

DIRITTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE

Collana diretta da

Vincenzo Franceschelli Emilio Tosi

La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico

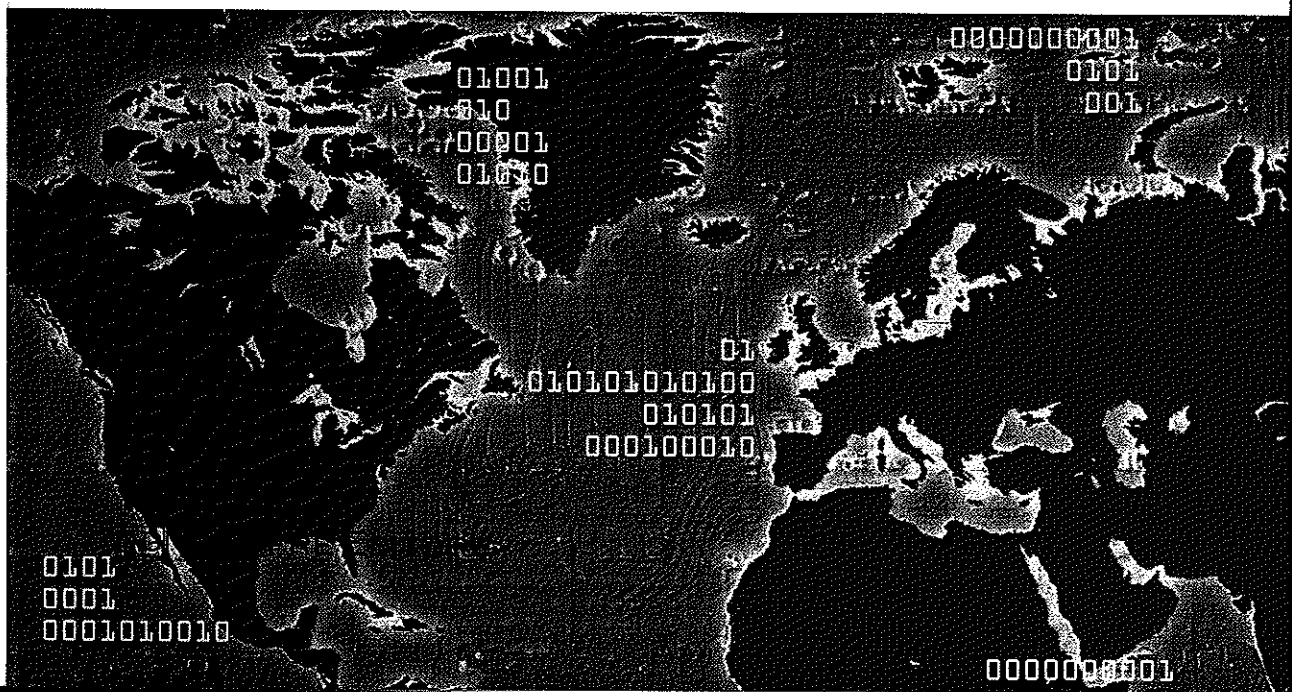
Contratti - Responsabilità - Rimedi

a cura di Emilio Tosi

Introduzione di Vincenzo Franceschelli

Tomo II

Emilio Tosi La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico - II



I CONTRATTI DEI MOTORI DI RICERCA E DEI SOCIAL NETWORK

LE FONTI

I) NORMATIVA

a) Nazionale

Art. 1322 cod. civ.; D.Lgs. 206/2005; art. 1229 cod. civ., art. 1710 cod. civ.; art. 1768 cod. civ.

b) Comunitaria

Dir. 31/2000/CE.

II) GIURISPRUDENZA

Nazionale:

Cass. civ. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, 1836; Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506; Cass. civ. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2895.

III) DOTTRINA

a) Nazionale

BIONDI B., *Sull'indole dell'omaggio premio*, in *Foro pad.*, 1962, 137; BUNELLI F.D., *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto ille-*

(*) Associato di Diritto Privato Comparato. Avvocato in Roma.

cito": la responsabilità da inesatte informazioni, in *Contratto e impr.*, 1991, 539; CARINGELLA F., in *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Foro it.*, 1993, I, 1508; GALLAVOTTI C., *Una nuova frontiera del danno ingiusto: lesione del c.d. diritto d'impresa e responsabilità da informazioni inesatte*, in *Il Diritto dell'informaz. e dell'informatica*, 2002, 874; GAZZONI F., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Günst. civ.*, 1991, I, 2896; GORLA G., *Il contratto*, Milano, 1955; IRTI N., in *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 187; MACIOCE F., *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 933; MANGINI V., *La licenza di brevetto*, Padova, 1970; MANZINI C., *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contratto e impr.*, 1989, 944; MARICONDA V., *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, in *Corriere giur.*, 1993, 174; PANNARALE L., *Gratuità ed interesse*. Un saggio di *l'bering sulla "manca"*, in *Pol. dir.*, 1998, 535; SAMMARCO P., *I nuovi contratti di informatica. Sistema e prassi*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pub. econ.* diretto da F. Galgano, vol. XLI, Padova, 2006; SAMMARCO P., *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informaz. e dell'informatica, responsabilità e tutela della persona*, in *Il Diritto dell'informaz. e dell'informatica*, 2006, 621; SCOZZAFAVA T.O., *Il comodato*, in *Trattato dir. priv. it. diretto da P. Rescigno*, Torino, 1982; TOSI E., *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010; TRMARCHI P., *Illecito (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 101; V. ZENO-ZENCO VICH, *Il danno da notizia inesatta non diffamatoria*, in *Il Diritto dell'informaz. e dell'informatica*, 1992, 73; ZENO-ZENCOVICH V.-SAMMARCO P., *Sistema ed archetipi delle licenze open source*, in AIDA, Milano, 2004, 234.

MATERIALI

Internazionale

State of the Media: The Social Media Report, Nielsen; T. O'REILLY, *What is web 2.0, reperibile on line: <http://oreilly.com/web2/archive/web2-is-web-20.html>*.

