

I contratti informatici

di
Michele Iaselli

Caratteristiche e tipologia

Il mondo dell'informatica, di cui Internet costituisce certamente espressione principale, è la nuova dimensione nella quale proliferano i rapporti tra i soggetti; non si tratta solo di un mezzo per comunicare la propria volontà - come lettera, telefono e fax - ma è il luogo stesso ove ci si incontra per affari leciti e purtroppo, talvolta, anche illeciti.

Il progressivo accrescersi degli accordi conclusi via Internet ha indotto la dottrina più attenta al fenomeno a rimeditare sui concetti di autonomia negoziale e contratto, concetti elaborati, attraverso lunga evoluzione storica, in relazione a trattative concluse di persona o a mezzo comunicazioni scritte.

Come era logico attendersi, l'assoluta novità delle problematiche, dovuta alla giovane età del mondo informatico ed alla velocità con la quale si evolve, non consente di poter affermare che le formule elaborate in dottrina rispondano sempre ad istituti dotati di autonomia concettuale e sistematica.

In tale contesto rientrano le espressioni “contratti informatici” o “contratti dell’informatica”, che appaiono rispondere ad esigenze meramente descrittive e, secondo quanto correttamente evidenziato, scontano una certa indeterminatezza.

L'espressione contratti informatici può essere intesa in due sensi:

In senso lato

In questo senso essa viene usata per ricomprendere tutti i contratti che fondano la loro funzione economico-sociale sulla informatica, ovvero i contratti di utilizzazione degli strumenti dell'informatica, i contratti di acquisizione, elaborazione e diffusione di dati a mezzo di strumenti informatici, nonché i contratti che si formano attraverso gli strumenti dell'informatica ed ogni altra attività giuridicamente rilevante che possa essere compiuta adoperando l'elaboratore come mezzo di formulazione dell'atto o di trasmissione dell'atto.

In senso stretto

```
graph TD; A[In senso stretto] --- B[Contratti cibernetici]; A --- C[Contratti telematici];
```

Contratti cibernetici

Contratti telematici

I c.d. **contratti “cibernetici”** vengono conclusi automaticamente e, cioè, tra una persona e un computer ovvero tra computers come parti contraenti contrapposte; in tale ipotesi la stessa formazione della volontà contrattuale è opera del computer senza più alcun intervento umano, successivo alla sua programmazione. Essi costituiscono una novità assoluta nella storia del diritto.

I c.d. contratti **“telematici”**, nei quali la proposta e l'accettazione, pur provenendo direttamente ed esclusivamente dalle persone dei contraenti, vengono trasmesse dall'uno all'altro contraente per via telematica; tali contratti, come è stato evidenziato da autorevole dottrina, non costituiscono affatto una novità assoluta ricalcando le orme dei contratti conclusi per telefono.

Problemi di indeterminatezza del concetto di contratto informatico

Deve anzitutto chiedersi se possa dirsi esistente una categoria generale di contratti informatici, posto che l'elemento unificante tra gli stessi è assai labile, specie se intesi nella accezione ampia. Invero risulta difficile individuare una ratio comune tra contratti che hanno come unico elemento in comune l'essere connessi a beni e servizi rientranti nel comparto dell'informatica.

Caratteristiche dei contratti informatici

Ad ogni modo l'evoluzione dei contratti informatici è stata letta come segnale di una prima caratteristica comune di questa specie, ovvero il **notevole squilibrio di forza contrattuale che normalmente sussiste tra fornitore e cliente**. Il primo è, generalmente, una grande società multinazionale e il cliente, invece, è spesso un piccolo operatore economico, sprovvisto di adeguate conoscenze informatiche, costretto a sottoscrivere contratti, redatti su specifici moduli predisposti dalla società fornitrice, che non tutelano in modo adeguato i suoi interessi.

Logica conseguenza è che i contratti informatici non sono frutto di un accordo fra le parti, quanto piuttosto mezzo attraverso il quale il soggetto più forte vincola il soggetto più debole, con la conseguenza che risulta indispensabile in ogni ordinamento apprestare strumenti che consentano un controllo sostanziale ed un maggior equilibrio degli interessi contrapposti.

La dottrina sottolinea tuttavia che, sebbene non sempre si ravvisi una disparità in relazione alla forza economica dei contraenti, può dirsi sussistente una **disparità tra la cultura informatica del fornitore e quella dell'utente, disparità che finisce per incidere inevitabilmente sull'equilibrio contrattuale (tecnicizzazione)**. Viene evidenziato che negli ordinamenti dell'Europa continentale, in particolare in Francia, la giurisprudenza ha tentato di limitare gli inconvenienti derivanti dalla diversa cultura delle parti attraverso l'imposizione di una serie di obblighi di informazione a carico della parte più forte culturalmente.

Nell'ordinamento italiano la normativa esistente può dirsi adeguata in quanto gli obblighi di corretta informazione sussistono sia nella fase precontrattuale, in base al disposto dell'art. 1337 c.c., sia nella fase di esecuzione del contratto in base al generale dovere di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1375 c.c.

La violazione di tali obblighi determina, nel primo caso, una responsabilità precontrattuale che può determinare anche l'annullabilità del contratto, qualora sia configurabile il vizio del dolo per reticenza, ovvero l'errore essenziale sull'oggetto del contratto; nel secondo caso, invece, dà luogo al risarcimento del danno, ovvero alla risoluzione del rapporto.

Una terza caratteristica dei contratti in esame viene vista nel **collegamento sussistente tra i vari contratti necessari per la realizzazione di un sistema di elaborazione.**

Se un tempo l'utente attraverso il ricorso al "bundling packages" acquistava un sistema informatico i cui elementi erano perfettamente coordinati, l'attuale libertà di mercato ha posto di frequente il problema di verificare la compatibilità tra elementi forniti da ditte diverse e, tuttavia, da collegare per la realizzazione di un'unica finalità.

Si discute poi di **complessità** per indicare una quarta caratteristica dei contratti informatici ed il concetto viene richiamato per indicare, in realtà due profili diversi.

Un primo profilo attiene alla natura ibrida del software costituito da un insieme di istruzioni in forma di processo immateriale (algoritmi) nonché dai mezzi materiali su cui queste istruzioni sono tradotte ed incorporate (dischi magnetici, CD). Tale complessa natura comporta difficoltà nella classificazione del software ponendo l'alternativa se considerarlo come prodotto o piuttosto come servizio. È evidente che se il programma viene classificato come prodotto, il contratto relativo verrà inquadrato negli schemi generali della compravendita, mentre se è considerato come servizio, il contratto risulterà incluso nell'appalto di servizi.

Il secondo profilo è quello relativo all'inscindibilità fra hardware e software, essendo fuor di dubbio che, senza programmi, la macchina non è in grado di svolgere alcun compito e d'altra parte gli stessi programmi a volte sono in condizioni di funzionare e quindi di fornire utilità solo in determinate macchine.

Dalla complessità dei rapporti deriva altresì la quinta caratteristica individuata con riferimento ai contratti informatici, vale a dire **l'opacità**. Con tale termine si indica la difficoltà di individuare la singola responsabilità contrattuale nell'ipotesi di comportamento negativo di uno dei contraenti che non adempia ai suoi obblighi; in tali casi appare particolarmente difficile ricondurre la responsabilità dell'evento dannoso in capo ad uno specifico contraente e quantificarne successivamente l'incidenza.

Sesta ed ultima caratteristica dei contratti informatici è la c.d. **“atipicità standardizzata”**. Si vuol far riferimento alla estrema difficoltà di riferire un negozio avente ad oggetto hardware o software ad un preciso schema contrattuale “puro”, in quanto nel regolamento di interessi sono spesso ricompresi aspetti e prestazioni di natura disomogenea.

