

Pieremilio Sammarco

**LE CLAUSOLE CONTRATTUALI DI
ESONERO E TRASFERIMENTO DELLA
RESPONSABILITÀ INSERITE NEI TERMINI
D'USO DEI SERVIZI DEL *WEB 2.0***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

PIEREMILIO SAMMARCO

LE CLAUSOLE CONTRATTUALI DI ESONERO E TRASFERIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ INSERITE NEI TERMINI D'USO DEI SERVIZI DEL *WEB 2.0*.

SOMMARIO: 1. Il *web 2.0*. — 2. I termini d'uso dei servizi. — 3. La qualificazione giuridica di tali rapporti. — 4. La valutazione sulla legittimità delle clausole contenute nei termini d'uso. — 5. Indicazioni sulla quantificazione dei danni da inadempimento in favore dell'utente. — 6. Brevi cenni sull'imputazione della responsabilità extracontrattuale alla luce del D.Lgs. 70/2003.

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%; non si dispone ancora dei dati per il 2010, ma si prevede che tale percentuale sia destinata ad arrivare ad almeno il 40%; già, comunque, è noto che in un test campione effettuato in USA nella settimana che va dal 28 marzo al 4 aprile 2010, il 59,83% del tempo di navigazione da apparecchiatura mobile è dedicato alle attività dentro *social network*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.

* Relazione presentata all'incontro di studi dal titolo « *Il futuro della responsabilità sulla Rete* » tenutosi il 21 maggio 2010, organizzato dall'Università degli studi di Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei. La sentenza Trib. Milano 12 aprile 2010 è pubblicata in questa *Rivista*, 2010, p. 474.

¹ Fonte *Ground Truth*, azienda statunitense di misurazioni statistiche. La ricerca si è basata su di un campione di oltre tre milioni di utenti.

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*.

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 diseguaglianza 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 constatare 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, tuttavia, realizzano questa costruzione dentro perimetri già preventivamente definiti dai maggiori operatori della rete, che mettono a disposizione le loro piattaforme capaci di ospitare e contenere gli eterogenei messaggi informativi immessi dagli stessi utenti. All'interno di questi confini, la rete si infittisce continuamente di contenuti informativi per effetto della presenza attiva degli utenti, che, aderendo ai termini di servizio predisposti dai maggiori protagonisti della rete, possono compiere le attività desiderate. In definitiva, gli utenti, per poter operare all'interno di questi *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 che regolamentano tali attività.

Si può affermare, dunque, che la rete cresce e si trasforma sotto l'egida ed il controllo formale dei grandi operatori di Internet, i quali sono in grado di dirigere e sovrintendere l'eterogeneo flusso informativo attraverso la predisposizione di regole e 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 adottano dei modelli di termini di uso per i servizi offerti che contengono delle clausole generali sostanzialmente simili tra loro e che differiscono solamente per 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 dei tre servizi maggiormente utilizzati su Internet e cioè: il motore di ricerca, il sito di *social network* e il sito 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 e *news*.

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.

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 a « riprodurre, adattare, modificare, pubblicare, eseguire in pubblico, visualizzare in pubblico e distribuire » qualunque contenuto informativo trasmesso, inviato o visualizzato dall'utente tramite i servizi offerti. Tale licenza concessa dall'utente comprende anche la facoltà per il gestore del servizio di cedere, trasferire a terzi o modificare i contenuti informativi.

È indicato, inoltre, che nessuna garanzia è prestata dal fornitore del servizio in favore dell'utente. I servizi, per quanto attiene 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 espressa 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.

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. Giurisdizione e legge applicabile sono del Regno Unito.

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 del sito *web*, 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.

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 responsabile 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 privativa 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 continuativo, 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 è inglese così come la legge applicabile in caso di controversie.

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 indirizzano 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)³.

³ 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*, in AIDA, Milano, 2004, 234.

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 sociale⁴.

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 parti⁵.

L'assenza di un corrispettivo esplicito per la prestazione dei servizi in favore dell'utente fa sì che non sia ravvisabile un sinalagma 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 bilaterali⁶.

⁴ Come osserva V. MANGINI, *La licenza di brevetto*, Padova, 1970, 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.

⁵ 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, sia pure con un adeguato giudizio di compatibilità che deve tenere conto della particolare natura del bene oggetto del contratto.

⁶ Come osserva F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 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 legge n. 975 del 18 dicembre 1984, a cui è subentrata la riforma con il Regolamento Roma I (Regolamento CE n. 593/2008).

Ci si trova di fronte ad un negozio gratuito atipico, in quanto arreca 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 donazione⁷.

