamenti v. il recente studio di V. ZENO-ZENCOVICH, *Le leggi a tutela del software in Italia e nel mondo*, Padova, 1990. Nel settore della telematica, un orientamento che

conferisce rilievo alle diverse funzioni del bene regolato si riscontra nell'ordinamento francese, in cui alle regole di diritto comune sono state affiancate norme specifiche, che distinguendo le diverse caratteristiche del bene-informazione ne hanno assoggettato la fornitura telematica a regimi differenziati (v. *retro*, nt. 13 e 14).

Per una tipologia delle informazioni tutelabili (che potrebbe ripercuotersi nel contesto contrattuale) v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, cit., p. 36.

tivo allo scopo dedotto in contratto; talché, mediante il ricorso a tali principi, potranno formularsi parametri di valutazione dell'adempimento in sostituzione di quelli espressi dal contratto, qualora essi contrastino con la *ratio* del programma negoziale¹³⁶, e sarà possibile ammettere l'inadempimento del contraente-fornitore che abbia ottemperato alle previsioni contrattuali, ma abbia omesso comportamenti strumentali ed accessori, pur contrattualmente non programmati (ad esempio, quello di eseguire i riscontri, con i mezzi normali dell'attività considerata, sull'esattezza e sulla completezza dei dati, prima di provvedere alla loro trasmissione all'utente)¹³⁷.

Nel riferimento alle clausole di buona fede e diligenza è implicita la centralità riconosciuta al controllo giudiziale sulla funzione economica dello scambio, tanto più importante quanto più i conflitti emergono da situazioni nuove, non sempre direttamente riconducibili a schemi noti, come non di rado avviene nel campo delle tecniche informatiche¹³⁸.

In questa prospettiva, i principi ricavabili dal sistema delle clausole generali potrebbero avere un rilievo meno modesto di quello che generalmente è stato loro riconosciuto nel diritto applicato¹³⁹. In quanto « indici di apertura del sistema giuridico a un rapporto dialettico col suo ambiente »¹⁴⁰, infatti, tali criteri permettono la tipizzazione giurisprudenziale di comportamenti ritenuti normali nell'am-

¹³⁶ All'accentuazione dell'elemento causale del contratto, operato dal legislatore del 1942, si attribuisce concordemente l'accresciuta importanza delle clausole generali, che legittimano il controllo del giudice sulla giustificazione economica dell'affare: cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., II, 1, p. 454; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 334; sulla clausola di buona fede quale « strumento di controllo dell'autonomia privata » v. A. DI MAJO, *Le norme di tutela contro i cosiddetti poteri privati*, in *Foro it.*, 1980, I, c. 440 ss.

¹³⁷ Sul criterio della correttezza contrattuale (che, sul piano sostanziale, s'identifica col concetto di buona fede oggettiva: v. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 126 ss.), quale strumento, demandato al giudice, per individuare le attività accessorie distinte dalla prestazione in senso stretto, v. NATOLI, *op. loc. cit.*; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nella attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 55 ss.; secondo un diverso e prevalente orientamento, alla clausola generale deve attribuirsi la funzione, desumibile dall'art. 1375 cod. civ., di integrare l'obbligazione contrattuale, collocandosi tra le fonti di

questa, al pari dell'accordo delle parti, della legge, degli usi e dell'equità: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 111 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 83; L. MENGONI, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi »*, cit., p. 185 ss.

¹³⁸ Cfr. i puntuali rilievi di G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 4 s.

¹³⁹ L'iter culturale delle clausole generali è ripercorso da L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 1 ss. (e in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, specie p. 17 ss.), cui adde C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ivi*, 1986, p. 21 ss. L'esordio dell'idea di una « legislazione per principi » può ritrovarsi in S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 94 ss. (e v. anche ID., *Il senso delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, cit., p. 268 s.). Sull'uso giurisprudenziale delle clausole generali v. l'ampia casistica riportata da L. NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 501 ss., ed ora G. ALPA, *Principi generali e diritto dei contratti. Un inventario di « dicta » e di questioni*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 65 ss.

bito economico cui si riferiscono determinati contratti¹⁴¹, di guisa che l'elaborazione di *regulae juris*, formulate avendo riguardo alle regole della correttezza commerciale, consente al giudice, nella ricerca della decisione (e quando la particolarità del caso concreto non sia tale da collocarlo fuori dei termini consueti dell'attività in cui si iscrive), di disporre di *standards* valutativi fondati su specifici obblighi professionali e commisurati all'equilibrio economico dell'affare.