SOMMARIO: 1. Il web 2.0. — 2. I termini d'uso dei servizi. — 2.1. Termini d'uso dei servizi offerti dal motore di ricerca. — 2.2. Termini d'uso del social network. — 2.3. Termini d'uso del servizio di caricamento e fruizione di video. — 3. La qualificazione giuridica di tali rapporti. — 4. Sul vincolo di perpetuità del rapporto negoziale. — 5. La valutazione sulla legittimità delle clausole contenute nei termini d'uso. — 6. Profili di responsabilità del soggetto concedente i servizi.

1. Il web 2.0

Nel 2008 un utente della rete trascorreva una quota pari all'8% del suo tempo di connessione all'interno di siti di social network e di

caricamento di video; nel 2009, la quota è salita al 20%; nel 2011, oltre il 23% degli utenti negli Stati Uniti d'America ha dedicato il proprio tempo di connessione ai social network e, in Italia, il numero è ancora più alto e supera il 31% (1).

Tutto ciò evidenzia una trasformazione di Internet che converge verso un modello di fruizione incentrato su di un rapporto sempre più stretto tra sito web ed utente. Si parla appunto di web 2.0 (2), per differenziarlo dal cosiddetto web 1.0 rappresentato quest'ultimo prevalentemente da siti informativi statici che, al di là della navigazione tra le pagine caricate, l'uso delle e-mail e dei motori di ricerca, non offrivano la possibilità di interazione con l'utente, cioè la capacità tecnica per quest'ultimo di contribuire ai contenuti informativi offerti on-line.

L'affermazione del web 2.0 è da ricercarsi proprio nel fatto che la rete ora offre a chiunque la possibilità di partecipare alla creazione ed alla condivisione dei contenuti digitali. Ciascun soggetto è contemporaneamente fruitore e produttore di contenuti informativi, sommando dunque a sé caratteristiche dissimili. E proprio questa disuguaglianza di funzioni con coincidenza di ruoli in un unico soggetto produce la trasformazione della rete ed il suo esponenziale successo. In questa metamorfosi strutturale, si può affermare che gli utenti non vogliono solo usare il web, ma farlo; non ci si accontenta più di leggere le pagine web, ora gli utenti le vogliono scrivere.

Gli utenti di Internet, tuttavia, realizzano questa costruzione dentro perimetri già preventivamente definiti dai maggiori operatori della rete, che mettono a disposizione le loro piattaforme tecniche capaci di ospitare e contenere gli eterogenei messaggi informativi immessi dagli stessi utenti. All'interno di questi confini, la rete dunque si infittisce continuamente di contenuti informativi per effetto della presenza attiva degli utenti, che, aderendo ai termini di servizio predi-

(1) La fonte sono i dati Nielsen, con il documento *State of the Media: The Social Media Report*. Tra i risultati della ricerca emerge che i social network sono visitati da oltre l'80% degli utenti Internet negli Stati Uniti (l'84% in Italia) e il tempo speso su questi siti continua ad aumentare, con 1/4 del tempo totale trascorso online negli Stati Uniti (1/3 in Italia). Nei 10 principali mercati del mondo, i social media raggiungono oltre 3/4 degli utenti Internet.

(2) Il termine web 2.0 si deve a T. O'REILLY, in un convegno tenutosi nel 2005 dove presentò la relazione dal titolo *What is web 2.0*.

sposti dai maggiori protagonisti della rete, possono compiere le attività desiderate.

In definitiva, gli utenti, per poter operare all'interno dei *social network* o per poter partecipare alla immissione (o fruizione) di un contenuto audiovisivo, o per fruire degli eterogenei servizi messi a loro disposizione sostanzialmente a titolo gratuito, devono conformarsi ai termini ed alle procedure prefissati dai fornitori del servizio che regolamentano tali attività.

Si può affermare, dunque, che la rete cresce e si trasforma sotto l'egida ed il controllo strutturale e formale dei grandi operatori di Internet, i quali sono gli unici in grado di dirigere e sovrintendere l'eterogeneo flusso informativo di dati attraverso la predisposizione di regole e di termini di uso dei servizi offerti. Da qui l'enorme rilevanza di tali convenzioni pattizie a cui ciascun utente di Internet, che si avvale dei servizi informativi più diffusi, deve sottostare.

2. I termini d'uso dei servizi

I grandi operatori della rete che offrono i servizi di ricerca o di accesso e fruizione a *social network* o a contenuti audiovisivi adottano dei modelli di termini di uso per i servizi offerti che contengono delle clausole generali che, dal punto di vista giuridico, sostanzialmente, sono molto simili tra loro e che differiscono solamente per la descrizione circa la natura del servizio utilizzato. È disposto anzitutto, come condizione generale per tutti, che l'utente, per poter avvalersi dei servizi offerti, debba accettare i termini di uso e che tale accettazione si perfezioni semplicemente fruendo i servizi, senza necessità di ulteriori adempimenti.

Si è proceduto ad esaminare i termini di utilizzo relativi ai tre servizi maggiormente utilizzati su Internet e cioè: il motore di ricerca, l'accesso ai *social network* e la piattaforma di caricamento e fruizione di video.

2.1. Termini d'uso dei servizi offerti dal motore di ricerca

Per quanto attiene al primo modello di termini di uso, il soggetto gestore del più grande motore di ricerca contempla nella nozione di servizio non soltanto quello tipico della ricerca dei contenuti informativi sulla rete, ma anche tutti gli altri servizi accessori, quali, ad esempio, la possibilità di archiviare e reperire documenti, foto, traduttori

istantanei, posta elettronica, mappe stradali, *news* e ultimamente vengono concessi in uso agli utenti anche alcuni applicativi (3).

Dalla parte del gestore del motore di ricerca, quest'ultimo concede all'utente una licenza non esclusiva, senza vincoli territoriali ed a titolo gratuito di utilizzo dei prodotti software, come parte dei servizi forniti (4).