Classificazione dei contratti informatici

Contratti informatici

```
graph TD; A[Contratti informatici] --- B[Contratti di hardware]; A --- C[Contratti di software]; A --- D[Contratti di servizi];
```

Contratti di hardware

Contratti di software

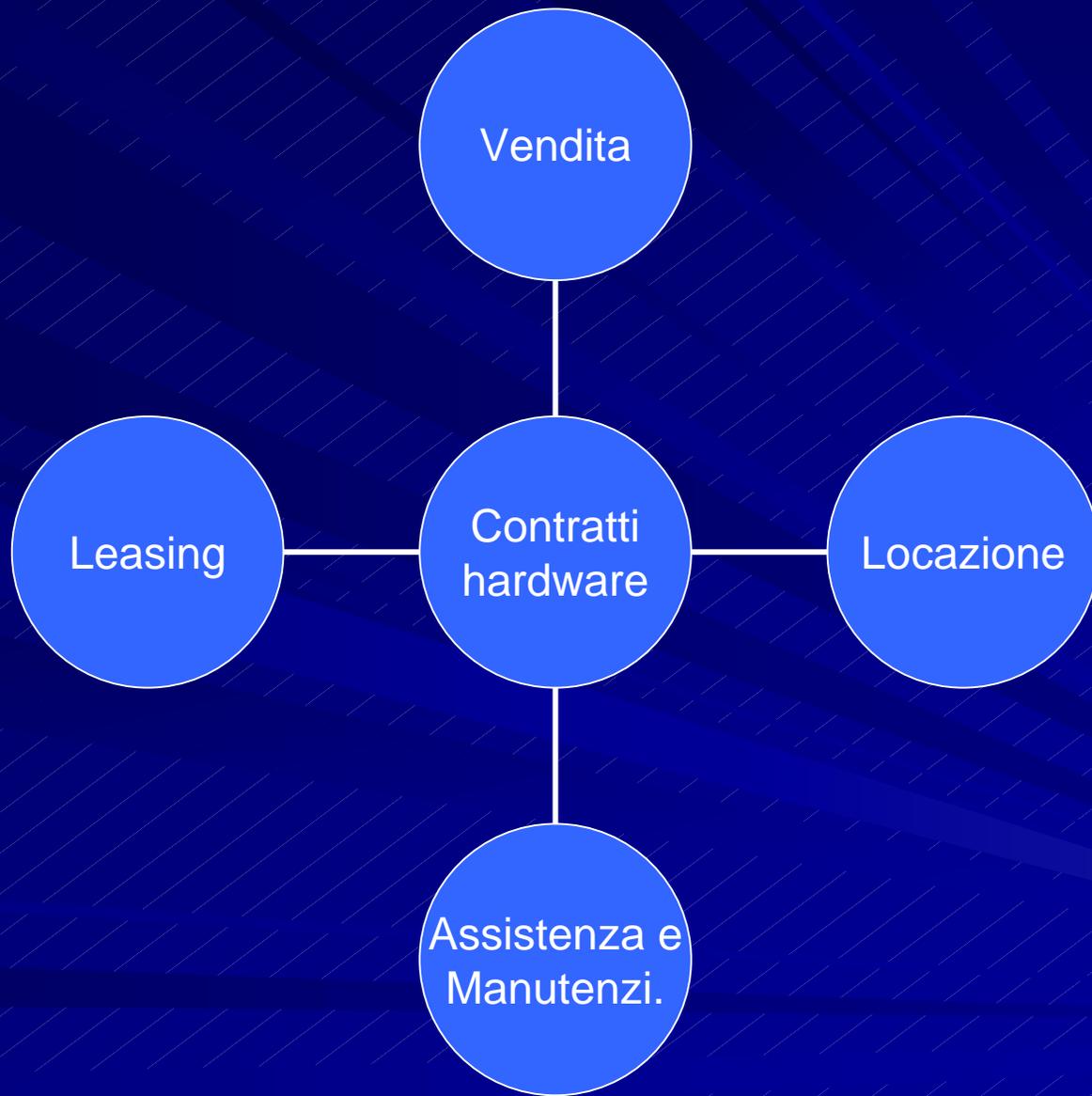
Contratti di servizi

In effetti quando si decide di costituire un centro elaborazione dati o comunque di informatizzare un ufficio, occorre acquistare o noleggiare o prendere in leasing le apparecchiature necessarie. In determinati casi potrà essere possibile stipulare un unico contratto con una società fornitrice, ma in altri casi più complessi saranno necessari più contratti con diversi fornitori. Questi contratti (**contratti di hardware**) dovranno essere coordinati tra loro esattamente come vanno coordinate fra loro le macchine oggetto delle transazioni e sotto questo profilo si fa riferimento al concetto di sistema contrattuale.

Lo svolgimento del compito affidato alle macchine diviene possibile solo disponendo del necessario software di base (in genere venduto insieme all'elaboratore) e dei programmi applicativi, che risolvono lo specifico problema dell'utente. I fornitori di programmi possono essere diversi e quindi anche per il software si può parlare di un sistema contrattuale, che va ad integrare quello dell'hardware. **Quali possibili contratti aventi ad oggetto il software** si individuano nel sistema vigente i contratti di: fornitura, licenza d'uso, licenza a strappo, sviluppo software, assistenza e manutenzione.

Qualora si voglia automatizzare la propria attività si può anche affidare il servizio completo presso centri specializzati che mettono a disposizione macchine, programmi, persone per realizzare l'automazione richiesta. Questo rapporto richiede, in genere, la sottoscrizione di un unico contratto (**contratto di servizi**) il cui contenuto può andare dalla registrazione di dati alla progettazione di interi sistemi informativi. Spesso, però, si preferisce fare ricorso ad una grande varietà di contratti di servizi delegando a terzi determinate attività informatiche non effettuabili in proprio per mancanza di risorse o per impedimenti legali. Si pensi ad esempio ai contratti di outsourcing, ai contratti per la integrazione di sistemi, ai contratti di disaster recovery, ai contratti di engineering.

Contratti che hanno per oggetto
l'hardware



Contratto di vendita

La fornitura di hardware normalmente avviene mediante contratti di compravendita, di locazione o di leasing. La compravendita costituisce anche nel settore in esame la figura storicamente affermata e per prima e maggiormente diffusa ancora oggi. Occorre premettere che la particolarità dell'oggetto del contratto inteso come bene, ovvero l'hardware, non incide sulla funzione e sulla disciplina della vendita.

Tuttavia, l'oggetto del regolamento di interessi inteso come prestazione non si limita alle sole prestazioni proprie dello schema negoziale tipico - consegna dei macchinari - ma comprende una serie di prestazioni strumentali, quale ad esempio la preparazione dei locali.

La particolarità dell'oggetto determina pertanto l'apposizione di una serie di clausole particolari e una dettagliata disciplina delle parti che si aggiunge alla disciplina legale del tipo negoziale.

Principali clause

Le clausole di maggiore interesse sono: le clausole relative alla preparazione dei locali, al trasporto, alla consegna, all'installazione e al collaudo dei macchinari; le clausole sul pagamento del corrispettivo; le clausole di garanzia e responsabilità del fornitore dell'hardware.

Il venditore normalmente non accetta termini essenziali, riservandosi un ampio margine per la esecuzione del contratto in considerazione della variabile disponibilità dei macchinari.

Frequente è invece la clausola secondo la quale la consegna si intende perfezionata mediante il deposito della macchina in corrispondenza del piano stradale esterno al luogo in cui deve essere collocata. Tale disposizione risulta piuttosto singolare in quanto, se da un canto esclude la regola codicistica fissata dall'art. 1510 (consegna nel luogo ove la cosa si trova al momento della vendita) in ragione della delicatezza dell'oggetto ed al fine di venire incontro alle esigenze dell'acquirente, dall'altro non tiene conto fino in fondo della specifica peculiarità del computer da intendersi come macchinario complesso e delicato, la cui utilizzazione richiede un preventivo ed accurato lavoro di installazione.

Correttamente deve ritenersi, in conclusione, che l'evento contrattualmente indicato come consegna vale solo al fine di ripartire fra i contraenti l'onere delle spese di trasporto e dei rischi; mentre, ad ogni altro effetto, la consegna vera e propria non può ritenersi perfezionata prima della installazione.

Dopo la consegna è, in genere, previsto il collaudo dei macchinari mediante l'uso di tests e di programmi diagnostici standard forniti dal costruttore. Se le prove hanno esito positivo viene firmato un verbale di accettazione dal cliente e dal tecnico collaudatore. In caso di esito negativo ulteriori tests verranno ripetuti e continuati senza ritardo, con le stesse modalità e alle stesse condizioni, ad esclusiva spesa del fornitore finché non siano compiuti i passi necessari per arrivare ad una loro soddisfacente conclusione.

Se ripetute prove dimostrino che l'hardware e il software o qualsiasi loro parte non superano il collaudo, allora il cliente avrà diritto alternativamente a: richiedere al fornitore che sia messo a disposizione senza nessun addebito l'hardware e il software aggiuntivo o sostitutivo che si renda necessario per mettere l'hardware e il software in condizioni di passare i test sull'esecuzione dei lavori; accettare e tenere quell'hardware e software che riterrà opportuno ad un prezzo ridotto concordato fra le due parti; rifiutare l'hardware e il software.

Quanto alle garanzie ed alla responsabilità per vizi e difetti dell'hardware, in base alle norme del codice civile, l'impresa venditrice deve garantire il buon funzionamento delle macchine (art. 1512 c.c.); in pratica, inoltre, la stessa impresa assume spesso l'obbligo di manutenzione degli impianti.

I moduli contrattuali disposti dalle imprese fornitrici, tuttavia, tendono a ridurre, se non ad eliminare, tali garanzie, escludendole non soltanto nel caso in cui il vizio o il cattivo funzionamento dipenda da cause non imputabili al fornitore, bensì in ogni caso di interruzioni o di errori. Inoltre, in genere, è espressamente previsto che neppure l'obbligo di manutenzione assunto specificamente garantisce il funzionamento della macchina senza interruzioni.

