

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 11 - dicembre 2014

## IL CONTRATTO DI ARCHIVIAZIONE E GESTIONE DA REMOTO DEI DOCUMENTI INFORMATICI

Davide Mula

## IL CONTRATTO DI ARCHIVIAZIONE E GESTIONE DA REMOTO DEI DOCUMENTI INFORMATICI

**Davide Mula**

*Assegnista di ricerca dell'Università Europea di Roma. Dottore di ricerca in Pubblico e Privato nel diritto dell'impresa, presso l'Università "Parthenope" di Napoli - Università Europea di Roma. Coordinatore del Comitato di Redazione della rivista Diritto Mercato Tecnologia.*

*Il presente articolo si incentra sulla qualificazione del contratto di archiviazione e gestione da remoto di documenti informatici, prendendo le mosse dalla forma di servizio attualmente più conosciuta denominata «cloud computing» o più semplicemente cloud. Premessa, dunque, una compiuta analisi dei servizi di cloud computing anche attraverso una classificazione degli stessi, si passa alla disamina degli elementi del contratto indispensabile per addivenirne alla qualificazione giuridica. La ricerca, partendo dalla ricostruzione dottrinarica della categoria della somministrazione di servizi, vuole dimostrare la fondatezza della qualificazione giuridica di questo contratto come somministrazione di servizi, dalla quale discende la possibilità di delineare un quadro normativo differente da quello attualmente ricavabile dalla qualificazione dello stesso come appalto di servizi ed in grado di delineare una cornice di riferimento nell'ambito della quale le parti siano messe in condizione di meglio conoscere i diritti e i doveri cui si vincolano e, quindi, di porre maggiore fiducia nel ricorso a questa tecnologia con le ovvie conseguenze in termini di beneficio per lo sviluppo del mercato.*

*This article focuses on the qualification of the contract of storage and remote management of electronic documents, taking its cue from the best known form of service currently called "cloud computing" or simply cloud. Premise, therefore, a thorough analysis of cloud computing services through a classification of the same, the search goes to the examination of the essential elements of the contract in order to qualify himself. The research, starting with the reconstruction of doctrinal category of administration services, wants to prove the validity of the legal definition of this contract as administration services, the precursor to the possibility of defining a regulatory framework different from the one currently obtainable from the same qualification as contract services and able to outline a framework within which the parties are enabled to better understand the rights and obligations which*

*are binding and, therefore, to place greater confidence in the use of this technology with the obvious consequences in terms of benefit to the development of the market.*

Sommario:

1. Il sistema di archiviazione e gestione dei documenti informatici da remoto: i servizi di *cloud computing*
2. Il contratto di servizi di *cloud computing*
  - 2.1. Elementi essenziali del contratto di servizi *cloud computing*
3. Qualificazione giuridica del contratto di servizi *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi
4. Le norme applicabili al contratto di servizi *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi
  - 4.1. Elementi costitutivi
  - 4.2. Esecuzione del contratto
  - 4.3. Estinzione del contratto
5. Qualificazione soggettiva del contratto di servizi *cloud computing*

## 1. I sistemi di archiviazione e gestione dei documenti informatici da remoto: i servizi di *cloud computing*

La telematica e lo sviluppo degli apparecchi informatici, in particolare dei cd. terminali mobili quali *netbook*, *tablet* e *smartphone*, caratterizzati da dimensioni ridotte, grande capacità di connessione alla rete, ma limitato supporto di memorizzazione, ha portato gli utenti - dapprima prevalentemente per ragioni professionali e, in un secondo momento, anche per ragioni personali - ad impiegare nella gestione dei dati da loro elaborati sistemi telematici che consentano l'archiviazione e l'elaborazione degli stessi da remoto, ovvero in modo delocalizzato attraverso internet.

Tale sviluppo tecnologico ha portato all'avvento sul mercato di servizi di gestione e archiviazione da remoto dei documenti informatici<sup>1</sup>. Con questa espressione si fa riferimento al sistema per l'abilitazione delocalizzata e *on-demand* di accesso ad un sistema condiviso di risorse di calcolo (ad esempio reti, *server*, memorie di archiviazione cd. *storage*, applicazioni e servizi) attraverso il quale è possibile condividere rapidamente dati e funzioni<sup>2</sup>.

La forma attualmente più conosciuta di archiviazione e gestione da remoto di dati informatici prende il nome di "*cloud computing*" o più semplicemente *cloud*, in italiano nuvola, in quanto il simbolo di una nube è, generalmente, impiegato nei diagrammi tecnici per rappresentare graficamente le connessioni telematiche tra più elaboratori.

---

<sup>1</sup> La definizione normativa attualmente vigente di documento informatico, contemplata all'art. 1, lett. p), del CAD, riprende quanto già sancito nei precedenti testi legislativi del 1997 qualificandolo come rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti. Tale definizione è stata ripresa e meglio delineata dall'intervento legislativo di cui al d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, che ha profondamente modificato il CAD ampliandone l'ambito di operatività attraverso l'introduzione delle definizioni di copie di documento informatico (art. 1, c. 1, lett. i-bis ss.), di documento analogico (art. 1, c.1, lett. p-bis), e di copia analogica di documento informatico (art. 23).

<sup>2</sup> Sul punto si veda, altresì: National Institute of Standard and Technology, U.S. Department of Commerce, *The NIST Definition of Cloud Computing*, 2011, consultabile al link <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>, 6, ove si legge che «*Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction. This cloud model is composed of five essential characteristics, three service models, and four deployment models*».

Allo stato attuale non è ancora disponibile una definizione normativa di questo nuovo sistema di fruizione delle tecnologie informatiche<sup>3</sup>, sebbene in taluni testi il legislatore ne abbia fatto espressa menzione<sup>4</sup>.

Una definizione normativa di *cloud computing* non è rinvenibile neanche nell'ordinamento europeo, per quanto nel parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE) del gennaio 2012<sup>5</sup>, siano state messe in evidenza le caratteristiche tecniche principali che connotano questo nuovo sistema di gestione documentale:

- Dematerializzazione: consiste nel rendere la configurazione, la localizzazione e la manutenzione delle risorse informatiche il meno visibile possibile agli utenti, siano essi privati o imprese.

- Facilità di accesso: disponendo di un accesso Internet, gli utenti possono accedere ai loro dati e alle loro applicazioni da qualsiasi luogo e con qualsiasi dispositivo (PC, *tablet* o *smartphone*).

- Allocazione dinamica delle risorse o scalabilità della tecnologia: il *provider* adegua, in tempo reale, la capacità informatica fornita in funzione delle esigenze dell'utente. Quest'ultimo può così far fronte ai suoi picchi di carico senza dover investire in risorse informatiche sottoutilizzate tra un piccolo e l'altro.

- Condivisione: il *provider* può fornire l'allocazione dinamica grazie alla condivisione delle risorse informatiche tra più utenti. In questo modo

---

<sup>3</sup> Nel Codice dell'Amministrazione Digitale il legislatore si è occupato unicamente di indicare i requisiti tecnici che gli archivi informatici, anche in rete, devono rispettare al fine di rispondere alle prescrizioni normative, senza tuttavia occuparsi di qualificare giuridicamente i rapporti contrattuali che si instaurano tra le parti, neanche nell'ipotesi in cui una di esse sia un soggetto di diritto pubblico.

<sup>4</sup> In particolare nel d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo, convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, all'art. 47 viene menzionato il *cloud computing* come strumento per le attività e i servizi delle pubbliche amministrazioni da implementarsi nell'ambito dell'Agenda Digitale italiana. Viene menzionato il *cloud computing*, altresì, nell'art. 68, comma 1, lett. d), del Codice dell'Amministrazione Digitale - modificato dall'art. 9-bis, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n.179, convertito in legge con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 -, nel quale si dispone che «*Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato: [...] d) software fruibile in modalità cloud computing [...]*».

<sup>5</sup> Comitato economico e sociale europeo, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Il cloud computing in Europa»* (parere di iniziativa), pubblicato in G.U.U.E. del 28 gennaio 2012.

può raggiungere una maggiore e migliore condivisione dei megaparchi formati da diverse migliaia di *server*.

- Pagamento in base all'utilizzo: l'utente paga soltanto l'utilizzo reale delle risorse informatiche, in base all'evoluzione delle sue esigenze in termini di capacità informatica. Spesso le modalità contrattuali sono ancora ad hoc, ma tendono ormai a standardizzarsi.

In sintesi, il *cloud computing* può essere definito come quella tecnologia che, ricorrendo all'uso di una struttura informatica centralizzata altamente scalabile e collegata alla rete, consente a più utenti di fruire di servizi gestiti da una combinazione di *software* e connessioni telematiche che permettono di accedere ai propri documenti, non più necessariamente memorizzati in memorie fisiche di loro pertinenza, pagando un canone commisurato all'effettivo utilizzo che viene effettuato dei servizi<sup>6</sup>.