D'altronde, l'autonomia contrattuale riconosciuta dall'art. 1322 cod. civ. 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 diretti⁸.

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 perseguiti⁹. 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.

In questo senso, nei negozi atipici a titolo gratuito, gli interessi sono da considerarsi meritevoli di tutela quando sono di natura

⁷ 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. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, in *Trattato dir. priv. it.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 619 ed anche in parte C. MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contratto e impr.*, 1989, 944) affermano che non sia possibile equiparare il termine vantaggio patrimoniale con quello di arricchimento, proprio della donazione. Mancherebbero, inoltre, nello schema in esame, il depauperamento economico o lo spoglio da parte del soggetto disponente il servizio, il quale, invece, continua pur sempre a mantenere un potere diretto ed una titolarità immutata su di esso. D'altronde, come precisa, B. BIONDI, *Sull'indole dell'omaggio premio*, in *Foro pad.*, 1962, 137, lo spirito di liberalità è diretto « verso la persona che si vuole arricchire. Donatario non può essere un quivis

e populo, 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 ».

⁸ Sul punto, si consideri anche l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con sentenza del 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2895, 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 cod. civ. » (con nota di F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*); ed anche Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, 1836.

⁹ Già G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, I, 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.

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 sopporta 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 economici¹⁰.

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 causa¹¹.

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 perseguito¹².

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 servizi¹³.

¹⁰ 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.

¹¹ In tal senso, Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, 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-negoziato donativo e, di conseguenza, ad

escludere o ridimensionare in modo drastico la sfera di operatività di fattispecie gratuite non codificate ed anche in *Corriere giur.*, 1993, 174, con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*.

¹² Peraltro, come acutamente osserva N. IRTI, in *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 187, « il concetto giuridico di mercato respinge all'esterno gli atti di liberalità, o più in generale, gli atti a titolo gratuito destinati a procurare un vantaggio senza equivalente ».

¹³ In tal senso, cfr. F. CARINGELLA, in *Alla ricerca della causa nei contratti gra-*

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 rapporto¹⁴. 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.

Non è difficile individuare l'interesse patrimoniale o vantaggio economico che il fornitore dei servizi consegue nel rilasciare a terzi, in assenza di corrispettivo, le ampie facoltà di utilizzo. Il fatto che questi soggetti che offrono al pubblico questi particolari servizi siano ora colossi mondiali con capacità patrimoniali enormi, rende superfluo soffermarsi su questo aspetto.

4. 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 corrispettività 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.

tuiti atipici, in *Foro it.*, 1993, I, 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.

¹⁴ 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 « mancia »*, in *Pol. dir.*, 1998, 535, 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.

Tuttavia, la nuova formulazione di prodotto contenuta nell'art. 3 del 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 nell'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 cod. civ. per il difetto di specifica approvazione per iscritto.

Pertanto, non va dimenticato che una clausola che esoneri il fornitore dei servizi da ogni tipo di responsabilità derivante dalla fruizione dei servizi, trasferendola esclusivamente sull'utente, stride anche con il disposto contenuto nell'art. 1229 cod. civ. e, pertanto, non potrà ritenersi efficace.

5. INDICAZIONI SULLA QUANTIFICAZIONE DEI DANNI DA INADEMPIMENTO IN FAVORE DELL'UTENTE.

Appurato che la responsabilità in capo al fornitore dei servizi non può ritenersi esclusa, si tratta ora 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 contrattuale del « licenziante » per eventi collegati alla

fruizione dei servizi, possa ritenersi in qualche misura affievolita e, quindi, essere valutata con minore rigore. Si pensi al caso in cui il servizio fruito provochi un malfunzionamento del sistema informatico dell'utente, 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. In tutte queste ipotesi, il soggetto fornitore del servizio sarebbe tenuto a rispondere dei danni causati come se avesse fornito un bene 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 cod. civ.), al deposito gratuito (1768, 2° comma, cod. civ.) ed al trasporto gratuito (1681, 3° comma, cod. civ.)¹⁵. La responsabilità derivante da prestazioni effettuate a titolo di mera cortesia è valutata con minor rigore in relazione all'esigenza di non scoraggiare simili atti.

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 concessione di servizi.

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.

Viceversa, con questi nuovi modelli di licenza, proprio per effetto dell'assenza di un diretto sacrificio economico dell'utente a fronte della fruizione del servizio, 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 soggetto concedente lo stesso standard di diligenza.