Contratto di locazione

Il contratto di locazione relativo all'hardware non si discosta dalla disciplina prevista dal codice civile per le locazioni di beni mobili e può essere quindi considerato alla stregua di un contratto di durata a prestazioni continuative, in base al quale l'impresa costruttrice si impegna a fornire macchine funzionanti per un certo periodo di tempo (uno o più anni) in cambio del pagamento di appositi canoni, di solito a scadenza mensile.

Normalmente gli accordi prevedono che i canoni di locazione decorrono dalla data di verifica con esito favorevole delle apparecchiature, cioè dalla data di dichiarazione di “pronto per l’uso” da parte dell’impresa fornitrice, e possono subire variazioni nei casi di notevoli eccedenze di utilizzazione oltre il periodo mensile o di ritardo nella consegna.

Il canone di locazione prevede un numero massimo di ore mensili (in genere 182) e un corrispettivo addizionale per ogni ora di utilizzo in eccesso. L'individuazione dell'oggetto contrattuale nelle forniture di tipo informatico appare piuttosto complessa, sia per la qualificazione tecnica dei beni e servizi negoziati, sia per la presenza di una serie di prestazioni differenti, seppur tutte concorrenti al medesimo obiettivo.

In ogni caso, nei contratti di locazione l'oggetto comprende la consegna e la posa in opera delle apparecchiature; la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici e di condizionamento d'aria dei locali in cui operano le macchine; l'utilizzazione gratuita dei programmi di base e relativo servizio di assistenza; la consegna della documentazione tecnica necessaria costituita prevalentemente dai manuali di istruzione.

Nei contratti di locazione di hardware è previsto che il conduttore con un preavviso scritto di almeno tre mesi rispetto alla scadenza del contratto possa decidere di:

- restituire la macchina: in tal caso dovrà procedere alla rimozione di eventuali dispositivi addizionali, modifiche e collegamenti installati sul computer;
- estendere la locazione: l'estensione può essere effettuata per ulteriori periodi della durata di un anno ciascuno.

Contratto di leasing

Il contratto di leasing o locazione finanziaria non ha una disciplina legale, ma è definito all'art. 17 della legge n. 183 del 2 maggio 1976, secondo il quale per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta ed indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito.

Il termine locazione finanziaria vuole porre in evidenza il fatto che l'operazione economica ha lo scopo di far acquisire ad un imprenditore (c.d. utilizzatore) la disponibilità di beni atti a sviluppare la produzione senza nel contempo dover erogare in un'unica soluzione il prezzo. Basti pensare all'ipotesi di un imprenditore che ha necessità di acquistare un rilevante numero di postazioni informatiche nel complesso molto costose.

In tal caso egli può rivolgersi ad una società di leasing, che acquisterà dunque l'intero sistema informatico e poi lo cederà in leasing all'imprenditore il quale, a sua volta, verserà per un certo periodo di tempo un canone periodico. Al termine del contratto (in ogni caso non è ammesso il recesso) l'imprenditore ha la scelta tra acquistare le postazioni informatiche versando una somma ulteriore piuttosto bassa, chiedere il rinnovo del contratto di leasing a canone fortemente ridotto ovvero restituire i beni.

Come si vede il contratto oscilla tra i poli opposti della locazione e della vendita a rate ma ha una propria causa unitaria assolutamente autonoma caratterizzata dalla funzione creditizia, perché con detto contratto l'imprenditore utilizza per la propria impresa due fattori altrui e cioè il bene ed il capitale iniziale, cosicché, sotto questo aspetto, il leasing svolge una chiara funzione di finanziamento.

Naturalmente in questa sede si fa riferimento al leasing come locazione finanziaria, ma giurisprudenza e dottrina in realtà distinguono già da tempo tra leasing finanziario e leasing operativo: il primo presuppone la trilateralità della vicenda sul piano economico, essendo coinvolti l'utilizzatore, il concedente ed il produttore del bene concesso in leasing; il secondo si realizza quando lo stesso produttore del bene lo concede in locazione per un canone che corrisponde generalmente alla entità dei servizi offerti dal bene stesso.

Contratti di assistenza tecnica e manutenzione dell'hardware

I contratti in esame soddisfano due esigenze fondamentali per chi ha in uso un sistema informatico, specie nei casi in cui questo sia complesso e connesso all'attività professionale svolta dall'utente.

L'oggetto del contratto di assistenza è in maniera specifica la riparazione dei guasti segnalati dall'utente, mentre l'oggetto del contratto di manutenzione è più ampio in quanto ricomprende non solo l'intervento su chiamata del cliente in occasione del guasto, bensì anche l'intervento preventivo, costituito dalla periodica verifica con pulitura ed eventuale inchiostatura delle macchine.

Il regime dei contratti di manutenzione e di assistenza tecnica all'hardware è fissato dalle condizioni generali di contratto predisposte dalle imprese fornitrici del servizio, il cui contenuto ricalca in parte le indicazioni date dalle associazioni di categoria ed in parte se ne distacca, adottando formule tecnicamente più adeguate alle esigenze.

Va chiarito che l'assistenza è un servizio che costituisce di solito oggetto di specifico accordo nella locazione, ma esso viene assicurato a titolo gratuito in quanto vige la regola che pone a carico del locatore l'obbligo di garantire al conduttore, per tutta la durata del rapporto, l'idoneità della cosa all'uso cui è destinata e la conservazione del buono stato locativo (artt. 1575 n. 2 e 1576 c.c.).

Quanto ai contratti di manutenzione, gli stessi di solito vengono stipulati come accordi accessori nella vendita dei computers, per cui il momento in cui viene concluso il contratto di manutenzione coincide con quello della vendita. In tale occasione è probabile che il cliente riesca a spuntare condizioni contrattuali più favorevoli, in quanto di solito il servizio di manutenzione è fornito dalla stessa impresa che ha fornito il computer.

Resta da sottolineare che in un'ottica futura la problematica dei contratti di manutenzione è destinata a scomparire, in quanto la tecnologia progredisce sempre di più e tra non molto sicuramente il computer sarà capace di diagnosticare da solo le cause di un eventuale malfunzionamento con possibilità di provvedere da solo alla riparazione o con il marginale aiuto dell'uomo.

Contratti che hanno per oggetto
il software

Contratti software

```
graph TD; A[Contratti software] --- B[Fornitura]; A --- C[Licenza a strappo]; A --- D[Assistenza e manutenzione]; B --- E[Licenza d'uso]; C --- F[Sviluppo software]; D --- G[Leasing];
```

Fornitura

Licenza d'uso

Licenza a strappo

Sviluppo software

Assistenza e
manutenzione

Leasing

Contratti di fornitura

Il legislatore italiano nel 1992 con il d.lgs. n. 518, in attuazione delle Direttiva 91/250/CEE, ha equiparato alle opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura i programmi per elaboratori, ovvero il software. Le problematiche connesse alla vendita del software sono, pertanto, quelle relative alla cessione dei diritti di utilizzazione dell'opera di un autore, nei limiti e per gli effetti disciplinati dall'art. 2581 c.c., nonché dalla legge 633/1941 sul diritto di autore oggetto di recenti modifiche.

Nella trattazione dell'oggetto della vendita del software ed in genere di tutti i contratti di fornitura ad esso relativi non può quindi prescindersi dall'analisi del contenuto di tale particolare opera dell'ingegno, perché attraverso tale analisi sarà più semplice comprendere il contenuto degli accordi che sono nati nella prassi contrattuale in materia, nonché valutare i rapporti di forza tra le parti.

Naturalmente, quindi, solo chi vanta la tutela del software quale autore o quale cessionario dell'autore può validamente stipulare un contratto di vendita. Questo può avere ad oggetto i diritti economici di sfruttamento, che a differenza di quelli personali inalienabili, possono essere ceduti a società di produzione e distribuzione dall'autore.

Come si può agevolmente rilevare dall'esame della normativa in vigore, il contenuto dei contratti di cessione del software finisce con l'essere sottoposto ad una disciplina particolare e complessa, chiamata a soddisfare esigenze molteplici, dalla tutela della certezza dei traffici alla necessità di contemperare il diritto di esclusiva del titolare di un diritto di privativa con il principio generale di libertà di iniziativa economica.

In definitiva si riconosce al titolare la facoltà di cedere la propria opera in cambio di un compenso, ma tale diritto, ove l'autore abbia venduto i diritti di utilizzazione della propria opera a livello comunitario, deve essere limitato alla prima commercializzazione e non può gravare anche sui trasferimenti successivi, creando così vincoli monopolistici e limitando la libertà di mercato.

Occorre, peraltro, distinguere il caso di compravendita del diritto di utilizzazione del programma dalla cessione di uno o di più esemplari dell'opera. In tal caso la vendita non ha per oggetto il programma come bene immateriale, ma il bene materiale che contiene il programma e quindi il diritto trasferito si limita all'utilizzazione della copia e non comporta, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di utilizzazione del programma.