Dalla prospettiva dell'utente, questi, a sua volta, concede al gestore del motore di ricerca una licenza a titolo gratuito, *sine die*, irrevocabile, senza limiti territoriali e non esclusiva, per "utilizzare, ospitare, memorizzare, riprodurre, modificare, creare opere derivate, come quelle derivanti da traduzioni, adattamenti o modifiche che vengono apportate in modo che i contenuti dell'utente si adattino meglio ai servizi, comunicare, pubblicare, rappresentare pubblicamente, visualizzare pubblicamente e distribuire tali contenuti". Tale licenza concessa dall'utente comprende anche la facoltà per il gestore del servizio di cedere, trasferire a terzi o modificare i contenuti informativi ricevuti.

Si legge, inoltre, nei termini d'uso che i diritti che l'utente concede con questa licenza riguardano lo scopo limitato di utilizzare, promuovere e migliorare i servizi stessi e di svilupparne di nuovi. Inoltre, sempre secondo le condizioni contrattuali, questa licenza permane anche qualora l'utente smettesse di utilizzare i servizi. Naturalmente, ai fini delle responsabilità, "l'utente dovrà assicurarsi di disporre dei diritti necessari per concedere tale licenza rispetto a qualsiasi contenuto inviato". Sempre, in tema di responsabilità e garanzie, è espressamente indicato, inoltre, che nessuna garanzia è prestata dal fornitore del servizio in favore dell'utente. I servizi, per quanto at-

(3) Sulla qualificazione giuridica dei motori di ricerca, sia consentito rimandare a P. SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. informaz. e informatica*, cit., 621.

(4) Si legge, testualmente, nei termini di servizio del più noto motore di ricerca, che esso "concede all'utente una licenza personale, mondiale, royalty-free, non cedibile e non esclusiva per utilizzare il software fornito all'interno dei servizi. Il solo scopo di questa licenza è consentire all'utente di utilizzare i servizi forniti e di avvalersi dei relativi vantaggi, secondo le modalità consentite dai presenti termini. Non è consentito copiare, modificare, distribuire, vendere o concedere in locazione parti dei nostri servizi o del software incluso, né decodificare o tentare di estrarre il codice sorgente da tale software, a meno che la legge vieti tali restrizioni o nei casi in cui si disponga della nostra autorizzazione scritta".

tiene al profilo di responsabilità, vengono erogati "as is", cioè nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano al momento della loro fruizione con esplicita avvertenza che la fruizione dei servizi potrebbe non soddisfare le necessità dell'utente, che gli stessi servizi potranno subire interruzioni e che non è certo che essi siano esenti da errori o che siano sicuri, né che le informazioni acquisite mediante l'uso dei servizi siano corrette o affidabili (5).

Vi sono espresse limitazioni di responsabilità per qualunque perdita di profitto l'utente possa subire facendo affidamento sulla completezza, accuratezza del servizio, sulla sua continuità, o circa l'esito di un contratto intercorso tra l'utente stesso e un inserzionista pubblicitario; allo stesso modo, le perdite di dati, o le cancellazioni di contenuti informativi dell'utente non determinano ipotesi di responsabilità per il gestore del servizio.

Sulla giurisdizione si legge che, laddove sia possibile, essa è demandata al foro della California (Stati Uniti d'America) che giudicherà in base alla legge di tale stato (6).

(5) Esaminando il testo delle condizioni generali, si evince come non vengano rilasciate specifiche garanzie in relazione ai servizi. Ad esempio, si legge testualmente, "non viene rilasciata alcuna garanzia sui contenuti nei servizi, sulla specifica funzione dei servizi e sulla loro affidabilità, disponibilità o capacità di soddisfare le esigenze dell'utente. I servizi sono forniti 'così come sono'. Alcune giurisdizioni prevedono determinate garanzie, come la garanzia implicita di commerciabilità, di idoneità a uno scopo particolare e dall'evizione. Nella misura consentita dalla legge, si escludono tutte le garanzie".

(6) Letteralmente, si legge: "I Tribunali di alcuni Paesi non applicheranno le leggi della California per determinati tipi di controversie. Qualora l'utente risiedesse in uno di tali Paesi, laddove sia esclusa l'applicazione delle leggi della California, per tali controversie relative ai presenti termini avranno validità le leggi del Paese dell'utente. Altrimenti, in caso di eventuali controversie derivanti dai presenti termini o dai servizi o a essi correlate, l'utente accetta che vengano applicate le leggi della California, USA, escludendo le normative di diritto internazionale privato della California. Analogamente, qualora i tribunali nel Paese dell'utente non gli dovessero permettere di riconoscere la giurisdizione e la competenza dei Tribunali della contea di Santa Clara, California, USA, per tali controversie correlate ai presenti termini verranno ritenute sussistere la giurisdizione e la competenza del foro dell'utente. In caso contrario, tutti i reclami derivanti dai presenti termini o Servizi o a essi correlati andranno presentati esclusivamente nei tribunali federali o statali della contea di Santa Clara, California, USA, ed il fornitore dei servizi e l'utente acconsentono alla giurisdizione personale in tali Tribunali".

2.2. Termini d'uso del social network

Nei termini di uso del maggiore sito di *social network* si legge che l'utente, per quanto attiene ai contenuti informativi protetti dal diritto d'autore, accorda al gestore del servizio una licenza di uso non esclusiva, trasferibile, a titolo gratuito, senza limitazioni territoriali. Si legge che tale licenza può terminare nel momento in cui l'utente elimina dal *social network* i contenuti informativi protetti, salvo che tali contenuti non siano stati condivisi con terze persone e sempre sul presupposto che costoro li abbiano a loro volta eliminati. Si legge tuttavia, che è possibile che i contenuti rimossi vengano conservati dal gestore del servizio come copie di *back-up*.

Sono previste una serie di limitazioni di attività per l'utente, che, ad esempio, non può intraprendere azioni contrarie alla legge, iniziative di marketing multilivello, immettere virus, denigrare, intimidire o molestare altri utenti, pubblicare contenuti pornografici o incitanti l'odio o eccessivamente violenti, o informazioni finanziarie sensibili.