Non sopportando alcun onere patrimoniale, è, infatti, ragionevole e plausibile ritenere che l'utente sia destinatario di una prestazione che potrebbe anche rivelarsi non essere esatta. In sostanza, l'inesistenza di un carattere economico nella struttura negoziale della licenza ingenera la giustificata probabilità non solo che il servizio non possenga tutte le caratteristiche funzionali de-

¹⁵ Sul tema, AA.VV., *I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo-S. Mazzaresse,

in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2008.

scritte, ma anche, in astratto, che tali difformità possano eventualmente anche produrre dei danni.

Ciò allora dovrebbe indurre l'utente ad innalzare il livello di attenzione nell'utilizzo di questi servizi e, nel contempo, ad abbassare le proprie pretese con riguardo alla loro esatta funzionalità. Questo si spiega perché non sembra ravvisabile in capo al fruitore un diritto soggettivo ad ottenere una perfetta e completa funzionalità del servizio.

Ciò non toglie, tuttavia, che, in questi casi, il soggetto concedente non possa incorrere in forme di responsabilità nei confronti dell'utente. L'utente, infatti, avrà pur sempre riposto un ragionevole affidamento sulle effettive capacità del servizio 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 servizio¹⁶. 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.

6. BREVI CENNI SULL'IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE ALLA LUCE DEL D.LGS. 70/2003.

I termini di uso esaminati, come osservato, stabiliscono esenzioni di responsabilità per l'intermediario trasferendola unicamente all'utente. La base su cui poggia tale impostazione è l'auto-attribuzione da parte del *provider* del ruolo di *hoster* puro, cioè neutrale rispetto ai contenuti informativi ospitati e veicolati e dunque, in base alle disposizioni del D.Lgs. 70/2003, non obbligato *ex lege* a controllare la liceità di tali contenuti.

Tuttavia, analizzando con maggiore precisione i termini di uso che caratterizzano gli schemi negoziali in questione, questa presunta estraneità del fornitore del servizio non è così solida e ferma, dal momento che:

a) il *provider* ha la facoltà di interrompere o disabilitare il servizio nei confronti di singoli utenti;

¹⁶ Sulla « responsabilità da affidamento », cfr. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella « terra di nessuno tra contratto e fatto illecito »: la responsabilità da inesatte informazioni*, in *Contratto e impr.*, 1991, 539, il quale valuta con minore rigore la responsa-

bilità per colpa con riferimento alle informazioni prestate a titolo di mera cortesia. Sulla responsabilità da informazione inesatta, cfr. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno da notizia inesatta non diffamatoria*, in questa *Rivista*, 1992, 73.

b) vi è una *copyright policy* (segnatamente per il servizio di caricamento e fruizione di contenuti audiovisivi) diretta a tutelare i titolari dei diritti d'autore per eliminare i contenuti informativi lesivi, anche mediante un *software* di verifica dei contenuti immessi;

c) il *provider* ha la facoltà di decidere se i contributi informativi immessi dagli utenti siano conformi ai termini di uso; si pensi, ad esempio, a quei contributi informativi di carattere pedopornografico o di incitamento all'odio razziale che, se inseriti, vengono rimossi dal fornitore dopo poco tempo.

Queste circostanze allora portano a ritenere che vi sia una presunzione di una conoscenza effettiva che rende difficile considerare l'estraneità del fornitore di servizi, sia sotto il profilo tecnico che contrattuale, rispetto ai contenuti informativi gestiti.

Ed è proprio per questi profili che la giurisprudenza si sta orientando nell'affermazione di una responsabilità dei *provider* (soprattutto nel caso di diffusione di opere protette dal diritto d'autore, cfr. caso giudiziario avente ad oggetto spezzoni del Grande Fratello¹⁷ e *Pirate Bay*¹⁸), sul presupposto del loro ruolo di *hoster* attivo. In questi termini, viene definito *host provider* chi non svolge sulla rete una mera attività di intermediazione che si concreta nella sola messa a disposizione degli utenti di un protocollo di comunicazione o di uno spazio ove si possano caricare dati, contenuti e informazioni, ma che invece compia qualcosa di più, e, ad esempio, fornisca servizi aggiuntivi di memorizzazione e diffusione e, soprattutto, di indicizzazione, presentazione, supervisione, gestione degli stessi, anche al fine di un loro sfruttamento commerciale. E proprio questo *quid pluris* di attività escluderebbe per il *provider* l'esenzione da responsabilità di tipo extra-contrattuale.

¹⁷ Tribunale di Roma, ordinanza del 15 dicembre 2009, in questa *Rivista*, 2009, 521.

¹⁸ Corte di Cassazione, sez. III pen., sentenza del 23 dicembre 2009 n. 49437.