Il contratto di licenza d'uso del software

Il contratto di licenza d'uso di un programma, detto anche nolo o noleggio, è l'accordo attraverso il quale una parte (fornitore) cede ad un'altra parte (licenziatario), dietro corrispettivo, il diritto di utilizzare in modo non esclusivo il programma oggetto di licenza e la relativa documentazione accessoria.

Di solito le grandi società di distribuzione acquistano dall'autore del programma la titolarità dei diritti di utilizzazione economica e, quindi, decidono poi le modalità con le quali immettere il programma medesimo sul mercato.

Quella della licenza di uso è una forma negoziale la cui funzione è analoga a quella della locazione perché attraverso la stipula del contratto in esame non si cede la titolarità (come nella vendita), ma solo la facoltà di uso, peraltro non esclusiva, tenuto conto della natura dell'opera che consente di formarne copie molteplici.

All'utente viene messo a disposizione il c.d. codice macchina, ovvero una versione del programma che consente solo di farlo eseguire dalla macchina e non invece il c.d. codice sorgente, cioè la versione in linguaggio di programmazione che consente di renderlo intelligibile all'uomo insieme con la relativa documentazione logica e di progetto.

L'utilizzatore, quindi, non potrà conoscere il funzionamento del software, né modificarlo, aggiornarlo o comunque intervenire su di esso. Inoltre, sebbene tale profilo tecnico risulti già sufficiente a comprendere la natura dell'accordo, specifiche clausole contrattuali hanno cura di precisare che la licenza trasferisce all'utilizzatore solo i diritti d'uso del software e non i diritti di proprietà sul software in quanto bene immateriale (diritti di disposizione e di sfruttamento economico del programma), che rimangono in capo al fornitore.

Come è ovvio, l'analogia con la locazione comporta l'applicazione delle norme dettate per questo tipo contrattuale dal codice civile, con specifico riferimento alla locazione dei beni mobili contenute negli artt. 1571 – 1606 c.c. e dalle altre norme speciali in tema di locazione per quanto è compatibile con l'oggetto del contratto e salva contraria disposizione delle parti.

Va precisato che l'estensione della licenza viene normalmente circoscritta ad una sola macchina, secondo il principio "una licenza per ogni macchina". D'altra parte è ormai già da tempo molto diffuso tra i produttori di software l'impiego delle c.d. "licenze multiple", che consentono all'utilizzatore un sensibile risparmio rispetto a quelli che sarebbero i costi di tante licenze singole quante sono le macchine su cui il programma viene impiegato.

Quanto alla possibilità di utilizzo del software attraverso una pluralità di elaboratori collegati in rete, sulla base della specifica previsione normativa di cui all'art. 64-bis, lett. a) della legge 633/1941, in assenza di diversa pattuizione contrattuale la riproduzione del programma lecitamente caricato sul disco dell'unità centrale (c.d. server) sulle diverse postazioni della rete deve ritenersi illecita, in quanto la riproduzione anche temporanea del programma fa parte dei diritti di esclusiva riservati all'autore. Anche in questa ipotesi, una soluzione è rappresentata dalle c.d. licenze multiple o dalle c.d. licenze aggiuntive; queste ultime consentono l'installazione e l'utilizzo del software già concesso in licenza su altro computer, beneficiando di un vantaggio economico rispetto all'acquisto di ulteriori versioni complete.

Contratto di licenza a strappo

La figura contrattuale in esame ha ad oggetto il software prodotto per una vasta diffusione sul mercato, destinato cioè ad una serie indeterminata di utenti individuali ovvero imprese di piccole e medie dimensioni. Si tratta di packages dalle caratteristiche tecniche standardizzate, che proprio per questa loro natura e per il pubblico al quale sono destinati, sono commercializzati tramite contrattazioni impersonali, attraverso i soliti canali di distribuzione di massa (rivenditori al dettaglio, ordinativi postali, etc.) nei confronti di utilizzatori che non hanno alcun rapporto di fiducia con il proprietario del software.

Negli Stati Uniti, nei primi anni ottanta, a seguito del radicale mutamento della struttura della distribuzione e proprio come reazione, da parte delle case proprietarie dei programmi, nei confronti della pirateria del software, è nata la c.d. licenza a strappo o “shrink-wrap licence”, così denominata in quanto la caratteristica principale di tale figura negoziale è la clausola detta “dello strappo”.

La fattispecie si realizza nei casi in cui l'utente acquista un pacchetto software confezionato in un involucro di plastica trasparente, sul quale sono indicate le condizioni contrattuali inerenti il bene che si sta per acquistare; la prima di tali clausole avverte chiaramente che l'apertura della confezione sigillata contenente il programma ed il manuale esplicativo (strappando l'involucro) comporta l'accettazione dell'accordo di licenza, nei termini stampati al di sotto. Se non si vuole aderire è necessario non aprire la confezione, e restituirla con immediatezza al rivenditore o alla software house per un completo rimborso.

Oggetto del contratto sono la facoltà di uso e non di disposizione del bene: i modelli contrattuali delle varie case produttrici espressamente escludono che la licenza d'uso costituisca un trasferimento della proprietà del software. Quest'ultimo, pertanto, in quanto bene immateriale, non è oggetto del contratto concluso tra il licenziante (che può essere un rivenditore o la medesima casa produttrice) ed il licenziatario il quale acquista, quindi, soltanto il diritto di utilizzare la singola riproduzione del software, nel rispetto delle previsioni contrattuali.

Contratto di sviluppo software

Il contratto di sviluppo software è lo schema negoziale al quale si ricorre quando l'utente abbia esigenze specifiche non realizzabili con un programma standardizzato. La qualificazione giuridica della figura in esame dipende dalla natura del soggetto che viene incaricato dello sviluppo del programma, potendo a sua scelta l'utente rivolgersi ad un imprenditore, ed in tal caso si realizzerà un contratto di appalto di servizi (art. 1655 c.c.) ovvero ad un professionista ed in tal caso verrà concluso un contratto d'opera (art. 2222 c.c.).

La prestazione oggetto dell'accordo sarà in ogni caso l'analisi delle esigenze di programmazione ed elaborazione del committente e la progettazione e lo sviluppo di un software idoneo a soddisfarle, tuttavia la diversa qualificazione del contratto incide sul regime di responsabilità del fornitore.

Nel caso in cui si tratti di contratto di appalto, l'imprenditore, che conta sulla personale organizzazione dei mezzi necessari e quindi su una totale autonomia nello svolgimento del servizio da parte dei propri collaboratori, assume un obbligo di risultato e quindi deve assicurare la rispondenza del software realizzato alle specifiche esigenze tecniche e funzionali che il committente dovrà aver precisato nel contratto, con applicazione della garanzia per vizi e difformità ex artt. 1667-1668 c.c.

Nel caso in cui si tratti di contratto di opera, il professionista si impegna a svolgere personalmente (“con lavoro prevalentemente proprio”) il servizio richiesto, ma l’obbligazione sarà di mezzi e la responsabilità del fornitore sarà contenuta entro i limiti di cui all’art. 2236 c.c.

Contratto di assistenza e manutenzione software

La assistenza o manutenzione del software ricomprende prestazioni ben diverse per natura e funzioni. In via principale si distingue tra manutenzione **statica o correttiva** e manutenzione **dinamica o migliorativa**.

La manutenzione statica consiste nella eliminazione degli errori preesistenti nel programma (debugging); in altri termini l'intervento è determinato dalla presenza, in un programma applicativo, di errori (bugs) destinati a manifestarsi soltanto in seguito alla sua utilizzazione prolungata. Al fine di eliminare tali possibili errori il programma viene, in fase preventiva alla commercializzazione, sottoposto ad una serie di tests che ne riproducono le varie condizioni d'uso, ma deve ritenersi inevitabile che una certa possibilità di disfunzioni permanga anche dopo il controllo. Quando il bug si manifesta, è necessario innanzitutto individuare e localizzare l'errore, attività non sempre facile, e successivamente correggerlo, riportando il programma in linea con le specifiche funzioni che gli sono state assegnate.

La manutenzione dinamica o migliorativa consiste, invece, in un'attività di modifica, potenziamento, miglioramento del programma. Questo infatti non può continuare a funzionare inalterato per tutta la sua durata di impiego rendendosi necessarie, nel tempo, modifiche e miglioramenti, dovuti a cause esterne al software ma interagenti con il medesimo. Si pensi ad esempio alle modifiche legislative a seguito delle quali si rende indispensabile l'aggiornamento dei programmi applicativi che operano nei settori oggetto di riforma per metterli in linea con le nuove previsioni; oppure si pensi a miglioramenti del programma di base ovvero ad integrazioni volte a consentire a quest'ultimo di portare a termine funzioni inizialmente non previste per adeguare il programma a nuove esigenze degli utilizzatori e renderlo competitivo rispetto a nuovi programmi concorrenti.