Il servizio di gestione dei dati da remoto ricomprende la fornitura, sempre attraverso internet, di un servizio che consente all'utente, oltre alla mera archiviazione, di modificare i *file* salvati attraverso *software* che vengono impiegati per via telematica<sup>7</sup>.

I servizi di *cloud computing* vengono generalmente così suddivisi:

a) *Software as a Service (SaaS)* - *software* come servizio: il servizio fornito consiste nella messa a disposizione dell'utente di applicazioni da parte del *provider*, che ne garantisce l'esecuzione in via telematica attraverso un'infrastruttura *hardware* ed una piattaforma *software* predisposte *ad hoc*. Le applicazioni sono accessibili da vari dispositivi attraverso *browser*<sup>8</sup> o *software* dedicati forniti dai provider stessi. È il servizio più completo, attraverso il quale l'utente può gestire i dati e scegliere quali applicazioni utilizzare tra quelle offerte sulla piattaforma predisposta.

---

<sup>6</sup> Questa definizione si presta ad essere slegata dal termine *cloud*, cioè al fine di consentire alla stessa ed al quadro normativo che verrà delineato, tanto in via interpretativa, anche in questa sede, quanto, eventualmente, dal futuro intervento del legislatore, avendo l'attitudine di adattarsi anche a futuri sviluppi della tecnologia attualmente utilizzata che potrebbero avere differenti denominazioni.

<sup>7</sup> Nell'architettura di un elaboratore tradizionale ogni programma viene installato dall'utente che ne ha acquistato il diritto ad usarlo, ogni volta che l'utente avvia il programma, questo funziona attraverso l'*hardware* dell'elaboratore. Nella gestione da remoto dei dati, invece, il *provider* mette a disposizione dell'utente dei programmi che sono installati solo ed esclusivamente sui *server* del provider stesso.

<sup>8</sup> I *browser* sono programmi multifunzionali, in grado di accedere in modo trasparente sia ai *server web* sia ad altre risorse, di mostrare i messaggi dei *newsgroup*, di gestire la posta elettronica; le versioni più recenti possono anche ricevere automaticamente canali informativi attraverso il meccanismo dell'*information push*. Un *browser* può, dunque, integrare fra loro le principali funzionalità e risorse messe a disposizione da Internet. Così in GAMBINO - STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, cit., 6.

b) *Platform as a Service (PaaS)* - piattaforma come servizio: il servizio consiste nella fornitura di un accesso ad una piattaforma *software* ove l'utente seleziona quali applicazioni installare, in ragione delle limitazioni specifiche di configurazione definite dal *provider*.

c) *Infrastructure as a Service (IaaS)* - infrastruttura come servizio: il *provider* mette a disposizione dell'utente solo l'infrastruttura, ossia la struttura *hardware* composta da *server*, punti di snodo e così via, mentre la piattaforma e le diverse applicazioni da installarvi sono definite e gestite direttamente dall'utente o da un soggetto terzo.

Dalla classificazione appena proposta risulta evidente come tanto più il servizio offerto dal *provider* è completo, vedasi i servizi *SaaS*, tanto minore è la possibilità per l'utente di incidere sul funzionamento del sistema stesso, mentre nei servizi base, ad esempio i servizi *IaaS*, il *provider* si limita a fornire l'accesso ad un'infrastruttura informatica della quale cura l'adeguatezza e la manutenzione, ma la cui operabilità è rimessa all'attività svolta dall'utente. Tale considerazione, che verrà ripresa più avanti, incide, ovviamente, sul livello di diligenza richiesta al fornitore nell'esecuzione del contratto<sup>9</sup>.

## 2. Il contratto di servizi di *cloud computing*

Il contratto di *cloud computing* è un rapporto giuridico in forza del quale un soggetto, detto fornitore o *provider*, offre ad un altro, detto utente, un ser-

---

<sup>9</sup> Un'ulteriore classificazione dei servizi viene delineata dalla dottrina d'oltreoceano in relazione alla proprietà dell'infrastruttura *hardware* e della piattaforma *software* ed alle condizioni di accessibilità a terzi delle stesse. Secondo tale parametro si distingue tra il cd. *private cloud* - dove l'infrastruttura, la piattaforma e le applicazioni sono di proprietà esclusiva di uno o più soggetti che le mettono a disposizione di soggetti predefiniti, ad esempio una società che rende accessibile il servizio ai dipendenti per sole esigenze di lavoro -, il *community cloud* - che si caratterizza per la condivisione tra più soggetti, i quali sono al contempo proprietari della stessa, accomunati da uno scopo o un attività che rende conveniente e opportuna la condivisione dell'infrastruttura -. Ancora, sempre secondo la titolarità dell'infrastruttura, è possibile distinguere tra il *public cloud*, dove l'infrastruttura è di proprietà di un solo soggetto, ma l'accesso è consentito, di norma dietro corrispettivo, a diversi utenti privi di collegamento tra loro, questo è il caso dei grandi *provider* che offrono il servizio anche ai privati, e l'*hybrid cloud*, che si caratterizza per la commistione di due o più tipologie di *cloud* appena menzionate. Anche con riferimento alla classificazione su base proprietaria appena proposta si sottolinea come l'impiego del termine *cloud* non paia incidere sulla riproposizione delle medesime osservazioni a nuove tecnologie con diversa denominazione.

vizio, a cui accedere mediante connessione telematica, attraverso il quale può archiviare e gestire i propri dati e documenti da remoto.

Dal punto di vista giuridico questa nuova tecnologia rileva per le modalità del suo impiego, che passano da un tradizionale modello proprietario, ad un nuovo schema che si fonda sull'erogazione di un servizio, come indicato anche dalla locuzione «*as a service*», letteralmente «come un servizio», presente nella denominazione delle varie tipologie di *cloud computing*.<sup>10</sup>

La tecnologia *cloud* viene fruita attraverso meccanismi incentrati sull'accesso, secondo una modalità già da anni individuata nella letteratura economica, che a tal riguardo ha parlato di «cultura dell'accesso»<sup>11</sup>.

In assenza di un quadro regolatorio che definisca in modo compiuto gli obblighi che le parti reciprocamente assumono attraverso i rapporti di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici, il contratto rappresenta attualmente lo strumento principale per definire e regolare le modalità con cui i servizi devono essere resi<sup>12</sup>.

Dal punto di vista strutturale, i contratti in esame sono solitamente composti di quattro distinti documenti di cui uno contenente le condizioni gene-

---

<sup>10</sup> Tradizionalmente, infatti, un soggetto che intende adoperare una determinata tecnologia deve acquisirne la proprietà, o comunque il diritto di usarla secondo vari schemi contrattuali che possono consistere, a mero titolo esemplificativo, in contratti di locazione o di *leasing* aventi ad oggetto sistemi informatici, in licenze d'uso di *software*, a titolo oneroso o gratuito. Il nuovo modello della gestione da remoto dei documenti informatici, invece, si fonda sull'accesso ad uno o più servizi informatici messi a disposizione da parte di terzi fornitori, di tal che l'utente, sia esso persona fisica o giuridica, non ha più una relazione diretta con il sistema informatico, essendo questa mediata dal collegamento telematico. Il fornitore, dunque, mette a disposizione dell'utente una macchina collegata alla rete, garantendone il funzionamento e la conformità agli standard contrattuali pattuiti, al quale l'utente accede per soddisfare le proprie necessità.

<sup>11</sup> Secondo questo nuovo approccio culturale il passaggio dal regime di proprietà - fondato sul concetto della cessione della titolarità dei beni - al regime di accesso - basato sulla garanzia della disponibilità temporanea di beni o servizi (controllati per lo più da reti di fornitori) - muta radicalmente la nozione stessa di potere economico. Si veda RIFKIN, *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*, New York, 2000 (edizione originale) - *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000 (edizione italiana). Sul mutamento dell'approccio giuridico derivante dalla cultura economica dell'accesso si veda STAZI, "Marketplace of ideas" e "accesso pluralistico" tra petizioni di principio e *ius positum*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 635 ss.

<sup>12</sup> Deve sottolinearsi come la prassi contrattuale in materia abbia confermato l'inquadramento fin qui proposto circa la natura di servizio delle prestazioni cui il fornitore si obbliga. Sul punto di veda in particolare l'analisi svolta nel 2010 da due ricercatori della Queen Mary University of London, School of Law: BRADSHAW-MILLARD-WALDEN, *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2011, 187.



rali del servizio, uno recante i livelli qualitativi del servizio (o *Service Level Agreement* - abbreviato frequentemente in SLA), uno inerente gli obblighi comportamentali che le parti assumono ed uno inerente le modalità di trattamento dei dati personali. L'ambito disciplinato dai documenti non ha una delimitazione tassativa, anzi in senso opposto deve registrarsi una frequente sovrapposizione degli aspetti trattati.<sup>13</sup>

Nel primo documento, di solito indicato con la sigla «ToS» - acronimo di «*Terms of Service*» - o con «CGC» - acronimo di «Condizioni Generali di Contratto» -, vengono di norma definiti gli aspetti generali del contratto, quali durata, corrispettivo, modalità di erogazione, ipotesi di risoluzione e di recesso<sup>14</sup>.