A protezione dei diritti dei terzi, il gestore del servizio ha la facoltà di rimuovere tutti i contenuti pubblicati sul sito di *social network*, nel caso in cui si ritenga che l'utente abbia violato una delle regole di condotte impostegli. Analogamente, per l'ipotesi di violazione dei diritti di proprietà intellettuale che può comportare anche la disabilitazione all'accesso.

Anche per questo servizio, l'utente accetta di utilizzarlo "as is", senza alcuna garanzia espressa o implicita, neanche sulla sicurezza; il soggetto gestore della piattaforma informatica, si legge, non può essere ritenuto in alcun modo responsabile delle azioni, dei contenuti, delle informazioni o dei dati di terzi.

Per la giurisdizione e la legge applicabile, si fa riferimento allo Stato della California, contea di Santa Clara, con le stesse avvertenze enunciate nei termini di uso del servizio offerto dal gestore del motore di ricerca.

2.3. Termini d'uso del servizio di caricamento e fruizione di video

Se si prendono in esame i termini d'uso del servizio di caricamento e fruizione di video, l'utente ha diverse limitazioni (uso commerciale del servizio, divieto di distribuire i contenuti informativi presenti nel sito o di apportare modifiche agli stessi, eludere dispositivi di sicurezza, pubblicare contenuti contrari alla legge) ed è re-

sponsabile per qualsiasi violazione alle suddette regole di condotta. I contributi video che provengono dall'utente sono oggetto di licenza in favore del soggetto gestore del servizio e di tutti gli altri utenti.

L'utente, inoltre, salvo la specifica autorizzazione, ha il divieto di caricare o pubblicare contributi informativi oggetto di diritti di privacy di terzi o lesivi della *privacy* altrui.

Con riferimento alla responsabilità, l'utente è l'unico soggetto responsabile per i contributi video immessi, nonché per le conseguenze derivanti dalla loro pubblicazione, rimanendo escluso il gestore del servizio da ogni conseguenza pregiudizievole. Quest'ultimo si riserva la facoltà di valutare se i contenuti informativi pubblicati dagli utenti sono conformi alle direttive dei termini d'uso e, in caso di violazione degli stessi, può rimuovere tali contenuti o disabilitare l'accesso all'utente.

I servizi vengono forniti "as is", senza alcuna garanzia o obbligo a carico del fornitore. Vi è la precisazione che il servizio potrebbe non soddisfare le necessità dell'utente, che possa non essere continuo, sicuro, affidabile e privo di errori o malfunzionamenti.

Il gestore del servizio, secondo i termini d'uso, non può essere ritenuto responsabile nei confronti dell'utente: per qualunque perdita economica, anche derivante da presunzioni di affidabilità e completezza del servizio, da interruzioni dello stesso, dalla cancellazione o dalla mancata memorizzazione di qualunque contenuto informativo dell'utente. Si legge, infine, che le limitazioni della responsabilità a carico del gestore del servizio operano anche nel caso in cui questi sia stato avvisato della possibile perdita economica dell'utente.

Inoltre, con la pubblicazione dei contenuti informativi, l'utente accetta di essere esposto a commenti imprecisi, offensivi od indecenti ma, nel contempo, rinuncia a far valere i propri diritti nei confronti del gestore del servizio.

Anche per questo servizio, l'utente concede al gestore ed ad ogni altro utente del servizio, una licenza mondiale, non esclusiva, a titolo gratuito, trasferibile ad usare, riprodurre, visualizzare, distribuire il contenuto informativo immesso ed a realizzare opere derivate. Tale licenza termina nel momento in cui l'utente decide di rimuovere od eliminare il video pubblicato. Mentre la licenza che l'utente concede al gestore per i commenti al video pubblicato, si legge, è eterna e irrevocabile, salvo che tali commenti siano lesivi per i diritti dello stesso utente.

La giurisdizione, in caso di controversie, è affidata al luogo dove ha il domicilio l'utente, fatta salva, si legge, la possibilità per il forn-

itore del servizio di richiedere provvedimenti cautelari o inibitori in qualsiasi giurisdizione.

3. La qualificazione giuridica di tali rapporti

Il fenomeno dei servizi tipici del *web 2.0* offerti in rete pone in evidenza come le tradizionali categorie contrattuali elaborate e costruite con meticoloso spirito classificatorio dalla dogmatica civilistica continentale durante tutti gli ultimi due secoli si mostrino spesso inadeguate. Ma il tema di questi modelli di licenze d'uso riflette ulteriori spunti che trascendono la pur importante teoria del contratto e indicizzano l'analisi dal piano micro-economico a quello macro-economico laddove gli innovativi assetti di mercato incidono proprio sul rapporto fra diritto imperativo (la legge) e il diritto dispositivo (il contratto) (7).

La categoria concettuale della licenza di uso di un bene immateriale, sebbene molto diffusa nella pratica commerciale, è ancora oggetto di opinioni contrapposte in ordine alla sua qualificazione giuridica ed alla sua relativa collocazione sistematica e stenta a trovare una pacifica ricostruzione ermeneutica, anche a causa della molteplicità delle forme con cui essa si presenta nella prassi economica e sociale (8).

L'evoluzione delle eterogenee forme e dei modelli adottati dalla prassi, sembra non consentire più dubbi nel considerare queste licenze d'uso come contratti atipici, non corrispondenti ad alcuna figura negoziale all'interno dell'ordinamento che le possa assegnare una disciplina di riferimento. In questa prospettiva, la licenza d'uso sarebbe da collocare nella magmatica ed estesa area dei contratti innominati, frutto dell'autonomia contrattuale delle parti (9).

(7) Medesime riflessioni sono state formulate con riferimento alla qualificazione giuridica delle licenze che concedono in uso *software open source*; cfr. V. ZENO-ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema ed archetipi delle licenze open source*, cit., 234.

(8) Come osserva V. MANGINI, *La licenza di brevetto*, cit., 90, il termine licenza non ha nulla a che vedere con il significato che questa locuzione ha nel nostro ordinamento giuridico, rimandando solamente ad una fattispecie contrattuale avente ad oggetto la facoltà di sfruttare economicamente la privativa industriale.