I formulari impiegati nella prassi contengono invariabilmente clausole di esonero o limitazione della responsabilità del soggetto che presta il servizio di manutenzione per i danni di qualunque genere connessi al servizio stesso. Detta responsabilità talvolta viene esclusa completamente, salvo i limiti inderogabili di legge, oppure viene limitata ad un certo importo, individuato di solito con riferimento all'ammontare del canone di manutenzione.

Ai fini della manutenzione del software, assume importanza cruciale il rilascio del codice sorgente, cioè la versione del programma in linguaggio di programmazione intelligibile all'uomo. Di solito tale codice non viene rilasciato al licenziatario (al quale è concessa in uso la sola versione "eseguibile") e ciò al fine di rafforzare la protezione delle informazioni riservate e impedire che al programma vengano apportate modifiche non autorizzate.

Il rilascio della versione "sorgente" si rende però indispensabile in tutti i casi in cui, per le ragioni più disparate (inadempimento contrattuale, fallimento ecc.), il centro di assistenza non sia più in grado di prestare i servizi cui si era impegnato.

Contratto di leasing

In linea puramente teorica nulla vieta che la funzione di finanziamento realizzata dal contratto di leasing possa trovare spazio anche con riferimento alla necessità dell'utente di acquisire la disponibilità di un software, senza dover affrontare il pesante onere economico che si profila quando si tratta di un programma non standardizzato, ovvero confezionato in maniera specifica per soddisfare le esigenze dell'utilizzatore.

Tuttavia un primo ostacolo alla configurabilità del leasing, così come affermatosi nella prassi contrattuale, va individuato nella natura del contratto che il concedente dovrebbe stipulare con il fornitore del programma. Invero trattandosi di un programma non standardizzato risulta difficile ipotizzarne l'acquisto sulla base di un normale contratto di compravendita, essendo più aderente al caso in esame la stipula di un contratto di appalto o di opera professionale

Ulteriore ostacolo alla configurabilità di un contratto di leasing avente ad oggetto il software consiste nella natura del bene, di difficile valutazione economica e di complicato ricollocamento sul mercato qualora torni nella disponibilità del concedente.

I contratti che hanno per
oggetto i servizi informatici

Contratti servizi informatici

```
graph TD; A[Contratti servizi informatici] --- B[Appalto]; A --- C[Integrazione sistemi]; A --- D[Engineering]; A --- E[Outsourcing]; A --- F[Disaster recovery];
```

Appalto

Outsourcing

Integrazione sistemi

Disaster recovery

Engineering

Il contratto di appalto

Con la espressione contratti di servizi informatici (computer service contracts) si intende far riferimento a tutti quei contratti che hanno per oggetto un'attività riguardante un sistema informatizzato, ovvero dai contratti di assistenza o manutenzione di sistemi informatici a quelli che hanno ad oggetto una prestazione di attività automatizzate.

La dottrina più attenta ritiene tuttavia opportuno distinguere tra i contratti che hanno per oggetto una normale prestazione, consistente nello svolgimento di un'attività materiale o intellettuale di tipo tradizionale, la cui unica peculiarità è l'oggetto della condotta, ovvero un sistema computerizzato, ed i contratti caratterizzati dalle stesse modalità pattuite per la prestazione, resa in forma computerizzata.

Risulta intuitivo che i primi contratti non comportano particolari problematiche quanto alla qualificazione giuridica ed alla disciplina applicabile. Invero le questioni attinenti alla tutela delle parti ed alla valutazione del corretto esercizio dell'autonomia negoziale in definitiva sono state affrontate facendo riferimento alle norme dettate dal legislatore nel codice civile per tutti i contratti in generale.

La natura particolare della prestazione automatizzata, invece, richiede un esame più approfondito delle regole della disciplina codicistica riferibili alla stessa, proprio per il prevalere di aspetti del tutto peculiari i quali rendono difficile il ricorso a categorie tradizionali di riferimento.

Mentre il codice distingue nettamente tra prestazione di opera e prestazione di un servizio dettando differenti discipline, nel caso di prestazione informatizzata non è sempre chiaro se la stessa possa assimilarsi ad un'opera ovvero ad un servizio e, proprio sotto questo profilo, una parte della dottrina ritiene preferibile sostenere l'applicabilità di una disciplina mista e cioè di norme in parte di un istituto e in parte di un altro.

Il contratto di appalto, così come quello d'opera, (i due contratti si distinguono solo sotto il profilo della responsabilità dell'organizzazione dei mezzi), possono avere ad oggetto la realizzazione di un'opera, intesa come risultato della attività creativa del debitore, ovvero in un servizio prestato in maniera continuativa che pur non comportando un incremento patrimoniale in senso stretto del committente ne realizza l'interesse negoziale.

In definitiva lo stesso ricorso alla figura dell'appalto, quando il committente si rivolga ad un'impresa, finisce con l'essere un mero espediente, che ha origine nella tradizionale valutazione dell'appalto come contratto-madre suscettibile di infinite proliferazioni, come è avvenuto in passato per alcuni tipi contrattuali ora legislativamente autonomi, quali il contratto di trasporto (art. 1678 cod. civ.) e il noleggio di navi o di aeromobili che concettualmente venivano fatti rientrare nell'appalto di servizi.

Il contratto di outsourcing

Il contratto di **outsourcing** assolve alla funzione economico-sociale di fornire, in cambio di corrispettivo, all'utente un completo servizio informatico che si sostituisce a quello preesistente, assorbendone tutte o quasi tutte le attività; in definitiva attraverso il contratto in esame si realizza un trasferimento ad un fornitore esterno delle attività informatiche e telematiche, compresi il personale, le infrastrutture, le attività operative e gestionali. Il fornitore può essere unico ovvero può trattarsi di più fornitori fra loro collegati.

Il contratto in esame, nato ovviamente dall'autonomia negoziale e non disciplinato nel codice, costituisce un negozio atipico destinato sicuramente a futuri sviluppi, in quanto tende a soddisfare al massimo le esigenze operative dell'utente. Invero attraverso l'outsourcing si concretizza una vera e propria dismissione delle varie attività informatiche dell'utente, con contestuale delega al fornitore della loro intera gestione.

Naturalmente si tratta di un'operazione particolarmente complessa e delicata che, se da un lato offre indubbi vantaggi economici e semplificazioni operative, dall'altro pone l'utente nel rischio di non poter più controllare il proprio patrimonio informatico soprattutto se, in forza di successiva diversa determinazione, dovesse ripristinare il proprio sistema o trasferirlo ad altro fornitore.

La presenza di un'area a rischio, costituita appunto dagli effetti particolarmente negativi per l'utente che perde il controllo della propria attività, induce le parti a prevedere specifiche clausole relative alla possibilità di rientro o passaggio del servizio a terzi senza attriti o particolari difficoltà, di solito mantenendo nella disponibilità dell'utente alcune parti software che ne rafforzino la possibilità operativa pratica.

Quanto alla sua natura giuridica, l'*outsourcing* viene inquadrato nell'ambito del contratto di appalto caratterizzato dalla commistione di prestazioni di beni e servizi, essendo comprese nell'oggetto sia lo sviluppo di programmi che la fornitura di beni. Parte della dottrina osserva che la complessità strutturale di un accordo di *outsourcing* non vieta che ad esso si applichi la disciplina dell'appalto, assorbendosi le ulteriori norme da applicare, secondo la prevalenza di uno piuttosto che di un'altro profilo, il tutto però senza lasciare priva di tutela la fattispecie.

La prassi contrattuale conosce
quattro tipologie di accordi di
outsourcing:

Il c.d. **transfer outsourcing**, nel quale un'impresa trasferisce al fornitore del servizio la piena proprietà dell'intero ramo di azienda che si occupa della gestione del proprio sistema informativo.

Il c.d. **simple outsourcing** che, rispetto al precedente, non comporta alcuna dismissione di settori aziendali, ma semplicemente la cessazione dell'attività sino a quel momento svolta all'interno dell'azienda e la sua acquisizione sul mercato esterno, sotto forma di servizio.

I due ulteriori contratti diffusisi nella prassi sono entrambi riconducibili alla prima categoria summenzionata e vengono denominati **joint-venture outsourcing e group outsourcing**. Nel primo caso l'intero settore informatico dell'azienda viene trasferito a favore di una società mista, il cui capitale è suddiviso tra cliente e fornitore secondo gli schemi tipici della joint-venture; nella seconda ipotesi, la società a favore della quale è stato attuato il trasferimento del ramo di azienda rimane invece interamente controllata dal cliente.

Il contratto per la integrazione di sistemi

L'espressione inglese *systems integration* viene usata per indicare in maniera sintetica la funzione del contratto per la integrazione di sistemi, che consente di realizzare un sistema informativo (detto anche EDP), o sottosistema informativo, sulla base di specifiche esigenze e qualità dell'utente (azienda, ente pubblico) e con funzionalità e prestazioni predeterminate in comune tra utente e fornitore informatico. Il sistema informativo potrà andare da soluzioni di medio grado di complessità a soluzioni assai complesse e delicate, quali ad esempio il sistema di controllo del traffico aereo di uno o più aeroporti.