Il secondo documento, indicato, anche nella prassi contrattualistica italiana, con la sigla «SLA» - acronimo di «*Service Level Agreement*» -, regola, in modo analitico, i livelli qualitativi e quantitativi del servizio erogato, che il fornitore si impegna a mantenere ed in relazione ai quali l'utente si obbliga a pagare il corrispettivo.

Nel terzo documento, denominato con la sigla «AUP» - acronimo di «*Acceptable Use Policy*» -, sono regolati gli usi consentiti dell'infrastruttura *hardware* e *software* messa a disposizione dell'utente, o, *rectius*, tutte le ipotesi in cui la mancata ottemperanza agli obblighi prescritti legittima l'immediata sospensione o interruzione del servizio.

---

<sup>13</sup> I documenti richiamati che compongono il contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici raramente sono negoziati tra le parti, ascrivendosi prevalentemente al fenomeno dei rapporti conclusi mediante moduli o formulari *ex art.* 1342 c.c. Tale osservazione comporta che, oltre a quanto appena osservato in tema di limitazioni di responsabilità, ai sensi del secondo comma dell'art. 1341c.c., non hanno effetto, se non specificatamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore del *cloud provider* limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'utente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

<sup>14</sup> Deve sottolinearsi come essendo questi contratti facilmente soggetti ad essere conclusi tra parti con nazionalità differenti è in questo primo documento che esse si accordano sulla legge applicabile e sul foro competente. Tale legge è, in molti casi, quella dello Stato in cui il fornitore ha sede, anche se nella prospettiva di infondere maggiore fiducia negli utenti non sono rari gli esempi di *provider*, specie in ambito intracomunitario, che applicano la disciplina dello Stato dell'utente. Ciò anche in ragione dei limiti posti dalle norme di diritto internazionale privato e comunitario, con riguardo all'ammissibilità di tali pattuizioni di deroga, specie in merito alla rilevanza di specifiche disposizioni nazionali destinate ad imporsi comunque per ragioni di ordine pubblico internazionale o in quanto ritenute di applicazione necessaria. Cfr. MANTELETO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1221.

L'ultimo documento è rappresentato dalla *Privacy Policy*, ossia dalla descrizione delle modalità con cui il *provider* tratta i dati immagazzinati dell'utente.

Tra i documenti appena richiamati, il SLA è, indubbiamente, quello che, per quanto attiene alla definizione delle caratteristiche del servizio, assume la maggiore rilevanza, contribuendo a definire con precisione l'oggetto del contratto<sup>15</sup> con particolare riferimento ai parametri tecnici, oggettivi e misurabili, relativi all'erogazione del servizio, come, ad esempio, i tempi di *uptime* e *downtime*<sup>16</sup> o il tempo di latenza<sup>17</sup>.

La natura di servizio dell'oggetto del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici comporta diverse problematiche in merito all'esatto adempimento da parte del *provider*. Il concetto di qualità dei servizi rimane, infatti, di non pacifica definizione, in ragione della complessità del concetto di servizio e dalla individuazione di cosa si intende per qualità, potendosi considerare come parametro di riferimento tanto quella definita dal fornitore all'atto dell'erogazione, quanto quella percepita dall'utente finale.

La qualità del servizio cambia a seconda del tipo di servizio che viene erogato: per i servizi di comunicazione elettronica, ad esempio, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha emanato diversi regolamenti in materia di qualità e carte di servizi di telecomunicazioni. In tale contesto preso a riferimento la qualità del servizio si estrinseca nella velocità di trasmissione dei dati per via telematica. Adottando lo stesso schema logico, potrebbe ritenersi che nel contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici la qualità del servizio debba essere ricercata nella velocità di cal-

---

<sup>15</sup> Si segnala sul tema l'attività di studio condotta dal consorzio di ricerca SLA@SOI finanziato dall'Unione Europea nell'ambito del VII Programma Quadro (<http://sla-at-soi.eu/>). Fra i più recenti risultati di tale ricerca si veda BUTLER-LAMBE-NOLAN-THEILMANN-TORELLI-YAHYAPOUR-CHIASERA-PISTORE, *SLAs Empowering Services in the Future Internet*, in DOMINGUE – GALIS – GAVRAS – ZAHARIADIS – LAMBERT – CLEARY – DARAS – KRCO – MÜLLER – LI – SCHAFFERS – LOTZ – ALVAREZ – STILLER – KARNOUSKOS – AVESSTA – NILSSON (a cura di), *The Future Internet Book*, London, 2011; e con specifico riferimento all'impiego delle SLA nei servizi di *cloud computing* si veda WIEDER – BUTLER – THEILMANN – YAHYAPOUR (a cura di), *Service Level Agreements for Cloud Computing*, London, 2011.

<sup>16</sup> Il termine inglese *uptime* - letteralmente tradotto «tempo in attività» - indica l'intervallo di tempo in cui un elaboratore informatico è acceso e correttamente funzionante. Il termine opposto *downtime* - letteralmente tradotto «tempo di inattività» - indica invece il periodo in cui un dato elaboratore non è operativo, ad esempio per guasto o manutenzione.

<sup>17</sup> Il tempo di latenza, o più semplicemente latenza, di un sistema può essere definito come l'intervallo di tempo che intercorre fra il momento in cui arriva l'*input* al sistema ed il momento in cui è disponibile il suo *output*. In altri termini, la latenza è la misura della velocità di risposta di un sistema.

colo delle risorse *hardware* messe a disposizione dell'utente e nella capacità dei *software* di elaborare i documenti<sup>18</sup>. Il SLA costituisce, dunque, un irrinunciabile parametro per determinare la conformità al regolamento della prestazione erogata da parte del *provider*<sup>19</sup>.

Deve osservarsi come tali servizi non sono mai, di fatto, negoziabili, non solo in ipotesi di contratti tra professionista e consumatore, ma anche nei contratti tra imprese. Ciò in quanto, da un lato, la fornitura di un servizio qualitativamente o quantitativamente migliore costituisce uno degli elementi che determina il pagamento di un canone più elevato, ma altresì, dall'altro lato, in quanto i servizi in esame sono forniti *as is*<sup>20</sup>.

Nella prassi deve registrarsi, peraltro, come non sempre gli SLA siano trasparenti nell'indicare i valori di riferimento delle prestazioni, venendo spesso specificati due parametri di cui uno più elevato, che costituisce il livello massimo promesso - spesso costituendo più un obiettivo che il *provider* si prefigge di raggiungere - ed un altro, più basso, che rappresenta la vera qualità promessa del servizio o, in altri termini, il livello di diligenza che gli viene richiesto di osservare nell'esecuzione del contratto e, dunque, la soglia per la configurabilità dell'inadempimento contrattuale da parte del fornitore<sup>21</sup>.

La qualità e quantità del servizio promesso viene spesso mitigata attraverso la previsione di clausole di esonero dalla responsabilità apposte dal *provider* nelle condizioni generali di contratto<sup>22</sup>. Di norma negli SLA ven-

---

<sup>18</sup> Emerge *ictu oculi* come mentre la qualità del servizio *hardware* sia un parametro oggettivamente valutabile, le qualità del servizio *software* non possano essere misurate secondo il medesimo schema giacché incide in modo preponderante la capacità del singolo utente di impiegare il programma.

<sup>19</sup> Sul ruolo delle SLA nei contratti di servizi di *cloud computing* si veda RIZZO, *La responsabilità contrattuale nella gestione dei dati nel cloud computing*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2013, 101 ss.. Più in generale si veda ZALLONE, *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003, 24; FALLETTI, *Il contratto di application services provisioning*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 414.

<sup>20</sup> È stato correttamente osservato come sia preferibile non sottoscrivere contratti con fornitori di servizi che non indicano nelle SLA alcun parametro oggettivo in ordine alla qualità del servizio erogato, forti della posizione contrattuale che detengono. Cfr. WIEDER – BUTLER – THEILMANN - YAHYAPOUR (a cura di), *Service Level Agreements for Cloud Computing*, cit., 38 - 39.

<sup>21</sup> Sulla rilevanza degli SLA si veda lo studio della Commissione Europea dal titolo *Cloud Service Level Agreement Standardisation Guidelines*, pubblicato il 24 giugno 2014, consultabile al link [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-743\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-743_en.pdf).

<sup>22</sup> La qualità e quantità del servizio promesso viene spesso mitigata attraverso la previsione di clausole di esonero dalla responsabilità apposte dal *provider* nelle condizioni generali di contratto. Cfr. BRADSHAW – MILLARD - WALDEN, *Contracts for Clouds*:

gono regolati anche gli indennizzi riconosciuti all'utente in caso di indisponibilità o malfunzionamento del servizio, secondo meccanismi di compensazione in fattura, spesso soggetti ad un importo massimo, ovvero attraverso un'estensione della durata del servizio<sup>23</sup>.