Nella definizione di tali criteri orientativi l'opera del giudice può essere facilitata quando egli possa fare riferimento a « codici di buona condotta », i quali, adottati in via di autodisciplina, contengono le regole del traffico mercantile comunemente osservate nei rapporti relativi a determinate attività economiche¹⁴². La prassi commerciale affermatasi nel campo della telematica ha valorizzato, nei vari paesi europei, le raccolte di regole e di usi uniformi, e la stessa Comunità Europea, regolando un settore in piena espansione, come quello del trasferimento elettronico di fondi, ha per ora preferito ricorrere a tale strumento, di contenuto deontologico, nel proposito di formulare precetti di *soft law* che non ostacolassero l'evoluzione tecnologica e favorissero altresì gli accordi tra gli operatori del settore¹⁴³. Pertanto, nella ricostruzione dei doveri professionali tipici del prestatore di servizi telematici, si potrebbe utilmente tener conto, oltre che della giurisprudenza in tema di responsabilità delle agenzie d'informazione, anche dei modelli codificati dalle associazioni professionali costituite in questo ambito, la cui violazione, quando essi siano osservati in seguito ad un impegno contrattuale, assunto dal fornitore, nel senso di uniformarvi la propria condotta, potrebbero costituire anche lesione di un specifico obbligo nei confronti dell'altro contraente¹⁴⁴.

Ma la portata di tali previsioni deontologiche, allo stato attuale, appare ancora di scarso rilievo, sotto il profilo della tutela degli utenti. Esse sono infatti prevalentemente ispirate dalla preoccupazione di garantire la lealtà della concorrenza tra gli associati¹⁴⁵, men-

¹⁴⁰ L. MENGONI, *op. loc. cit.*

¹⁴¹ Esigenza avvertita da C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.; v. anche L. MENGONI, *op. loc. cit.*

¹⁴² Cfr. G. CATTANEO, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 631 ss., secondo cui la clausola generale opera in questo caso come rinvio recettizio ad un ordinamento sociale autonomo, individuato nel sistema delle regole di lealtà commerciale.

¹⁴³ Cfr. COMMISSIONE CEE, Raccomandazione 8 dicembre 1987, su un codice europeo di buona condotta in materia di paga-

mento elettronico, in questa *Rivista*, 1988, p. 955 ss., e più recentemente, Raccomandazione 17 novembre 1988, cit.

¹⁴⁴ Cfr. G. SANTINI, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴⁵ Cfr. ANFOV (Ass. nazionale dei fornitori di videoinformazione), *Codice di comportamento per i fornitori di informazioni tramite il sistema Videotel*, in questa *Rivista*, 1986, p. 1001 ss. (vedine il commento di R. SPECIALE, *op. cit.*, p. 370 s.); il codice stabilisce parametri del dovere di concorrenza leale, con riguardo al rispetto del marchio e del relativo diritto di preuso, del diritto d'autore e dei brevetti, e all'obbligo di non frapporre ostacoli all'espansione commerciale di ciascun fornitore associato.

tre una tendenza di segno opposto all'intento di « moralizzazione », in cui risiede il tratto caratteristico dei codici di comportamento, sembra talvolta trapelare dalla minuziosità con cui sono predisposte alcune tra le condizioni contrattuali più frequenti, che nella ricerca della maggiore completezza possibile rivelano forse una diffidenza verso ogni criterio interpretativo del loro contenuto che possa fondarsi su elementi esterni e non espressamente concordati.

Volendo comunque fissare gli obiettivi di maggiore rilievo, sotto il profilo della tutela degli utenti, che le associazioni europee dei fornitori di servizi telematici si sono prefissi, devono segnalarsi, tra quelli a carattere generale, il rispetto delle legislazioni sulla stampa, sull'editoria, sulla pubblicità¹⁴⁶; il rispetto del principio della segretezza della corrispondenza¹⁴⁷; la sorveglianza sulle informazioni che possano essere contrarie all'ordine pubblico e al buon costume¹⁴⁸; e, tra i parametri che potrebbero avere una più diretta incidenza nella valutazione della responsabilità del fornitore,

a) la corretta presentazione commerciale del servizio offerto, in ordine al suo contenuto e alle sue possibilità di utilizzazione¹⁴⁹;

b) il riscontro sulla veridicità e sulla completezza delle informazioni fornite, e la tempestiva rettifica in caso di errore¹⁵⁰;

c) l'esplicita menzione della fonte della notizia¹⁵¹;

d) la cancellazione delle informazioni obsolete, il loro aggiornamento, l'indicazione dell'ultimo aggiornamento effettuato¹⁵²;

e) la distinzione delle notizie dalle inserzioni pubblicitarie¹⁵³;

f) il rispetto della riservatezza dei soggetti, in conformità alle leggi vigenti o, in mancanza, ai principi contenuti dalla Convenzione di Strasburgo del 1981¹⁵⁴. Quest'ultimo aspetto, per le sue rilevanti implicazioni, non può certo essere rimesso, nel nostro ordinamento, all'autoregolamentazione dei privati, come invece di fatto avviene, per