(9) E, nella ricerca della disciplina applicabile a tale figura, secondo il metodo tipologico, ci si indirizzerebbe verso lo schema base della locazione di bene mobile,

L'assenza di un corrispettivo esplicito per la prestazione dei servizi in favore dell'utente fa sì che non sia ravvisabile un sinallagma caratterizzato dallo schema del *do ut des*. In ordine a tale aspetto, ci si chiede se il modello negoziale che concede in favore dell'utente l'erogazione di eterogenei servizi sia ancora qualificabile come una licenza, il cui schema causale sembra prevedere necessariamente uno scambio di prestazioni tra le parti. In altri termini, il punto centrale della questione è accertare come definire giuridicamente tale figura negoziale.

È opinione che debba sgombrarsi il campo dall'ipotesi di esistenza di un atto unilaterale, quale è una rinuncia traslativa del diritto, proprio perché se la rinuncia presuppone nella sua funzione economica o ragione giustificativa interna anche lo scopo di recare un vantaggio ad un terzo arricchendolo di ulteriori facoltà, esula dallo schema del negozio unilaterale, per riferirsi, invece, al modello proprio dei negozi bilaterali (10).

Ci si trova di fronte ad un negozio gratuito atipico, in quanto arca un mero vantaggio o interesse ad una delle parti e non vi è l'impovertimento del soggetto che dispone il diritto come avviene invece per la donazione (11).

sia pure con un adeguato giudizio di compatibilità che deve tenere conto della particolare natura del bene oggetto del contratto.

(10) Come osserva F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, cit., 933, chi rinuncia non persegue altro fine che quello di dismettere il diritto ed uscire dal rapporto e l'effetto vantaggioso per il terzo è puramente riflesso ed estraneo all'intento del rinunciante. Inoltre, le differenze strutturali tra negozio unilaterale e negozio bilaterale producono anche delle conseguenze divergenti in ordine all'applicazione dei principi di diritto internazionale privato: infatti, se si qualifica la "licenza" come negozio unilaterale si versa nel campo delle obbligazioni non contrattuali, mentre, diversamente, se si sceglie per la qualificazione contrattuale, troveranno applicazione le norme della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, resa esecutiva con la L. n. 975 del 18 dicembre 1984, a cui è subentrata la riforma con il Regolamento Roma I (Regolamento CE n. 593/2008).

(11) Nel modello negoziale avento ad oggetto la concessione di servizi mancherebbe il fenomeno dell'arricchimento nel patrimonio dell'utente, che si limiterebbe a conseguire un mero vantaggio patrimoniale. Alcuni autori (cfr. T.O. SCORZANO, *Il comodato*, in *Trattato dir. priv. it. cit.*, 619 ed anche in parte C. Manzini, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, cit., 944) affermano che non sia possibile equiparare il termine vantaggio patrimoniale con quello di arricchimento, proprio della donazione. Mancherrebbe, inoltre, nello schema in esame, il depauperamento economico o lo spoglio da parte del soggetto disponente il servizio, il quale, invece, continua pur

D'altronde, l'autonomia contrattuale riconosciuta dall'art. 1322 c.c. non differenzia o discrimina l'atipicità contrattuale a seconda che le figure realizzate siano a titolo gratuito o a titolo oneroso. Ne consegue che, in astratto, ben possono le parti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, porre in essere contratti atipici a titolo gratuito, salva sempre la meritevolezza degli interessi cui sono diretti (12).

Appurato che si è in presenza di una impossibilità obiettiva di sussumere il negozio avente ad oggetto l'erogazione dei servizi in questione in alcuno dei tipi contrattuali gratuiti regolamentati dal legislatore, l'indagine si deve allora muovere necessariamente nell'ambito delle convenzioni atipiche gratuite, approfondendo il profilo della legittimità della figura negoziale sia sul versante causale e sia su quello della meritevolezza socio-giuridica degli interessi perseguiti (13). È pur vero che l'accertamento di una valida ragione causale idonea a giustificare l'assunzione di un impegno unilaterale è particolarmente difficoltosa, ma tale analisi dovrà essere condotta rivolgendo l'attenzione al significato ed alla funzione pratica del negozio, ricercando l'interesse concretamente perseguito dalle parti e le loro finalità penetrate nel regolamento pattizio (14).

sempre a mantenere un potere diretto ed una titolarità immutata su di esso. D'altronde, come precisa, B. BRONDI, *Sull'indole dell'omaggio premio*, cit., 137, lo spirito di liberalità è diretto "verso la persona che si vuole arricchire. Donatario non può essere un quisvis e popolo, giacché lo spirito di liberalità ha riferimento personale, e una donazione in incertam personam è un assurdo. (...) Occorre che la liberalità sia fatta a favore di una persona determinata".

(12) Sul punto, si consideri anche l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con sentenza del 9 ottobre 1991, n. 10612, cit., secondo cui "la configurabilità di negozi traslativi atipici purché sorretti da causa lecita trova fondamento nello stesso principio dell'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, 2° comma c.c." (con nota di F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*); ed anche Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, cit.

(13) Già G. GORLA, *Il contratto*, cit., 7, osservava come l'intento di vincolarsi giuridicamente nei contratti atipici e ancor di più in quelli gratuiti, fosse, sotto il profilo causale, espressione di forti problematicità nella ricostruzione del significato pratico dell'operazione.

(14) Analoghe considerazioni, sono state svolte con riferimento alle licenze contrattuali aventi ad oggetto la concessione in uso di software open source, che, come è noto, non prevedono in capo all'utente alcun corrispettivo o onere economico diretto. Sul tema delle licenze, *amplius*, sia consentito rimandare a P. SAMMARCO, *I nuovi contratti di informatica. Sistema e prassi*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubb. econ.* diretto da F. Galgano, cit..