Le obbligazioni assunte dal *provider* nel contratto di somministrazione di servizi *cloud* possono, per quanto appena esposto, riassumersi nei seguenti punti: 1) consentire un accesso scalabile alla propria infrastruttura *hardware*; 2) consentire l'accesso alla propria piattaforma *software* di base; 3) mettere a disposizione i *software* necessari per la creazione, modifica o visualizzazione dei documenti<sup>24</sup>; 4) garantire il buon funzionamento dell'intero sistema informatico; 5) mettere a disposizione e garantire l'accesso riservato ad una porzione di memoria di massa; 6) garantire all'utente la sicurezza dei dati archiviati, prevenendo attacchi informatici e perdite di dati derivanti da malfunzionamenti del sistema o da disastri naturali.

L'obbligo dell'utente attiene, principalmente, al pagamento del canone pattuito per la fruizione del servizio legato alla tipologia ed alla quantità di risorse informatiche messe a disposizione dal fornitore. Ulteriori obblighi dell'utente attengono l'impiego del servizio per fini leciti, il che presuppone il rispetto delle norme vigenti in materia di proprietà intellettuale.

---

*Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, cit., 210.

<sup>23</sup> È stato correttamente osservato come «Si tratta di un modo in cui il *provider* forfeitizza il danno arrecato al cliente che, per parte sua, dovrà valutare previamente se il tipo di indennizzo offerto sia sensato rispetto alla propria attività ed alle prevedibili ricadute negative (in termini di danni diretti ed indiretti) della sospensione del servizio.». Così Rizzo, *La responsabilità contrattuale nella gestione dei dati nel cloud computing*, cit., 102. In taluni contratti negli SLA vengono previamente concordate anche le procedure di verifica dei livelli di servizio e delle prestazioni, prevenire l'insorgere di controversie, cfr. TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001, 25 ss.

<sup>24</sup> I programmi applicativi offerti per la gestione dei documenti possono essere di proprietà del *provider* della piattaforma, in quanto sviluppati dallo stesso, oppure appartenere a soggetti terzi che si avvalgono della sua piattaforma per offrire il proprio servizio. In tale ultima ipotesi, possono delinearsi due distinti schemi negoziali: nell'ipotesi più comune l'utente ha un rapporto contrattuale solo con il fornitore principale, di tal che tra quest'ultimo e il titolare del *software* distribuito si realizza un'ipotesi di subappalto per la gestione dell'intero servizio. In via alternativa, può aversi anche la sottoscrizione di un ulteriore contratto tra l'utente ed il fornitore del singolo programma di tal che il titolare della piattaforma è fornitore tanto dell'utente finale, quanto del fornitore di *software*, ed il suo corretto adempimento, a monte, incide anche sui rapporti che vengono ad instaurarsi tra tali soggetti, a valle.

## 2.1. Elementi essenziali del contratto di servizi di *cloud computing*

La previa descrizione delle caratteristiche principali del contratto di servizi di *cloud computing* consente una più agevole individuazione degli elementi essenziali di tale rapporto<sup>25</sup>.

La causa del contratto di servizi *cloud computing* - secondo la concezione dominante in dottrina e giurisprudenza, che identifica la causa con la ragione pratica del contratto, ossia nell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare<sup>26</sup> - pare potersi rinvenire nell'esigenza di gestire in modo continuativo, delocalizzato, decentralizzato e condiviso documenti informatici<sup>27</sup>.

Così ricostruita la causa del contratto in esame appare indubbiamente lecita in quanto non contraria a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, secondo il dettato dell'art. 1343 c.c., e, per l'effetto, meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. Tale giudizio trova supporto e riscontro nei richiami normativi a questi nuovi servizi, che vengono indicati tra le modalità

---

<sup>25</sup> L'art. 1325 c.c. indica come «requisiti» del contratto l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma, se è prescritta dalla legge a pena di nullità. Tale disposizione è stata, quasi unanimemente, ritenuta superflua in quanto si limiterebbe a definire il contratto, sovrapponendosi alla definizione contenuta nell'art. 1321 c.c. In realtà è stato osservato come nelle intenzioni originarie del legislatore del 1942 le due disposizioni avevano l'intento di soddisfare esigenze differenti: mentre l'art. 1321 descrive la fattispecie contratto e indica gli elementi essenziali della stessa, l'art. 1325 indica quali elementi sono necessari per la validità del contratto. Tuttavia, il metodo seguito dal legislatore nell'elaborazione dell'art. 1325 si espone a numerose critiche. Sul punto si è osservato come l'espressione «requisiti» debba essere intesa come «condizioni di validità» e che un'elencazione più precisa dei requisiti di validità dovrebbe essere: 1) libera formazione del consenso manifestato in sede di conclusione del contratto; 2) oggetto determinato o determinabile, possibile e lecito; 3) causa lecita e meritevole di tutela; 4) osservanza della forma, ove richiesta a pena di nullità; 5) capacità legale dei contraenti; 6) concreta legittimazione a stipulare. Si veda DI MAJO, *La rilevanza del termine come elemento del contenuto dell'atto*, Milano, 1968, *passim*.

<sup>26</sup> La letteratura sul tema è vastissima, per un'ampia ricostruzione delle diverse teorie si veda, tra gli altri: SACCO, *La causa*, in *Trattato di Diritto Privato, Obbligazioni e contratti*, vol. X, RESCIGNO (diretto da), Torino, 1984; ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA - ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 2001.

Con particolare riferimento al rapporto tra causa e tipo si veda FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966.

<sup>27</sup> In questo senso si veda VALENTINO (*La fornitura di servizi informatici*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Informatica*, Napoli, 2011, 236) che osserva, con riferimento ai contratti di fornitura di servizi informatico, in genere, come «l'acquisizione di un sistema informativo complesso è mirato a soddisfare un'esigenza complessiva di ottenere un risultato teso ad analizzare e aggregare e distribuire selettivamente le informazioni alle persone che ne necessitano per prendere determinate decisioni nel tempo e nel luogo utili perché tali decisioni siano prese nel modo più proficuo».

possibili per acquisire programmi informatici «*nel rispetto dei principi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica*»<sup>28</sup>.

Per quanto attiene l'oggetto di tale contratto, desumibile dall'analisi degli schemi contrattuali maggiormente diffusi, questo è individuabile nell'accesso per via telematica e su richiesta ad un insieme condiviso di risorse di calcolo configurabili (ad esempio rete, server, dispositivi di memorizzazione e applicazioni) sotto forma di servizi. Inteso in questo modo l'oggetto del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti può essere ricompreso tra gli obblighi di *dare* in uso o di far godere, caratterizzato dalla continuità della prestazione che il fornitore si impegna ad adempiere.

Elementi caratterizzanti il contratto di *cloud services* sono, infatti, il deposito - non in senso civilistico, ma di archiviazione<sup>29</sup> - di *file* per via telematica negli archivi digitali del fornitore e l'impiego di *software* messi a disposizione da parte del *provider* per la loro gestione o modifica.

Con riferimento alla determinatezza o determinabilità dell'oggetto deve sottolinearsi come le parti al momento della conclusione del contratto siano solite non indicare la quantità della prestazione che il fornitore erogherà o che l'utente si impegna a richiedere giacché, secondo l'*id quod plerumque accidit*, quest'ultimo generalmente ignora l'entità reale del suo fabbisogno futuro. In base alla disciplina generale del contratto la determinazione dell'oggetto del contratto rimessa ad una sola parte è inammissibile quando l'interesse di controparte a non subire sorprese lesive non sia adeguatamente presidiato da limiti posti alla discrezionalità di chi sceglie<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Così art. 68, c. 1, lett. d), del Codice dell'Amministrazione Digitale, - modificato dall'art. 9-bis, c. 1, d.l. 18 ottobre 2012, n.179, convertito in legge con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

<sup>29</sup> In senso contrario si veda TROIANO, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale: alla ricerca di un equilibrio tra diritti dell'utente e doveri del fornitore*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2011, 240; PROSPERETTI, *Gli obblighi di assicurare la custodia e la sicurezza dei dati in un sistema cloud*, in *Trattato di Diritto dell'Internet*, CASSANO (a cura di), Padova, 2012, 680 ss. Entrambi gli Autori inquadrano i servizi di *cloud computing* in specie di *IaaS* nel tipo contrattuale del deposito di cui agli articoli 1766 e seguenti del codice civile.