Occorre operare una netta distinzione tra la fattispecie negoziale in esame ed il contratto di sviluppo di software sopra esaminato: il software oggetto di contratti di sviluppo consiste generalmente in applicazioni informatiche che realizzano un dato risultato, il software di integrazione è indispensabile per integrare le varie componenti del sistema informativo ed informatico già presenti presso l'utente con quelle componenti che si andranno ad inserire.

La dottrina predominante riconduce i contratti di Systems Integration allo schema dell'appalto. Infatti sono certamente presenti le caratteristiche tipiche di tale contratto tra cui: l'organizzazione da parte del fornitore dei mezzi necessari al conseguimento dell'opera; la fornitura dei materiali necessari, considerati come strumentali all'oggetto del contratto; la gestione dell'intero processo realizzativo a rischio del fornitore; l'esecuzione a regola d'arte, precisata normalmente con appositi criteri di collaudo; il prevalere di obbligazioni di fare rispetto alle obbligazioni di dare.

Il contratto di disaster recovery

Il contratto di Disaster Recovery è destinato a fornire alle imprese di una certa dimensione servizi volti alla analisi dei rischi di inoperatività del sistema *EDP* e delle misure di riduzione degli stessi, nonché nella messa a punto del vero e proprio piano di emergenza informatica, che ricomprende in particolare procedure per l'impiego temporaneo di un centro di elaborazione dati alternativo o comunque l'utilizzo di macchine di soccorso in attesa della riattivazione.

La fattispecie negoziale in esame si inquadra nell'ambito dell'appalto di servizi o del contratto di opera a seconda della qualità del contraente: se si tratta di un'impresa che si impegna a realizzare il servizio con la propria organizzazione di mezzi e personale ovviamente si stipulerà un appalto, mentre se si tratta del singolo professionista o di un gruppo di professionisti associati si concluderà un contratto di opera, nel quale prevale il lavoro personale.

Il contratto di engineering

Il contratto di engineering non nasce nel campo della informatica e non ha un contenuto che possa essere ricondotto ad un'unica semplicistica formula, in quanto con il termine engineering si indicano attività estremamente varie, diversificate ed articolate.

Difatti, nella prassi, si parla di engineering sia con riferimento ad un contratto per l'esecuzione di installazioni di impianti industriali, sia con riferimento ad un contratto avente ad oggetto la mera elaborazione di progetti riguardanti installazioni industriali o costruzioni architettoniche, sia per indicare il contratto che prevede lo svolgimento di prestazioni accessorie di mera assistenza tecnica. Il termine viene altresì adottato per il contratto che contiene tutti e tre gli elementi sopra individuati, ovvero per l'accordo che nello stesso tempo prevede attività di progettazione, di esecuzione e di assistenza.

I contratti che hanno per
oggetto i servizi telematici

Il contratto telematico è una figura contrattuale nuova e atipica che ha dato luogo a notevoli difficoltà di inquadramento. Tale tipologia negoziale ha un particolarissimo oggetto, ovvero la prestazione di servizi telematici privati, i quali, in mancanza di specifiche norme legislative, sono disciplinati dalle norme contenute negli accordi che intervengono tra fruitore e fornitore del servizio.

Tra i vari contratti telematici particolare importanza ha il contratto tra il fornitore del servizio telematico e l'utente, contratto che è stato denominato contratto di fornitura di servizi telematici o anche contratto di utenza dei sistemi telematici.

Natura giuridica contratto telematico

La natura giuridica di tale contratto è controversa in quanto si può inquadrare la figura in esame nello schema della **vendita** caratterizzato dall'aver come oggetto un particolare bene giuridico e, cioè, l'informazione; questa teoria pone in luce il fatto che il bene dell'informazione, oggetto della prestazione telematica, normalmente esiste già nel momento in cui viene ordinato, e su di esso l'utente del servizio ha una situazione soggettiva finalizzata alla sua appropriazione, sicché in definitiva, la vicenda economica può configurarsi come una tipica ipotesi di scambio.

D'altro canto si può sostenere che si tratti piuttosto di un **appalto di servizi**, che ha per oggetto il complesso di attività che deve essere svolto dal fornitore del servizio telematico per assicurare all'utente quel valore aggiunto dell'informazione che distingue i servizi telematici dalla semplice attività di trasmissione dei dati; questa teoria pone in luce il fatto che la prestazione dedotta nell'obbligazione non si esaurisce nella semplice fornitura dell'informazione, ma presuppone 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.

È stato altresì affermato che si tratti di una particolare figura del contratto di **somministrazione**, teoria che pone in rilievo il fatto che, in genere, i contratti telematici stabiliscono un rapporto che non si esaurisce in una singola prestazione, ma presuppongono una durata.

Comunque i problemi relativi alla disciplina del rapporto sono nella prassi risolti da modelli uniformi largamente praticati nel mondo degli affari e in cui l'aderente si vincola a un regolamento già interamente predisposto dall'impresa. Ne consegue l'inutilità della qualificazione del contratto telematico equiparandolo ad un determinato tipo negoziale. D'altro canto si è osservato come l'elasticità della disciplina legale dei tre tipi di contratto sopra considerati (vendita, appalto, somministrazione) è tale che non si verificano sostanziali mutamenti nel regime finale dei rapporti pur considerati distinti.

In sostanza, alla luce di tali rilievi, è quasi superfluo individuare il nomen juris eventualmente competente al rapporto contrattuale corrente tra le parti essendo sufficiente tenere presente l'applicabilità in ogni caso della disciplina dettata dall'art. 1218 c.c. per l'ipotesi di inadempimento: qualsiasi accordo le parti abbiano formulato resta fermo l'obbligo del debitore, che non esegue esattamente la prestazione dovuta, di risarcire al debitore il danno, a meno che non provi che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile.

Elemento comune e caratterizzante i nuovi contratti telematici è la predisposizione di una parte documentale relativa alle specifiche tecniche del bene o del servizio che si intende proporre all'acquirente; si tratta di un atto che generalmente è contenuto in un allegato tecnico facente parte integrante del contenuto contrattuale. Le specifiche tecniche dei servizi telematici divengono parte integrante del regolamento contrattuale costituendo nel campo dell'informatica un elemento imprescindibile della stessa prestazione contrattuale, tale da giustificare il ricorso a mezzi di tutela giudiziali o stragiudiziali in caso di mancanza dei requisiti tecnici menzionati negli allegati.

Nei contratti relativi alle nuove tecnologie dunque, siano essi contratti di sviluppo di un sito o di fornitura di servizi telematici, vengono inserite clausole che riportano elementi tecnici. Il tradizionale linguaggio giuridico degli accordi negoziali si fonde quindi con le leggi mutabili del progresso tecnologico, dando vita ad un figura del tutto nuova, soggetta peraltro a continue mutazioni in relazione ai progressi tecnologici. Il problema diviene quello di adattare schemi tradizionali ad una realtà sorta da poco e divenuta preminente.

Certamente anche la normativa in materia cerca di adeguarsi al mutare dei tempi e si va affermando una nuova tecnica legislativa che, ad una legislazione rigidamente ancorata a termini normativi imm modificabili con valenza meramente giuridica, sostituisce una normazione contenente l'indicazione di elementi tecnici che possono essere, in seguito all'obsolescenza delle tecnologie, modificati con una normazione di livello secondario.

Il problema di prevedere nuove norme per così dire miste, ovvero in grado di combinare principi giuridici e principi propri del settore informatico, riguarda altresì settori della disciplina tradizionale, come quello della tutela del contraente debole, che devono essere adeguati e posti al passo con i tempi per garantire in ogni caso la tutela dei principi costituzionali.

Nuove tipologie contrattuali connesse ad Internet

Con l'avvento di Internet, naturalmente, sono sorte delle nuove figure contrattuali che, pur non rientrando nella categoria dei contratti informatici in senso stretto, meritano un'attenta considerazione per l'indubbio carattere telematico che le contraddistingue.

Contratto di sviluppo e gestione di un sito web

Risulta evidente che l'esercizio di un'attività commerciale telematica comporta alcuni requisiti, tra i quali il possesso di un nome di dominio e un sito che permetta di rintracciare agevolmente il negozio virtuale.

La creazione del luogo virtuale in cui cedere beni e prodotti, detta sito web, passa dunque per la predisposizione di una struttura informatica dove convogliare le informazioni relative alla propria attività e le informazioni relative ai beni e servizi messi a disposizione del pubblico. La realizzazione della pagina web può essere predisposta dal titolare del sito Internet o da un terzo che fornisce servizi di creazione e predisposizione di pagine web (webmaster). In quest'ultimo caso tra il titolare del sito ed il webmaster si stipula un contratto di sviluppo e creazione di un'opera dell'ingegno che deve da un canto disciplinare i rapporti tra committente e realizzatore e dall'altro prevedere specifiche regole applicabili in relazione alla tutela del diritto d'autore sui contenuti del sito.