In questo senso, nei negozi atipici a titolo gratuito, gli interessi sono da considerarsi meritevoli di tutela quando sono di natura patrimoniale: sotto il profilo causale, l'operazione contrattuale posta in essere in assenza di corrispettivo deve pur sempre avere al suo interno un interesse patrimoniale riferito al soggetto disponente che ne comporta il sacrificio; e l'interesse si insedia nel regolamento negoziale, ne connota la causa ed infine ne caratterizza il titolo con cui si attua il trasferimento. Occorre, dunque, che l'atto di liberalità compiuto dal soggetto disponente trovi una sua giustificazione causale sul piano del suo interesse patrimoniale, cioè, in altri termini, che tale operazione gli rechi un vantaggio, apprezzabile in termini economici (15).

In difetto del determinante ed effettivo interesse patrimoniale del disponente, la semplice ed unilaterale attribuzione patrimoniale in favore di un terzo non può in alcun caso assurgere a causa giuridica del negozio, in quanto non consente di identificarne lo scopo e stabilirne, di conseguenza, la rilevanza socio-economica e, in ultima analisi, la liceità; ne consegue, dunque, che il contratto col quale si trasferisca ad altri un bene od un servizio, senza specificazione o giustificazione del titolo di tale trasferimento, non è assumibile, perciò, nella nozione di contratto atipico e resta, quindi, un atto nullo per mancanza di causa (16).

Ciò perché anche i contratti atipici a carattere non donativo non possono essere privi di causa, ossia di una propria conclamata funzione economico-sociale e la stipulazione contrattuale con la quale taluno trasferisca ad altri un bene od eroghi un servizio, deve pur offrire nel contesto negoziale un riferimento all'interesse patrimoniale perseguito (17).

(15) Non può, comunque, essere trascurata l'esigenza di ponderare fino a che limite il vantaggio patrimoniale perseguito dal disponente possa spingersi per risultare ancora compatibile con lo schema proprio del contratto gratuito e non sconfinare invece nel terreno dei contratti a titolo oneroso.

(16) In tal senso, Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, cit., con nota di F. CARINGELLA, il quale critica la propensione giurisprudenziale a negare che spostamenti giuridico-patrimoniali possano trovare fondatezza in fattispecie esulanti dall'alternativa contratto di scambio-negoziale donativo e, di conseguenza, ad escludere o ridimensionare in modo drastico la sfera di operatività di fattispecie gratuite non codificate ed anche V. MARCONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa* cit., 174.

(17) Peraltro, come acutamente osserva N. IRTI, in *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, cit., 7, "il concetto giuridico di mercato respinge all'esterno

Si è dunque in presenza di un negozio che si pone in una linea mediana di confine tra l'atto donativo ed il contratto di scambio, in cui l'erogazione dei servizi in favore dell'utente, pur non collegandosi alla previsione di una controprestazione, trova pur sempre una sua ragione giustificativa che è ravvisabile nell'interesse, diretto od indiretto, di natura patrimoniale, in capo al soggetto fornitore dei servizi (18).

In definitiva, si ripete, anche nei contratti atipici di natura gratuita è riscontrabile un interesse economico in funzione del quale il disponente esegue la prestazione; tale interesse è rappresentato da un vantaggio di tipo economico che deriva dal contratto non come fattore eventuale o accidentale, ma deve essere presente come dato costante, a cui è funzionalizzata la struttura del rapporto (19). Il vantaggio, peraltro, riflette l'esistenza di un bilanciamento di interessi attuato mediante la particolare operazione economica realizzata e denota la presenza di una causa idonea nello schema negoziale.

Esaminando in concreto i servizi offerti al pubblico degli utenti della rete, non è difficile individuare l'interesse patrimoniale o vantaggio economico che il fornitore di tali servizi consegue nel rilasciare a terzi, in assenza di corrispettivo, le ampie facoltà di utilizzo. Le svariate ed innovative forme di pubblicità che accompagnano la fruizione dei servizi in questione, unite alle grandi capacità di profilazione degli utenti per fini commerciali, hanno generato una forma di economia crescente e il fatto che questi soggetti che offrono al pubblico questi particolari servizi siano ora colossi mondiali con capacità finanziarie enormi, evidenzia chiaramente l'interesse patrimoniale perseguito.

gli atti di liberalità, o più in generale, gli atti a titolo gratuito destinati a procurare un vantaggio senza equivalente".

(18) In tal senso, cfr. F. CARINGELLA, in *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, cit., 1508, che parla di negozio a cavallo tra l'atto donativo ed il contratto di scambio. G. GORLA, *Il contratto*, cit., 188, qualifica, invece, tali negozi come promesse interessate, aventi schemi estranei tanto alla donazione quanto a quelli dei negozi di scambio.

(19) D'altronde, è noto che dietro atti caratterizzati dalla gratuità si nascondano interessi di natura egoistica; sul punto, si veda L. PANNARALE, *Gratuità ed interesse. Un saggio di Jhering sulla "manca"*, cit., 525, in cui sono elencate una serie di motivazioni o ragioni che possono indurre un soggetto a trasferire un bene (o un servizio) a titolo gratuito.

4. Sul vincolo di perpetuità del rapporto negoziale

Gli schemi contrattuali in uso nella prassi che prevedono la fruizione dei servizi esaminati non recano un termine di scadenza per le facoltà riconosciute all'utente. In verità, secondo i modelli propri dell'esperienza nordamericana, proposti anche nella nostra realtà giuridico-economica, lo schema di licenza concede un diritto di uso senza vincoli di durata, vale a dire in perpetuo: se l'utente segue le indicazioni contenute nello schema negoziale, il suo diritto di uso non verrà mai a cessare.