<sup>30</sup> Ciò che rileva ai fini della validità del contratto è che l'oggetto sia determinabile *per relationem*, quando il termine della *relatio* è la valutazione di un terzo appositamente incaricato, convenzionalmente, se le parti indicano nello stesso contratto gli elementi da cui ricavare la successiva determinazione, o legalmente, se la legge sopperisce al silenzio delle parti indicando i parametri cui fare riferimento per determinare l'oggetto. Astraendo la *ratio* di queste forme di determinazione si evince come il legislatore abbia dato peso a che la determinazione dell'oggetto non sia rimessa a una sola delle parti, ma che sia sempre frutto di

Nel caso di specie la determinabilità unilaterale è un'esigenza delle modalità di erogazione del servizio, rimessa, per altro, al soggetto che ha, di norma, meno forza contrattuale, ovvero all'utente. Ciò porta a ritenere che la determinabilità unilaterale nel contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici non si ponga in contrasto con il dettato codicistico.

### 3. Qualificazione giuridica del contratto di servizi di *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi

La scarsissima dottrina pronunciata sul contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici o di fornitura di servizi di *cloud computing* ha fino ad oggi ricondotto questo schema contrattuale al *tipus* contrattuale dell'appalto di servizi osservando come il risultato che attraverso di esso viene conseguito sia affine a quello ottenuto attraverso i contratti di *outsourcing*<sup>31</sup>, che parte della dottrina riconduce all'appalto di servizi<sup>32, 33</sup>.

---

una scelta condivisa dei contraenti o effettuata da un terzo che si presume imparziale, vedendo con disfavore le scelte orientate nell'esclusivo interesse di chi le compie e suscettibili di ledere gli interessi degli altri contraenti. Nondimeno, la dottrina ha evidenziato come non venga esclusa radicalmente la possibilità di rimettere la determinazione a una parte, se ciò è giustificato e utile, come nell'ipotesi della somministrazione la cui entità può *ex art.* 1560, comma 2, c.c. essere stabilita dal somministrato. Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 355 ss

<sup>31</sup> Cfr. LIMONE, *I contratti di cloud*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013, 6, in [http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/limone\\_cloud.pdf](http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/limone_cloud.pdf); MANTELETO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1216. L'*outsourcing* viene definito in giurisprudenza come «tutte le possibili tecniche mediante le quali un'impresa dismette la gestione di alcuni segmenti dell'attività produttiva e dei servizi estranei alle competenze di base (c.d. *core business*)». Così Cass., sent. 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Giurisprudenza it.*, 2007, 2729, con nota di TOTARO, *Outsourcing e trasferimento di parte dell'azienda*. Nello stesso senso anche Cass., sent. 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro it.*, 2003, 107.

In particolare, si veda l'*outsourcing* del sistema informativo riguardo l'esternalizzazione delle funzioni di manutenzione, gestione avanzata e sviluppo del sistema informatico aziendale che comunque presenta delle caratteristiche differenti dai servizi di *cloud computing*. Cfr. CESARO, *Il contratto di manutenzione*, Napoli, 2004; LEO, *Contratti di outsourcing informatico*, in *Contratti*, 2000, 529; TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001; VALENTINO, *I contratti di informatizzazione d'azienda*, in *Diritto dell'internet*, 2005, 416.

<sup>32</sup> Si veda CAGNASSO - COTTINO, *Contratti commerciali*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2000, 353; PITTALIS, *Outsourcing*, in *Contratto e Impresa*, 2000, 1010; MUSELLA, *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1998, 857.

Deve in primo luogo osservarsi come gli stessi fattori di questo orientamento pongano in evidenza come mentre vi sia un solo punto di contatto tra il contratto di *cloud computing* e quello di *outsourcing*, in relazione all'analogia di scopo, vi siano numerosi profili che portino a differenziare i due schemi contrattuali: a) in primo luogo nei processi di *outsourcing* si ottiene l'esternalizzazione delle risorse strutturali e di quelle umane - come dimostrato dall'esistenza di una fase di formazione del personale, posta in essere direttamente presso l'*outsourcer* ad opera dei dipendenti qualificati dell'*outsourcer* o dalla creazione di *team* di raccordo fra le due aziende - mentre nel contratto di *cloud computing* è netta la prevalenza dei profili inerenti l'organizzazione dei soli mezzi e strutture rispetto alla dotazione del personale; b) mentre il modello del *cloud* è connotato da uno schema di erogazione «da uno a molti», l'*outsourcing* tradizionale si connota per la presenza di un rapporto molto forte tra le parti, sovente anche caratterizzato da vincoli di esclusiva<sup>34</sup>.

A quanto appena evidenziato si aggiunga che la più recente dottrina è unanime nel qualificare il contratto di *outsourcing* come somministrazione di servizi<sup>35</sup>, di tal che il medesimo percorso logico che ha portato i fattori di tale orientamento a considerare il contratto di *cloud computing* come appalto di servizi, dovrebbe ora condurre a considerare gli stessi rapporti come somministrazione di servizi, tesi che in questa sede si sostiene.

Si era già posto in evidenza, d'altronde, come la mancanza di una esplicita menzione dei servizi nella definizione codicistica della somministrazione non dovesse essere considerato argomento dirimente a favore della limitazione della somministrazione alle sole cose<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Alcuni autori hanno sostenuto che il contratto di archiviazione e gestione dei documenti informatici possa essere ricondotta nel *genus* dei contratti atipici. Tuttavia, non può non osservarsi come qualificare un rapporto contrattuale come codicisticamente atipico non risponde all'esigenza dell'interprete di definire il quadro normativo dal quale desumere i diritti e gli obblighi reciproci che dal contratto nascono tra le parti. Si veda in tal senso ROPPO, *Introduzione*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Padova, 2009, II, 4. V. cap. 1, par. 11.

<sup>34</sup> Così MANTELETO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, cit., 1218.

<sup>35</sup> CARLEO, *il contratto di outsourcing*, in BOCCHINI (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, Giappichelli, 2006, 572; BOCCHINI-GENOVESE, *Il contratto di outsourcing*, in BOCCHINI - GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, Torino, 2011, 157.

<sup>36</sup> In questo senso si veda SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, cit., 440 - 441.



Questa tesi pare trovare riscontro nella constatazione che la tipizzazione legale della somministrazione è un processo a doppio grado<sup>37</sup> a cui il legislatore ha fatto ricorso con l'obiettivo di inquadrare normativamente un fenomeno complesso teso a soddisfare una funzione unitaria - riscontrabile nell'esigenza di soddisfare un bisogno durevole - in campi diversi dell'economia<sup>38</sup>.

Ciò che differenzia, in particolare, i due tipi contrattuali è la natura dell'obbligazione cui una delle parti, rispettivamente l'appaltante o il somministrante, si obbliga. In particolare, nell'appalto si rinviene un'obbligazione di fare che l'appaltatore si obbliga ad eseguire in un dato termine, più o meno lungo, al fine di soddisfare un bisogno immediato del committente<sup>39</sup>. La somministrazione, invece, si caratterizza per la soddisfazione di un bisogno duraturo attraverso l'adempimento di un'obbligazione di dare a titolo definitivo<sup>40</sup> o in godimento<sup>41</sup>.

Tanto premesso si osservi come il soggetto che eroga un servizio *cloud*, sia esso di semplice archiviazione o di gestione da remoto dei documenti, si

---

<sup>37</sup> Al primo livello di tipizzazione il legislatore ha previsto uno schema funzionale costante alla cui realizzazione è inteso il regolamento contrattuale, al secondo livello di tipizzazione il legislatore ha operato un rinvio ad un gruppo indefinito di norme che disciplinano i contratti a cui corrispondono le singole prestazioni e, quindi, ad una serie indefinita di sub fattispecie, rispetto alla fattispecie primaria, tutte compatibili ed integrabili nello schema funzionale della fattispecie primaria.

<sup>38</sup> Cfr. BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 29.

<sup>39</sup> È stato osservato come il contratto di appalto non è, di regola, un contratto di durata, quando anche il compimento dell'oggetto non si esaurisca in una condotta istantanea, così RESCIGNO, *Appalto*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, 1988, 4. La dottrina (RUBINO, IUDICA, *Dell'appalto*, op. cit., 526) ha evidenziato come negli appalti ad esecuzione periodica l'esecuzione può essere, rispetto ad ogni singolo periodo isolatamente considerato, istantanea, continuata o prolungata, per cui si può affermare «che i contratti ad esecuzione periodica si caratterizzano solo in quanto comportano un particolare raggruppamento di singole prestazioni istantanee o continuate o prolungate; e che ad esecuzione periodica può essere solo il rapporto complessivo, non anche le singole prestazioni». Nello stesso senso si veda anche ZUDDAS, *Sub art. 1677 c.c.*, cit., 719.

<sup>40</sup> Sull'ammissibilità accanto alla somministrazione di consumo (che ha per oggetto una prestazione di dare) della somministrazione d'uso (che ha per oggetto una prestazione di far godere) si veda CAGNASSO, *La somministrazione*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, vol. XI, Torino, 1984, 406.