Il contratto in esame, permette di ipotizzare una fattispecie in cui confluiscono diverse prestazioni contrattuali, tra cui le principali sono la creazione di un bene immateriale, che può consistere sia nella creazione di opere multimediali sia nella conversione in linguaggio HTML di contenuti forniti dal cliente, la predisposizione grafica delle pagine web, oltre l'eventuale previsione dell'obbligazione di manutenzione, che consiste in una prestazione ad esecuzione continuata che, da sola o nell'ambito di un accordo contrattuale con il fornitore di accessi alla rete Internet, consente al sito di essere sempre presente in rete.

All'interno della fattispecie contrattuale si configurano, quindi, due prestazioni essenziali: la creazione ed il servizio di manutenzione ed aggiornamento del sito in connessione tra di loro, e ciò da luogo ad un contratto misto in quanto la realizzazione del sito può essere ricondotta all'appalto d'opera, se trattasi di esercizio d'attività d'impresa, mentre il mantenimento e la sua gestione in rete vanno ricondotti all'appalto di servizi previsto dall'art. 1677 c.c.

Contratto di accesso ad Internet

Per potersi collegare alla rete ed usufruire dei vari servizi collegati, come la posta elettronica, il servizio ftp, l'utilizzo di spazio web, è necessario stipulare un accordo con un ISP (Internet Service Provider) ovvero un'azienda che possiede una connessione permanente alla rete Internet. Nasce così il **contratto di accesso a Internet** con il quale una parte (ISP), concede all'altra, il cliente, la connessione con Internet e fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo. Va sottolineato che, alla luce degli accordi in concreto stipulati, tali servizi possono essere forniti anche a titolo gratuito e prevedere anche prestazioni aggiuntive.

Prodromico al contratto in esame è il rapporto contrattuale tra l'ISP ed il gestore della rete di telecomunicazione, di solito strutturato, con le varianti necessarie alla particolarità del servizio, come un normale disciplinare delle condizioni di abbonamento al servizio telefonico.

L'aspetto più delicato di questa figura contrattuale è costituito dalla sua natura giuridica in quanto la presenza di una pluralità di elementi riconducibili a diverse fattispecie regolate dal codice civile ha dato luogo a notevoli dispute. In genere i contratti con i providers vengono divisi in due gruppi: il contratto di **accesso**, che garantisce la connessione ed il contratto di "**content provider**" che ha ad oggetto più specificamente gli altri servizi offerti. Quest'ultimo presenta le caratteristiche del contratto di locazione, mentre quanto alla prima figura negoziale si rileva che essa può essere ricondotta alla fattispecie della somministrazione, per il carattere di continuità, o alla diversa figura dell'appalto di servizi, per l'organizzazione del servizio assicurato dal provider.

Tra i particolari aspetti da esaminare con riguardo al negozio in esame viene anzitutto in evidenza la natura giuridica dell'ISP, che normalmente è un imprenditore commerciale per cui deve ritenersi applicabile in via generale la disciplina prevista dall'art. 2195 c.c.; l'attività dell'ISP è quindi qualificabile come esercizio di attività d'impresa.

Altro profilo da esaminare è quello relativo alla pattuizione del corrispettivo. Come già osservato, in alcuni casi il contratto di accesso alla rete telematica può anche essere a titolo gratuito, ma a ben guardare tale tipologia contrattuale riveste solo apparentemente il carattere della gratuità in quanto la fonte di reddito per gli ISP deriva da due fattori posti l'uno a carico dell'utente in via diretta e l'altro in forma indiretta. Infatti, l'utente può essere soggetto ad una diffusione a scopo commerciale dei dati riguardanti la connessione, i siti frequentati, il tempo di connessione e, d'altra parte, l'aumento del traffico telefonico verso le apparecchiature informatiche dell'ISP determina fonte di reddito in quanto l'ISP riceve dall'operatore telefonico una determinata somma per ogni minuto di collegamento da parte dell'utente alle proprie strutture.

Contratto di locazione di spazio web

Il soggetto che possiede una connessione permanente alla rete Internet e consente ai propri clienti di collegarsi può anche scegliere di fornire servizi di diverso genere, che possono essere approntati o dagli stessi access providers oppure da soggetti diversi che si limitano a sfruttare la connettività permanente necessaria per effettuare i servizi di providers solo per fornire ai propri clienti il luogo virtuale dove collocare le proprie pagine web. In tal caso si stipula un **contratto di locazione di spazio web.**

Questa locazione di spazio web può svolgersi secondo due modalità esecutive e contrattuali diverse, a seconda che la fornitura del servizio di accesso sia in **hosting** oppure in **housing**.

Mediante la prima forma di accordo, che può essere definita contratto di locazione di apparecchiature informatiche, un Internet Provider permette all'utilizzatore di accedere ai suoi computers e ad i suoi servizi, collocati fisicamente presso lo stesso fornitore. Il prestatore di servizi concede l'utilizzazione di uno spazio all'interno del proprio disco rigido alle condizioni e secondo le modalità previste dal contratto.

In tale ipotesi è sicuramente predominante la fornitura di uno spazio virtuale dove collocare le pagine web e dunque la natura giuridica di tale contratto può essere ravvisata nella locazione di beni mobili, denominata anche noleggio.

Nell'accordo di *housing*, invece, il provider mette in condizione il titolare del sito di connettersi alla rete telematica dal lato server. In tal caso la proprietà dell'hardware e del server e la sua configurazione permangono in capo al titolare del sito, che utilizza quindi proprie apparecchiature.

La peculiarità della figura in esame è costituita dalla configurabilità in capo al prestatore di servizi di distinti tipi di obbligazione. Vi è anzitutto l'obbligo di mantenere una connessione secondo le modalità previste dall'accordo contrattuale che si configura come obbligazione di mezzi; vi è poi l'obbligo di custodia dell'apparecchiatura di proprietà del titolare del sito, che si configura come obbligazione di risultato assimilabile a quella che nasce da un contratto di deposito, nel quale l'obbligazione principale è costituita appunto dall'obbligo di custodia e di restituzione in natura dell'oggetto della prestazione.

I contratti di bannering

I meccanismi pubblicitari all'interno della rete sono vari e vengono ricondotti a due categorie principali: la divulgazione di informazioni a titolo gratuito e quella a titolo oneroso. Al di là di questa distinzione definita verticale, ve ne è un'altra che riguarda la natura stessa della prestazione pubblicitaria che può essere oggetto essenziale del contratto intercorrente tra l'impresa specializzata e l'utente oppure costituire una prestazione accessoria nell'ambito di un più ampio accordo contrattuale.

Nel primo caso, l'attività divulgativa rientra nel più generale ambito dell'attività di marketing da intendersi come attività di studio e sviluppo della domanda dei beni e dei servizi offerti al mercato. Come esempio di prestazioni del secondo tipo si fa riferimento agli obblighi di promozione che il creatore del sito web assume all'atto della messa in linea del sito; in questo caso l'obbligo promozionale accede ad una prestazione base costituita da creazione, sviluppo e manutenzione di un sito Internet.

Tra le forme concrete di divulgazione dei contenuti commerciali immessi in linea assume una particolare rilevanza il c.d. bannering. Il banner è un grosso striscione pubblicitario elettronico (in genere in formato Gif) che consente al navigatore di arrivare al sito dell'azienda pubblicizzata mediante un solo click (grazie ad un semplice collegamento ipertestuale). La forza di tale strumento risiede proprio nella sua estrema semplicità e duttilità, che consente a chiunque navighi in Internet di approdare alle offerte dell'imprenditore, anche partendo da un sito che si occupa di tutt'altro argomento.

Inoltre il banner è elaborato in maniera tale da divenire un utile strumento per lo studio del marketing, in quanto il programma consente di registrare il numero esatto di persone che hanno visto lo striscione elettronico nonché il numero di coloro che hanno effettuato un acquisto dopo essere arrivate al sito dell'azienda tramite il click sul banner.

Con la diffusione del commercio elettronico avutasi negli ultimi tempi, il banner è diventato particolarmente utile e si sono materializzati on-line dei veri e propri esercizi commerciali che gestiscono esclusivamente lo scambio di banner fra i siti più disparati.

Anche il sistema di pagamento è particolarmente agile, essendo prevista o la tariffazione ad impression, cioè per il numero di volte che il banner viene visto, o quella a click che prevede un corrispettivo per ogni click sullo striscione elettronico; quest'ultimo sistema presenta il grosso inconveniente di non remunerare l'esposizione del banner, che quando è effettuata su siti particolarmente visitati costituisce, comunque, una notevole pubblicità.

Contratti per l'informatica nella P.A.

La P.A. persegue i propri obiettivi sia attraverso il ricorso a procedimenti e provvedimenti di diritto pubblico, dotati di specifici requisiti e di efficacia particolare e, quindi, peculiari del settore amministrativo, sia attraverso il ricorso agli strumenti negoziali del diritto privato, ovvero in particolare i contratti. In entrambi i casi, gli enti pubblici hanno in corso un processo di informatizzazione al fine di poter garantire una gestione dei servizi rapida e trasparente.