Ora, seppur il contratto di licenza è una convenzione atipica di carattere gratuito, esso in ogni caso trasferisce dei diritti da un soggetto ad un altro ed il trasferimento in questione non è caratterizzato dalla definitività, dato che in presenza di una condotta posta in essere dall'utente e non ammessa dal soggetto concedente, si produce una perdita delle facoltà trasmesse, con l'effetto del ripristino della situazione originaria. Ciò equivale a dire, dunque, in altri termini, che il contratto atipico di cui trattasi non costituisce un vincolo perpetuo tra le parti, e dunque, come tutti i contratti che concedono dei diritti di utilizzo di un bene, è un contratto di durata, che non può essere illimitata, perché violerebbe un principio di ordine pubblico, posto a tutela della libertà contrattuale. Non essendo ammissibile un vincolo *ad aeternum*, si può ritenere che, così come l'utente ha riconosciuta la possibilità di non fruire più del servizio, anche il soggetto concedente ha sempre la facoltà di revocare il diritto d'uso trasmesso agli utenti; si ammette, in sostanza, come in altri contratti a carattere gratuito, la possibilità di un recesso unilaterale da parte del licenziante, senza che occorra una causa particolare o un giustificato motivo (20). Per tali ragioni, non sembra il rapporto obbligatorio costituito dalla fruizione dei servizi in questione possa essere caratterizzato dalla perpetuità o da una definitiva stabilità, ma, invece da una precarietà strutturale che ne consente, tuttavia, pur sempre la sua validità.

(20) Si pensi all'art. 1810 c.c. in materia di comodato che stabilisce che in mancanza di un termine, il comodatario è tenuto alla restituzione della cosa non appena il comodante la richiede, agli artt. 1722 e 1723 c.c. che prevedono la revoca del mandato, nonché all'art. 1771 c.c., secondo il quale il depositario deve restituire la cosa non appena il depositante la richiede.

5. La valutazione sulla legittimità delle clausole contenute nei termini d'uso

Il primo punto di partenza è accertare se il rapporto intercorrente tra il fornitore del servizio e l'utente possa essere inquadrato, sotto il profilo soggettivo, come se concluso tra professionista e consumatore. Può essere qualificato professionista chi predispone e distribuisce stabilmente un servizio senza chiedere corrispettivo alcuno? Il fatto che il servizio venga erogato senza alcun corrispettivo è circostanza idonea ad escludere quella posizione di rilevanza o supremazia che il legislatore ha ipotizzato sussistere nel professionista nei contratti di scambio? A rigor di logica, la disciplina consumeristica tende a colmare quello squilibrio anche informativo che caratterizza i rapporti contrattuali tra professionista e consumatore all'interno di un costante meccanismo di corresponsività tra le prestazioni (come nella vendita, permuta, somministrazione, appalto, contratto d'opera) e si giustifica così anche la particolare tutela per il consumatore relativamente alla disciplina sulle garanzie; in assenza di uno schema di *do ut des*, rimarrebbe difficile garantire tale protezione.

Tuttavia, la nuova formulazione di prodotto contenuta nell'art. 3 Codice del Consumo (D.Lgs. 206/2005) comprende "qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi (...) fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di una attività commerciale".

Ciò che è determinante, dunque, per il legislatore non è l'elemento del corrispettivo, ma il contesto in cui il bene o il servizio viene fornito al consumatore e, se tale ambito è di natura commerciale, cioè finalizzato al raggiungimento di un risultato economico positivo, anche se mediato o raggiunto in via indiretta, esso caratterizza l'intero rapporto e lo qualifica professionista/consumatore.

Alla luce di tale qualificazione, le clausole contenute nei termini d'uso delle licenze in questione che obiettivamente hanno un contenuto squilibrato in danno del consumatore sono nulle, in quanto non oggetto di una trattativa individuale attraverso cui questi ne abbia acconsentito e condiviso il contenuto. Così dunque le clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista in caso di danno alla persona dell'utente risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; quelle che escludono le azioni dell'utente nei confronti del professionista in caso di inadempimento totale o parziale o di inesatto adempimento da parte del professionista stesso nel-

l'erogazione del servizio; allo stesso modo, sono da intendersi vessatorie le clausole che impongono la legislazione e la giurisdizione di un paese extracomunitario che abbia l'effetto di privare l'utente della protezione normativa consumeristica.

Nel caso in cui l'utente di tali servizi fruisca di tali servizi per scopi inerenti alla sua attività economica, naturalmente la disciplina consumeristica non può trovare applicazione, ma le clausole che limitano la responsabilità del licenziante, così come le clausole sul foro e sulla legge applicabile dovranno essere considerate inefficaci ai sensi dell'art. 1341 c.c. per il difetto di specifica approvazione per iscritto.

6. *Profili di responsabilità del soggetto concedente i servizi*

Gli schemi negoziali aventi ad oggetto la facoltà di utilizzo dei servizi descritti prevedono una serie di obblighi in capo all'utente unitamente ad una clausola generale di esclusione di responsabilità in favore del soggetto concedente; attraverso questa clausola, il fornitore viene esonerato da ogni tipo di responsabilità derivante dalla fruizione del servizio, il quale viene rimesso alla disponibilità del terzo nello stato di fatto e di diritto in cui si trova ed accettato da quest'ultimo in modo tacito con il suo utilizzo. Così, per effetto di tale patuituzione, tutti i rischi derivanti da un eventuale malfunzionamento o da una non corretta esecuzione del servizio dovrebbero gravare esclusivamente sul suo utilizzatore, il quale non potrà, secondo quanto stabilito nei termini di uso dello schema negoziale, rivalersi nei confronti del soggetto concedente.

Naturalmente, nel nostro ordinamento, una siffatta previsione stride con il disposto contenuto nell'art. 1229 c.c. e, pertanto, non potrà ritenersi efficace e dunque in grado di assicurare la sicura esecuzione da responsabilità per il soggetto concedente il servizio. Si tratta però di valutare se, trattandosi di uno schema negoziale a carattere gratuito, che non presuppone alcun onere di tipo economico a carico dell'utente, la responsabilità del "licenziante" per eventi collegati alla fruizione del servizio, possa ritenersi in qualche misura affievolita e quindi, essere valutata con minore rigore. Si pensi al caso in cui l'esecuzione del servizio determini un malfunzionamento del sistema informatico, o una perdita di dati, o contenga un virus in grado di alterare le regolari funzionalità dell'intero sistema informatico o di arrecare danni a terzi, o di ricevere una traduzione non corretta o delle indicazioni stradalmente errate. In tutte queste ipotesi, il soggetto conce-

dente sarebbe tenuto a rispondere dei danni causati dalla fruizione del servizio, allo stesso modo se avesse fornito un prodotto o un servizio in base ad un contratto a titolo oneroso?