<sup>41</sup> La dottrina ha evidenziato come il carattere fisionomico della somministrazione sia quello dell'obbligazione di dare e della periodicità o della continuità della prestazione stessa, così che la somministrazione, pur avendo ad oggetto una prestazione di dare, si distingueva nettamente dalla vendita, per avere una propria causa tipica, il soddisfacimento di un bisogno reiterato o continuativo. In particolare si veda MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Roma, 1915, 25 ss.; PARDESSUS, *Corso di diritto commerciale*, Napoli, 1830, I, 21 ss. e 169; VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1896, III edizione, 489.

impegni a consentire all'utente l'accesso ad un sistema informatico complesso e scalabile, in modo continuo, al fine di soddisfare un suo bisogno duraturo.

Tale attività non pare potersi certo inquadrare tra le obbligazioni di fare, giacché non è diretta alla produzione di una *res nova*, ma pare invero debba essere annoverata tra le prestazioni di far godere. Il *provider*, infatti, fa impiegare - e dunque godere - all'utente l'infrastruttura *hardware* e *software* predisposta, in modo continuo, dietro accesso telematico diretto dell'utente che può, in tal guisa, soddisfare il suo bisogno duraturo di uso di tecnologie informatiche, pur non avendone la fisica detenzione<sup>42</sup>.

Appare, dunque, evidente come la prestazione oggetto del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici - o di *cloud computing*, facendo riferimento alla denominazione della tecnologia attualmente impiegata per erogare tale servizio - debba essere sussunta non già nell'alveo del contratto di appalto di servizi, bensì in quello della somministrazione di servizi.

La causa tipica della somministrazione, ossia il soddisfacimento di un bisogno reiterato e continuativo, si conforma perfettamente alle caratteristiche strutturali e funzionali dei contratti di servizi *cloud*, i quali stabiliscono generalmente rapporti di durata.

Anche la disposizione dettata in materia di entità della somministrazione di cui all'art. 1560 c.c., che non trova una norma equivalente in tema di appalto, è previsione di evidente riconducibilità ai rapporti di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici, ove il concetto di fabbisogno non attiene soltanto alla quantità della prestazione, ad esempio con riferimento allo spazio di memorizzazione dei dati, ma anche alla qualità dell'attività del *provider*. L'utente intende, infatti, assicurarsi una continuità di servizio, qualitativamente attestato su certi parametri che traducono le attese delle parti in parametri misurabili, sulla base dei quali è possibile verificare il rispetto delle clausole contrattuali ed in particolare degli standard qualitativi pattuiti.

Ulteriore argomento a favore di tale qualificazione del rapporto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici può essere desunto dal dettato di cui all'art. 1565 c.c. che prevede che il fornitore non possa sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso. La prassi

---

<sup>42</sup> In questo senso si veda l'art. 5, comma 1, delle Condizioni Generali di Contratto predisposte dal *provider* Aruba ove si legge che: «Con l'attivazione del Servizio il Cliente può iniziare a creare ed allocare la propria infrastruttura virtuale della quale sarà l'unico responsabile ed alla quale egli soltanto avrà esclusivo accesso». Condizioni Generali di Contratto, Aruba S.p.A., ver. 2.0.

negoziale registra l'adozione di clausole che disciplinano la sospensione del servizio in caso di morosità del cliente, escludendo che il somministrante possa sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso, qualora l'inadempimento del somministrato sia di lieve entità<sup>43</sup>.

Nel caso di specie il contratto in esame deve in particolare essere annoverato tra i contratti di somministrazione aventi ad oggetto servizi atipici, di tal che il suo quadro normativo deve essere ricostruito facendo ricorso alle norme sulla somministrazione e, in quanto compatibili, a quelle sull'appalto<sup>44</sup>.

#### **4. Le norme applicabili al contratto di servizi di *cloud computing* come contratto di somministrazione di servizi**

L'aver qualificato il contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici come contratto tipico di somministrazione importa l'adozione del criterio di individuazione della normativa che assegna la prevalenza, in caso di divergenza, alle norme sulla somministrazione rispetto a quelle sull'appalto.

Per ragioni di organicità ricostruttiva, il quadro normativo ritenuto applicabile al rapporto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici verrà delineato secondo l'oggetto delle norme stesse. Nell'ordine verranno esaminate le disposizioni relative agli elementi costitutivi del contratto, quelle aventi ad oggetto l'esecuzione, con particolare riferimento ai diritti e agli obblighi delle parti, e, da ultimo, quelle riguardanti l'estinzione del contratto e del rapporto.

---

<sup>43</sup> Ad esempio, nelle Condizioni Generali di Fornitura (doc. CF107, consultato il 4 marzo 2013) della KPNQWEST Italia (abbreviata nel testo del contratto con la sigla KQI) si legge all'art. 6, c. 1 che «Trascorsi 30 giorni dalla data di scadenza della fattura, KQI invierà sollecito scritto al Cliente, via e-mail o fax. Il Cliente avrà 15 giorni di tempo per provvedere al pagamento, trascorsi i quali KQI si riserva il diritto di sospendere il servizio previa comunicazione via e-mail o fax al Cliente.».

<sup>44</sup> Si osservi come ove si accogliesse quell'orientamento minoritario (PROSPERETTI, *Gli obblighi di assicurare la custodia e la sicurezza dei dati in un sistema cloud*, in CASSANO (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Internet*, Padova, 2012, 683) che qualifica il servizio di *IaaS* come deposito irregolare, trattandosi di servizio tipico, il quadro normativo di riferimento dovrebbe essere delineato dalle norme sulla somministrazione integrate da quelle sul deposito.

#### 4.1. Elementi costitutivi

Con riferimento alle norme che regolano gli elementi costitutivi del contratto rilevano l'art. 1560 sull'entità della prestazione, gli artt. 1561 e 1657 sull'entità del corrispettivo, l'art. 1656 c.c. in tema di subappalto ed i tre articoli - 1566, 1567 e 1568 c.c. - dedicati ai patti di non concorrenza e di esclusiva.

L'art. 1560<sup>45</sup> c.c., relativo alla determinazione dell'entità della prestazione, costituisce la disposizione chiave di quelle dedicate alla somministrazione in quanto distingue questo tipo contrattuale dagli altri nei quali, al momento della conclusione, l'entità della prestazione deve essere determinata o determinabile. Nella somministrazione, infatti, il legislatore indica espressamente che in tale *tipus* contrattuale la determinazione o determinabilità dell'oggetto non è requisito di validità di un contratto, essendo il rapporto volto a soddisfare un bisogno duraturo che è per sua natura variabile e non prevedibile al momento della conclusione del contratto. L'articolo in esame deve ritenersi, per tale ragione, prevalente rispetto agli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c., in materia di appalto, che presuppongono, invece, la determinatezza o determinabilità della prestazione al momento della stipula del contratto.

In forza del dettato dell'art. 1560 la somministrazione può essere «a piacere» o «secondo il fabbisogno». Nel primo caso la quantità e qualità del servizio erogato verrà definita discrezionalmente dall'utente, che ha, dunque, il potere di stabilire sia l'*an* che il *quantum*<sup>46</sup>. Nell'ipotesi di somministrazione del servizio «secondo il fabbisogno», invece, ai sensi del primo comma dell'art. 1560, l'utente determina solo il *quantum*, senza che, tuttavia, ta-

---

<sup>45</sup> Art. 1560 c.c. (Entità della somministrazione): «1. Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto. 2. Se le parti hanno stabilito soltanto il limite massimo e quello minimo per l'intera somministrazione o per le singole prestazioni, spetta all'avente diritto alla somministrazione di stabilire, entro i limiti suddetti, il quantitativo dovuto. 3. Se l'entità della somministrazione deve determinarsi in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il minimo stesso».

<sup>46</sup> Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2003, 36; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, 236; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1970, 128.

le facoltà si trasformi in un mero arbitrio essendo il «fabbisogno» determinabile facilmente in base a criteri oggettivi<sup>47</sup>.

Da quanto esposto emerge chiaramente come alle parti del contratto di *cloud computing* sia lasciato un ampio spazio di autonomia per la definizione dell'entità del servizio che verrà erogato, potendo trovare accoglimento differenti schemi di quantificazione. L'analisi della prassi contrattuale in materia ha portato ed evidenziare come vengano impiegate generalmente due modalità: un primo modello - solitamente adottato da quei *provider* che prevedono un pagamento legato esclusivamente all'effettivo utilizzo delle risorse offerte, c.d. *pay per use* - lascia all'utente la completa autonomia circa la definizione della quantità e delle caratteristiche dell'infrastruttura *hardware* e *software* della quale viene richiesto il godimento. Un secondo schema - impiegato dai fornitori che richiedono un canone fisso, c.d. *flat* - prevede, invece, la definizione di un minimo quantitativo e qualitativo della prestazione, stante la possibilità per l'utente di chiedere l'accesso ad ulteriori risorse<sup>48</sup>.