Normativa generale applicabile

Storicamente, il principale provvedimento relativo all'attività svolta dalla P.A. in regime privatistico è il r.d. n. 2440 del 18 novembre 1923 sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, cui hanno fatto seguito il d.lgs. n. 157/95 emesso in attuazione della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, che definisce le procedure di aggiudicazione di contratti tra Amministrazioni aggiudicatrici e prestatori di servizi (gare comunitarie), nonché il d.lgs. n. 358/92 di attuazione delle Direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE, 88/295/CEE, modificato dal d.lgs. n. 402/98, avente ad oggetto le forniture di prodotti di valore uguale o superiore ai 200.000 ECU ed infine il D.P.R. n. 573/94 per la semplificazione di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore ai 200.000 ECU.

Le normative richiamate riguardano profili particolari del contratto stipulato con la P.A. che, pur essendo strumento di diritto privato, presenta indubbi profili di carattere pubblico con riguardo alla fase, precedente la stipula del contratto, relativa alla decisione discrezionale di ricorrere allo strumento contrattuale, alla scelta del contraente ed alla verifica dei fondi per i costi derivanti dal contratto. Si tratta di una fase che ha natura amministrativa ed è pertanto soggetta alle regole del diritto pubblico volte a tutelare i preminenti interessi della collettività.

Tuttavia va precisato che, iniziate le trattative per la stipula del contratto, la P.A. resta vincolata al pari di ogni altro soggetto privato nei confronti della controparte. Ne consegue che il quadro delle norme applicabili ai contratti con la P.A. si completa con il richiamo agli articoli del codice civile riguardanti in genere la formazione, la durata e la risoluzione del contratto oltre a quelli relativi a contratti tipici come la compravendita, la locazione, l'appalto di servizi.

Normativa specifica

Specifici interventi, con riguardo al settore informatico, sono costituiti anzitutto dalla legge n. 770 del 11 novembre 1986 disciplinante le procedure contrattuali dello Stato per l'esecuzione di programmi di ricerca e per l'acquisizione e la manutenzione di prodotti ed altre tecnologie, in quanto applicabili ad hardware e software; dal decreto del Ministero del Tesoro dell'8 febbraio 1986 avente ad oggetto il Capitolato d'oneri per gli acquisti e la locazione di apparecchiature elettroniche e prestazione di servizi in materia di informatica; dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 452 del 6 agosto 1997 contenente il capitolato di cui all'art. 12 comma 1 del D.lgs. n. 39/93 relativo alla locazione e all'acquisto di apparecchiature informatiche, nonché alla licenza d'uso dei programmi.

Ulteriori provvedimenti sono i capitolati, regolamenti, direttive, circolari AIPA (ora CNIPA) come ad esempio quelle in materia di monitoraggio e verifica dei contratti informatici del 12 febbraio 1998 n. AIPA/CR/16, del 13 marzo 1998 n. AIPA/CR/17 e del 28 dicembre 2001 n. AIPA/CR/38; dal decreto del Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica del 17 giugno 1998 che ha affidato ad una società privata, la Con.S.I.P. s.p.a., l'esercizio di quelle attività informatiche riservate allo Stato ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 414/97. Tra tali attività informatiche rientrano la definizione e modalità dei bandi di gara, dei criteri di prequalifica, di valutazione dei fornitori e delle offerte, aggiudicazione delle commesse e stipula dei contratti.

Un ufficio pubblico, qualora intende installare un sistema di elaborazione di dati, deve predisporre uno studio di fattibilità che indichi gli obiettivi, le modalità, i tempi, i costi e le altre misure di carattere normativo e amministrativo del sistema informativo che si intende realizzare, nonché le caratteristiche tecniche dell'hardware e del software che intende utilizzare.

Dispone, infatti, l'art. 13 del d.lgs. n. 39/93 che la stipulazione da parte delle amministrazioni di contratti per la progettazione, la realizzazione, la manutenzione, la gestione e la conduzione operativa di sistemi informativi automatizzati, determinati come contratti di grande rilievo ai sensi dell'art. 9 e dell'art. 17, è preceduta dall'esecuzione di studi di fattibilità volti alla definizione degli obiettivi organizzativi e funzionali dell'Amministrazione interessata.

Studio di fattibilità e contratti di grande rilievo

La legge non stabilisce cosa si debba intendere per studio di fattibilità e neppure determina quali siano i contratti di grande rilievo. Solo con l'art. 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 6 agosto 1997 n. 452 si sono identificati con precisione gli obiettivi ed i contenuti degli studi di fattibilità, così consentendo una definizione dell'istituto.

Lo **studio di fattibilità** è volto alla definizione degli obiettivi organizzativi e funzionali dell'amministrazione interessata e costituisce la base per la predisposizione di apposito capitolato tecnico da utilizzare nelle procedure di scelta del contraente, nonché per l'esecuzione del monitoraggio, se previsto. In particolare, per quanto attiene quest'ultimo profilo, lo studio di fattibilità deve indicare e valutare i contenuti del monitoraggio, con particolare riferimento ai compiti ed alle funzioni da attribuire al monitore, nonché le conseguenze del monitoraggio sull'attività prestata dall'impresa incaricata della fornitura.

Per quanto riguarda i **contratti di grande rilievo**, la definizione degli stessi si desume dall'art. 2 della circolare 28 dicembre 2001, n. AIPA/CR/38 che vi fa rientrare i contratti che presentano un particolare significato secondo tre distinti parametri: il valore in termini economici (superiore a 25 milioni di euro); l'importanza del servizio sul quale incidono (sicurezza dello Stato, difesa nazionale, l'ordine e la sicurezza pubblica); la portata della informatizzazione sull'organizzazione amministrativa.

La scelta del contraente

La scelta del contraente avviene secondo le forme previste per i contratti di diritto privato stipulati dalla P.A., ovvero quelle dell'asta pubblica, della licitazione privata, dell'appalto-concorso e della trattativa privata. Ma le prime due procedure, l'asta pubblica e la licitazione privata, risultano tuttavia di difficile applicazione nel settore informatico. Le stesse richiedono, infatti, una minuziosa descrizione delle macchine e dei servizi occorrenti, descrizione che spesso la P.A. non è in grado di effettuare; inoltre permettono una scelta basata quasi esclusivamente sul criterio del minor prezzo; infine sono procedure lunghe e macchinose.

La procedura da preferire sarebbe, a prima vista, quella dell'appalto-concorso che può stimolare l'apporto di particolari iniziative e competenze tecniche da parte dei produttori offerenti. L'unico difetto, non indifferente, è costituito dalla impossibilità di retribuire adeguatamente le spese e l'attività dei concorrenti non aggiudicatari.

Effettuata la scelta del contraente, l'Amministrazione dà atto dell'aggiudicazione mediante la redazione di un apposito verbale nel quale fissa anche un termine per la stipulazione del contratto (in genere di 15 giorni dalla data dell'aggiudicazione). Questo può essere redatto in forma pubblica, ossia dal notaio; in forma pubblico-amministrativa, ossia da un funzionario della Pubblica Amministrazione in qualità di ufficiale rogante; oppure anche sotto forma di scrittura privata.

Il contenuto del contratto è integrato dai Capitolati d'oneri speciali che in materia assumono una notevole rilevanza, in quanto l'art. 12, 1° comma, del d. lgs. 39/1993 prevede che le clausole generali dei contratti che le singole amministrazioni stipulano in materia di sistemi informativi automatizzati devono essere contenute in capitolati approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro del Tesoro, su proposta dell'Autorità.

Il monitoraggio

Il monitoraggio è effettuato immediatamente dopo la stipulazione del contratto e ad esso provvede l'amministrazione interessata ovvero, su sua richiesta, l'AIPA (ora CNIPA). In entrambi i casi l'esecuzione del monitoraggio può essere affidata ad una società specializzata, che deve essere inclusa in un elenco predisposto dal CNIPA e non deve essere collegata, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, alle imprese parti dei contratti.

L'attività di monitoraggio, i cui criteri e modalità sono stati precisati dall'Autorità con la circolare 28 dicembre 2001 n. CR/AIPA/38 che ha sostituito la precedente circolare 5 Agosto 1994, n. AIPA/CR/5, è intesa a massimizzare il grado di conseguimento delle finalità del contratto, e consiste in un sistema di operazioni di controllo riguardanti l'intero ciclo di vita di un sistema informativo automatizzato, con particolare riferimento alla congruità del progetto con le linee strategiche del piano triennale; alla validità dello studio di fattibilità; alla corrispondenza dei prodotti/servizi progettuali con l'offerta tecnica; al rispetto degli obblighi contrattuali e di quanto enunciato nel capitolato di gara; alla verifica della opportunità di varianti; all'efficacia e l'efficienza della soluzione realizzata in relazione alle aspettative implicite ed esplicite dell'Amministrazione.