Il nostro ordinamento ha già previsto alcune fattispecie negoziali in cui, qualora il contratto sia caratterizzato dalla gratuità, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore; si pensi all'ipotesi del mandato gratuito (art. 1710 c.c.) ed al deposito gratuito (1768, 2° comma c.c.)⁽²¹⁾. Queste indicazioni inducono allora a ritenere che non vi siano ostacoli per poter estendere tale principio a tutti i contratti gratuiti e quindi anche agli schemi negoziali aventi ad oggetto la fruizione dei servizi in questione.

In proposito, comunque, l'utente che sopporta il pagamento di un corrispettivo per ottenere un servizio, ha una fondata e legittima aspettativa che tale servizio abbia in sé tutte le caratteristiche vantate e, pertanto, ogni deviazione dalla sua regolare efficienza, sarà considerata non ammissibile o tollerabile. In altri termini, l'obbligazione del soggetto concedente un servizio a pagamento è di risultato e non di mezzi, anche se poi, nella prassi, occorre distinguere tra servizio standardizzato e la fornitura di servizio personalizzato; nel primo caso, può esistere pur sempre un limitato margine di errore che l'utente è tenuto però ad accettare, mentre, nella seconda ipotesi, il soggetto concessionario ha diritto ad ottenere che il servizio risponda con esatta precisione alle funzionalità promesse.

Viceversa, il fenomeno dei servizi offerti via Internet senza alcun corrispettivo, proprio per effetto dell'assenza di un diretto sacrificio economico dell'utente, determinerebbe un'attenuazione delle forme di responsabilità contrattuale così come concepite nelle consuete licenze a titolo oneroso. Tra le due diverse ipotesi descritte, infatti, non sussisterebbero le medesime condizioni economiche che caratterizzano le due strutture negoziali per richiedere al concedente lo stesso standard di diligenza.

Non sopportando alcun onere patrimoniale, è, infatti, ragionevole e plausibile ritenere che l'utente del servizio sia destinatario di una prestazione che potrebbe anche rivelarsi non essere esatta. In sostanza, l'inesistenza di un carattere economico nella struttura nego-

(21) P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, cit., 101, valutata con minor rigore le responsabilità derivanti da prestazioni effettuate a titolo di mera cortesia, giustificata in relazione all'esigenza di non scoraggiare simili atti.

ziale della licenza ingenera la giustificata probabilità non solo che il bene non posseda tutte le caratteristiche funzionali descritte, ma che tali difformità possano eventualmente anche produrre dei danni (22). Ciò allora dovrebbe indurre l'utente ad innalzare il livello di attenzione nella fruizione di tale servizio e, nel contempo, ad abbassare le proprie pretese con riguardo alla sua esatta funzionalità. Questo si spiega perché non sembra ravvisabile in capo al fruitore dei servizi in questione un diritto soggettivo ad ottenere una prestazione esatta o perfetta e dunque con tutte le funzionalità descritte.

Ciò non toglie, tuttavia, che, in questi casi, il soggetto concedente non possa incorrere in forme di responsabilità nei confronti dell'utente dei servizi di cui trattasi. L'utente, infatti, avrà pur sempre riposto un ragionevole affidamento sulle effettive capacità del servizio fruito ed un eventuale vizio di quest'ultimo arrecante un danno dovrebbe esulare dalle previsioni formulate; e la lesione, che incide in modo pregiudizievole su di una situazione giuridica patrimoniale, dovrà essere in qualche misura riparata. Si potrebbe, anche in questa ipotesi, parlare di una "responsabilità da affidamento", rappresentata appunto da una lesione dell'affidamento (incolpevole) che l'utente ha riposto nel servizio (23). Naturalmente, esulano da tali rilievi, le ipotesi in cui il soggetto concedente il servizio non abbia agito in buona fede e cioè abbia deliberatamente prodotto il risultato dannoso con dolo.

(22) Il carattere della gratuità su cui si fonda il negozio renderebbe inapplicabile allo schema delle licenze in questione la disciplina contenuta negli artt. 1519-*bis* e ss. del c.c.. La norma citata è infatti incentrata sulla vendita e sugli altri contratti di scambio, quali la permuta, la somministrazione, l'appalto ed il contratto d'opera e comunque finalizzati alla fornitura del bene, in cui il costante meccanismo della corresponsività tra le prestazioni giustifica la particolare disciplina sulle garanzie.

(23) Il termine è usato da F.D. BUSNELLI, *Lineari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito*: la responsabilità da inesatte informazioni, cit., 539, il quale valuta con minore rigore la responsabilità per colpa con riferimento alle informazioni prestate a titolo di mera cortesia. Sulla responsabilità da informazione inesatta, cfr. anche V. ZENO-ZENOVICH, *Il danno da notizia inesatta non diffamatoria*, cit., 73 e C. GALLAVOTTI, *Una nuova frontiera del danno ingiusto: lesione del c.d. diritto d'impresa e responsabilità da informazioni inesatte*, cit., 874.

LE ASTE TELEMATICHE

LE FONTI

1) NORMATIVA

a) Nazionale

D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 114; Circolare del 1° giugno 2000 n. 3487/C del Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato; Circolare del 17 giugno 2002 n. 3547/C del Ministero delle Attività Produttive; D.Lgs. n. 70 del 9 aprile 2003; D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206.

b) Europea

Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000; Direttiva Europea 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011; Comunicazione sull'e-commerce, gennaio 2012.

II) GIURISPRUDENZA

a) *Nazionale*: Corte di Cassazione, Sez. II, 10 ottobre 2005, n. 19668, Tribunale Messina, 7 luglio 2010.

Tedesca: Tribunale Supremo federale tedesco. Sentenza del 3 novembre 2004.

Francesca: Sent. Tribunal d'instance de Grenoble del 1 febbraio 2007, Sent. Cour d'Appel de Paris del 3 settembre 2010 *eBay vs LVMH*.

b) *Comunitaria*: sentenza del 12 luglio 2011, n. 324, della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza del 23 marzo 2010 nel caso Google

(*) Avvocato in Roma.