Meno frequente, ma non per questo incompatibile con le peculiarità del contratto in esame, è la previsione di un tetto massimo alla prestazione che il *provider* si impegna ad erogare, giacché è interesse di questo ultimo che l'utente sfrutti quanto più possibile le risorse messe a disposizione.

Come già evidenziato precedentemente, non può trovare applicazione al contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici

---

<sup>47</sup> Il «fabbisogno» è stato considerato come un dato economico influenzato da fattori di convenienza e di politica del mercato, mentre il «normale fabbisogno» deve essere parametrato alle necessità normali ed effettive del somministrato e non può divenire abnorme successivamente alla stipulazione del contratto. Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 38; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, op. cit., 129; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 413. La giurisprudenza ha rilevato come «la valutazione del normale fabbisogno del somministrato non è rimessa all'arbitrio del creditore, ma deve risultare da un ragionevole e diligente giudizio di prevedibilità», così Trib. Pavia, sent. 22 febbraio 1986, in *Giurisprudenza di Merito*, 1987, 621, con nota di MEO, *Alcuni spunti sulla determinabilità delle singole partite di un contratto di somministrazione*.

<sup>48</sup> Si osservi come questo schema tenda a contemperare gli opposti interessi delle parti: da un lato l'interesse del somministrato a ricevere la prestazione secondo il proprio normale fabbisogno anche con una variazione mantenuta entro certi limiti che lo stesso somministrante ha potuto prevenire e, dall'altra, l'interesse del somministrante il quale, nel momento in cui ha accettato un contratto di durata come quello in esame, ha preventivamente programmato nella propria attività imprenditoriale la fornitura di una prestazione in base al normale fabbisogno del somministrato, prevenendo anche un eventuale mutamento del fabbisogno di questo ultimo. Cfr. BOCCHINI, *Sub art. 1560 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile*, Torino, 2011, 192.

l'art. 1561 c.c. non solo per ragioni di carattere testuale - atteso che la norma fa espressamente riferimento alla sola somministrazione a carattere periodico -, ma anche perché se si guarda alle conseguenze pratiche della tesi che afferma la validità del contratto senza determinazione del prezzo, si finirebbe col ritenere che il prezzo sia inesorabilmente fissato al momento della conclusione del contratto senza possibilità di variazione<sup>49</sup>. Essendo il rapporto in esame ascrivibile al tipo della somministrazione di servizi continuativa troverà, invece, applicazione l'art. 1657 c.c., di tal che in caso di omessa indicazione del prezzo esso è calcolato avendo riguardo alle tariffe esistenti o agli usi<sup>50</sup>.

In ordine all'applicabilità dell'art. 1656 c.c. in materia di divieto di subappalto - norma che anche se riferita all'appalto non si pone in contrasto con la disciplina sulla somministrazione - la dottrina ha evidenziato come detto divieto possa essere ritenuto sussistente solo nell'ipotesi in cui il servizio non venga erogato in modo automatizzato, ciò in quanto *ratio* dell'articolo è la tutela dell'elemento fiduciario che caratterizza il contratto di appalto che viene a mancare in un'esecuzione automatizzata<sup>51</sup>.

Deve osservarsi, tuttavia, come l'affidabilità del *provider* sia uno dei principali fattori che l'utente prende in esame al fine di determinare con quale soggetto concludere il contratto, giacché a quest'ultimo affida tutti i propri

---

<sup>49</sup> Cfr. BOCCHINI, *Sub art. 1561*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, cit., 209. «La soluzione - osserva l'Autore con riferimento alla somministrazione continuativa di cose - trova conferma anche in ragioni di equità. Infatti se si affermasse che la somministrazione continuativa di servizi è sempre valida anche se le parti non hanno determinato il prezzo ciò danneggerebbe, in modo rilevante, persino lo stesso somministrante, che dovrebbe ricevere il pagamento di un prezzo fisso senza possibilità di adeguamenti ai maggiori costi di produzione, senza possibilità di revisione e, in assenza di eventi straordinari e imprevedibili, senza possibilità di risoluzione del contratto e, se il contratto non è a tempo indeterminato, ma di lunghissima durata, senza possibilità di recesso.». In senso contrario COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 135, il quale ritiene che «ove manchi una esplicita previsione contrattuale (in relazione al prezzo) essa andrà determinata in base ai criteri dettati dall'art. 1474 c.c., al momento della stipulazione del contratto.».

<sup>50</sup> Se il prezzo è determinato in un canone fisso forfettario dovrà farsi riferimento al momento della conclusione del contratto e nessuna delle parti potrà chiedere la variazione del prezzo, mentre nel caso di pagamento a consumo rileveranno, ai fini della determinazione del prezzo, le scadenze d'uso.

<sup>51</sup> In tal senso è orientata la dottrina maggioritaria: RUBINO, *Dell'appalto*, cit., 112; RESCIGNO, *Appalto*, cit., 3; GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1977, 54; RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., 201. In senso contrario MIRABELLI (*I singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, 404) il quale ritiene che il fondamento dell'art. 1656 sia da rinvenire nel rispetto delle regole del mercato secondo le quali ogni operatore economico ha diritto soltanto alla propria parte del mercato.

dati e documenti<sup>52</sup>. Proprio nell'ambito del trattamento dei dati, ad esempio, un importantissimo elemento da considerare nella scelta del fornitore attiene al possesso, da parte di quest'ultimo, di idonee certificazioni o *standard*<sup>53</sup> relativi alla gestione della sicurezza delle informazioni, quali sono gli *standard* ISO/IEC 27001<sup>54</sup> e ISO/IEC 27002<sup>55</sup>. Questi attendono esplicitamente alla gestione della sicurezza delle informazioni e dei dati, pur potendo coprire anche ulteriori aspetti organizzativi del *provider*<sup>56</sup>. Appare evidente come il possesso di siffatti requisiti incida notevolmente nella scelta del contraente da parte dell'utente, di tal che, pur essendo in presenza di un'esecuzione automatizzata, emerge chiaramente il ruolo dell'*intuitu personae*.

L'elemento fiduciario non deve essere inteso come valutazione personale del somministrante, quanto piuttosto come l'aspettativa che quel soggetto, e non un altro, adempia regolarmente e con continuità alle prestazioni con-

---

<sup>52</sup> Dell'importanza dell'affidabilità del fornitore si è espresso anche il Garante per la protezione dei dati personali il quale ha sottolineato che «È sempre opportuno che l'utente valuti accuratamente il tipo di servizio offerto anche verificando se i dati rimarranno nella disponibilità fisica dell'operatore proponente, oppure se questi svolga un ruolo di intermediario, ovvero offra un servizio progettato sulla base delle tecnologie messe a disposizione da un operatore terzo. Si pensi ad esempio a un applicativo in modalità cloud nel quale il fornitore del servizio finale (*Software as a Service*) offerto all'utente si avvalga di un servizio di stoccaggio dati acquisito da un terzo. In tal caso, saranno i sistemi fisici di quest'ultimo operatore che concretamente ospiteranno i dati immessi nella cloud dall'utente.». Garante per la protezione dei dati personali, *Cloud computing: indicazioni per l'utilizzo consapevole dei servizi*, 2011 (doc. web n.1819933), 15. consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1819933>.

<sup>53</sup> Uno *standard* è un documento che fornisce i requisiti, le specifiche, linee guida o caratteristiche che possono essere utilizzati in modo coerente per garantire che materiali, prodotti, processi e servizi siano adatti al loro scopo. L'Organizzazione internazionale per la formazione (International Organization for Standardization, nota con l'acronimo ISO), fondata nel 1947, è il più grande sviluppatore del mondo di norme volontarie internazionali.

<sup>54</sup> Lo *standard* ISO/IEC 27001 specifica l'insieme dei requisiti di un sistema di gestione della sicurezza delle informazioni, in particolare per gli aspetti della sicurezza fisica, logica ed organizzativa. Attraverso l'applicazione delle indicazioni in essa contenute, un'organizzazione può sviluppare un sistema di gestione della sicurezza delle informazioni efficace, efficiente e certificabile. La certificazione ISO/IEC 27001 viene rilasciato da organismi terzi e, quindi, è effettivamente verificabile dall'utente.

<sup>55</sup> Lo *standard* ISO/IEC 27002 costituisce una base comune ed una guida pratica per lo sviluppo di *standard* di sicurezza aziendali e di efficaci pratiche di gestione della sicurezza, e per aiutare a costruire la fiducia in attività inter-organizzative. A differenza del precedente si tratta di un'autocertificazione, che non può, dunque, essere verificata dall'utente.

<sup>56</sup> Deve osservarsi sul punto come alcuni fornitori di servizi *cloud* vantino il possesso della certificazione SAS 70 che, tuttavia, non è di per sé uno standard tecnologico o di sicurezza, ma piuttosto uno *standard* per la valutazione, prevalentemente per finalità contabili o finanziarie, delle procedure aziendali interne di controllo.

cordate<sup>57</sup> o, come nel caso di specie, rispetti le pattuizioni in ordine alle modalità di trattamento dei dati. Pare, allora, più corretto concludere che al rapporto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici si applica anche l'art. 1656 c.c..