¹⁴⁶ Cfr. Codice ANFOV, art. 14; Codice AFTEL (*Groupement Français des Fournisseurs d'Informations en Ligne*). In Francia, il diritto di rettifica è stato espressamente esteso alla telematica dall'art. 6 legge 29 luglio 1982 (modificato dall'art. 82 legge 30 settembre 1986: v. *retro*, nt. 13). In Germania, la stessa previsione è contenuta dall'art. 7 del regolamento *Bildschirmtext*. Vanno segnalate inoltre le direttive contenute dalla Raccomandazione formulata in Francia dalla *Commission des Opérations de Bourse* (COB) nel 1987, che equiparano i messaggi telematici alla stampa, richiedenti l'indicazione del fornitore dell'informazione « dans les mêmes conditions qu'un directeur de publication ».

¹⁴⁷ Codice AFTEL: « le fournisseur du service assume la responsabilité éditoriale dans les conditions définies par la loi. Dans les autres cas et dans le respect de la correspondance privée, il est souhaitable qu'il

puisse assurer une surveillance raisonnée ». Le regole deontologiche e le convenzioni d'accesso ai « kiosque télématique » per servizi « professionnel » o « grand public » sono riportate in *Droit de l'informatique et des tel.*, 1988, 1, p. 9 ss. (con commento di J. HUET).

¹⁴⁸ Codice AFTEL; Codice AVL (Lussemburgo). In Francia, il problema ha avuto una certa risonanza con il grande sviluppo della « messagerie rose » mediante *Minitel*, che ha suscitato la reazione di enti ed associazioni morali, oltre a qualche intervento della giustizia penale.

¹⁴⁹ Codice AFTEL.

¹⁵⁰ Codice AVL, Raccomandazione COB, Codice EUSIDIC (associazione europea dei fornitori).

¹⁵¹ Raccomandazione COB, Codice Viditel (Olanda).

¹⁵² Codice Viditel, Codice AFTEL.

¹⁵³ Codice AFTEL, Codice AVL.

¹⁵⁴ Codice ANFOV, Codice AFTEL.

l'interminabile vicenda legislativa che ha portato, come si è detto, alla ratifica della Convenzione, ma che non ancora accenna a concludersi con l'approvazione di norme specifiche¹⁵⁵. Tale ritardo può rivelarsi pregiudizievole non solo, com'è ovvio, per la tutela di diritti fondamentali della persona, ma anche per lo stesso sviluppo economico del settore considerato, poiché la Convenzione, all'art. 12, riconosce ai paesi aderenti la facoltà di porre limiti al flusso transfrontaliero di talune categorie di dati verso quei paesi in cui manchi una « protezione equivalente »; la mancanza di un'armonizzazione tra le norme vigenti nei vari paesi europei in tema di *privacy*, consentendo in tal modo un giudizio negativo sulla reciprocità e sull'equivalenza della tutela, potrebbe incoraggiare forme di protezionismo e conflitti commerciali¹⁵⁶.

Quanto poi alla responsabilità del vettore, si è rilevata la mancanza di una normativa generale delle obbligazioni assunte dagli enti pubblici, che, nel mutato quadro costituzionale in cui viene oggi a collocarsi la gestione pubblica delle reti di telecomunicazione, lascia spazio all'applicazione del diritto comune. Ribaltata l'accezione del principio di economicità, cui si richiamavano anche i difensori dei privilegi riconosciuti dall'ordinamento al gestore pubblico, il trasferimento del rischio in capo agli utenti perde le qualità garantistiche che per lungo tempo gli sono state attribuite, in nome dei vantaggi complessivi assicurati alla collettività: è diffusa la sensazione che taluni limiti imposti all'autonomia dei privati abbiano perso ormai il collegamento con i bisogni di tutela di interessi collettivi tradizionalmente adottati a loro giustificazione. Tale tendenza, oltre a riflettere il generale orientamento alla delegificazione, è in linea con quanto va preparandosi, in questo ambito specifico, in sede comunitaria, circa la separazione delle strutture destinate a fornire i servizi dall'attività amministrativa dei soggetti pubblici.

¹⁵⁵ V. in argomento, da ultimo, R. LAT-
TANZI, *op. cit.*

¹⁵⁶ In Francia, cfr. i sistemi di autoriz-

zazione prescritti dalla *loi* n. 78-17 del 6 gennaio 1978 (c.d. « Informatica e libertà »).