Nella prassi, per altro, non è inusuale che il *provider* sia titolare dell'infrastruttura *hardware* offerta all'utente, mentre i diritti di sfruttamento dei *software*, erogati attraverso la medesima piattaforma, appartengono ad altri soggetti. Ferma la derogabilità pattizia dell'art. 1656, non deve, tuttavia, ritenersi che tale consuetudine contrattuale sia in contrasto con le conclusioni sopra riportate, giacché il servizio complessivamente considerato viene sempre erogato e gestito dal *provider* con il quale il contratto è stato stipulato, non rilevando l'attività dei soggetti terzi che sono meri titolari dei diritti di sfruttamento economico dei *software* usati dall'utente per la gestione dei proprio documenti.

#### 4.2. Esecuzione del contratto

Disciplinano l'esecuzione del contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici gli articoli 1562, 1563, 1564 e 1662, c. 1, del codice civile<sup>58</sup>.

L'art. 1562<sup>59</sup> c.c. regola il pagamento del prezzo che nel caso di specie, trattandosi di un rapporto a carattere continuativo, è dovuto, ai sensi del secondo comma, secondo le scadenze d'uso, di norma aventi cadenza mensile o bimestrale.

L'obbligo dell'utente sussiste, quindi, anche in caso di mancata previsione espressa giacché, come sancito dalla Suprema Corte, ai sensi dell'art. 1374 c.c. il contratto obbliga le parti, non solo a quanto è dal medesimo

---

<sup>57</sup> Cfr. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in CICU-MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, 218.

<sup>58</sup> Deve escludersi l'applicazione al contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici degli art. 1665 e 1666 c.c. Infatti, il primo, secondo consolidata dottrina (Cfr. RUBINO, *Dell'appalto*, cit., 232; RUBINO - IUDICA, *Dell'appalto*, cit., 527), non può essere applicato ai contratti di servizi continuati o periodici, così come tutta la normativa codicistica relativa alla consegna dell'opera. Allo stesso modo l'art. 1666 può essere applicato solo ai contratti aventi ad oggetto l'esecuzione periodica di servizi, ma non anche quelli ad esecuzione continuata quali sono appunto i contratti di servizi informatici qui in esame. Cfr. Cass., sent. 18 agosto 1993, n. 8752, in *Mass. Giustizia civ.*, 1993, 1299; Cass., sent. 9 settembre 2003, n. 13132, in *Mass. Giustizia Civ.*, 2003, 2145.

<sup>59</sup> Art. 1562 c.c. (Pagamento del prezzo): 1. Nella somministrazione a carattere periodico il prezzo è corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse. 2. Nella somministrazione a carattere continuativo il prezzo è pagato secondo le scadenze d'uso.



espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge<sup>60</sup>. È rimesso alla determinazione delle parti la modalità di pagamento che può avvenire con versamento a mezzo addebito su conto corrente bancario, su carta di credito o tramite acquisto anticipato di un credito<sup>61</sup>.

L'art. 1563 c.c. non trova applicazione nelle somministrazioni a carattere continuativo, quale è il contratto di servizi *cloud*, se non per il termine iniziale, atteso che quello finale serve solo quale limite fino al quale le parti si impegnano a prestare e non certo quale limite entro il quale la prestazione deve essere eseguita<sup>62</sup>.

Rientra tra le disposizioni applicabili al contratto di *cloud services* inquadrato come somministrazione di servizi, invece, l'art. 1662 c.c., che attribuisce al committente il diritto, nel primo comma, di controllare lo svolgimento dei lavori e, nel secondo comma, qualora questi non procedano come concordato, il diritto di richiederne l'adeguamento entro un termine perentorio, decorso il quale il contratto si considera risolto<sup>63</sup>. Tale secondo comma verrebbe, invero, ad essere sostituito nel rapporto qui in esame dall'art. 1564 c.c.<sup>64</sup>, di tal che l'utente è legittimato a verificare nel corso dell'esecuzione il rispetto dei livelli qualitativi e quantitativi dell'erogazione<sup>65</sup> promessi dal *provider* ed in caso di inadempimento di notevole entità dello stesso a recedere dal contratto<sup>66</sup>.

In un rapporto duraturo come quello di specie è ben ipotizzabile che nel periodo dell'esecuzione si presenti l'esigenza o l'opportunità che vengano

---

<sup>60</sup> Cfr. Cass., sent. 29 settembre 2004, n. 19531, in *Mass. Giustizia Civ.*, 2004, 9.

<sup>61</sup> Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2003, 115, il quale osserva come queste modalità di pagamento non consentono il controllo anticipato della fattura che viene trasmessa al cliente solo dopo l'avvenuto pagamento.

<sup>62</sup> Cfr. BOCCHINI, *Sub art. 1563*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, 221.

<sup>63</sup> Si veda in questo senso RUBINO, IUDICA, *Dell'appalto, op. cit.*, 114; MANGINI - IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, 80 ss.; CARNEVALE - TROTTA, *Appalto pubblico e privato*, in JANNUZZI (diretta da), *L'appalto, rassegna di giurisprudenza commentata*, Milano, Giappichelli, 1978, 52; CAPPAL, *Sub art. 1655 c.c., Appalti di opere e servizi*, in LUMINOSO (a cura di), *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010, 188. In giurisprudenza si veda Pret. Bologna, 5 maggio 1970, in *Giurisprudenza it.*, 1971, 2, 30.

<sup>64</sup> In questo senso, tra gli altri, RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 2006, II edizione, 734.

<sup>65</sup> La dottrina maggioritaria (RUBINO, *Dell'appalto, cit.*, 175) ritiene che la «verifica» consista nell'impiegare, per quanto possibile, le parti dell'opera già eseguite e, comunque, nell'accertare se rispondono allo scopo.

<sup>66</sup> Cfr. RUBINO, *Dell'appalto, cit.*, 176.

apportate delle variazioni alle pattuizioni originariamente concordate<sup>67</sup>. Gli articoli relativi alle variazioni dell'opera, rispettivamente gli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c., sono rinvenibili nella disciplina codicistica dedicata all'appalto, *tipus* nel quale la precisa determinazione dell'oggetto è elemento essenziale, mentre, come già evidenziato, è connaturato alla struttura e funzione del contratto di somministrazione che l'entità della prestazione non sia determinata al momento della stipula del contratto.

Le variazioni non devono essere riferite necessariamente alla quantità, ma possano essere ascrivibili alla qualità o tipologia del servizio erogato, ad esempio, nell'ipotesi contrattuale che ci occupa, ad una versione più evoluta di un *software* per la gestione dei documenti. Ebbene se è ammissibile in tali ipotesi che sia rimessa all'utente la scelta di fruire della nuova versione di un programma, è altresì ipotizzabile che ove le modifiche siano minime non debba essere richiesto un compenso ulteriore all'avente diritto alla somministrazione<sup>68</sup>.

Passando alla disamina delle disposizioni codicistiche, dell'art. 1659 c.c., in materia di variazioni concordate, trovano applicazione solo i primi due commi che vietano la variazione unilaterale del contenuto del contratto. Non parrebbe, invece, essere applicabile il terzo comma dell'articolo richiamato in quanto nella somministrazione se la prestazione eccede la quantità richiesta, la fruizione della parte eccedente obbliga il somministrato al pagamento dell'intero<sup>69</sup>.

Trova applicazione al contratto di servizi di *cloud computing* anche l'art. 1660<sup>70</sup> - che regola le variazioni che si rendono necessarie ai fini dell'esecuzione del rapporto - e l'art. 1661 c.c. - che riconosce al somministrante per le variazioni ordinate dal somministrato committente un incremento del corrispettivo dovuto.

Non si applica, invece, l'art. 1664 c.c. in materia di eccessiva onerosità o difficoltà sopravvenuta nel corso dell'esecuzione, in quanto riferito espressamente all'appalto d'opera, non anche a quello di servizi, dovendosi, dun-

---

<sup>67</sup> Per variazione deve intendersi la modificazione del servizio concordato, che non faccia parte del naturale e normale processo di completamento del servizio medesimo e che non sia stato previsto in sede di stipulazione del contratto, ma di cui si ravvisi la necessità o l'utilità o l'opportunità a contratto concluso. Cfr. MUSOLINO, *Sub art. 1659 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1655-1802*, cit., 57.

<sup>68</sup> Condivide la nozione di variazione in riferimento ai servizi RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, cit., 736.

<sup>69</sup> In questo senso, con generico riferimento alla somministrazione di servizi, si veda Bocchini, *Il contratto di somministrazione di servizi*, op. cit., 24.

<sup>70</sup> Cfr. RUBINO, IUDICA, *Dell'appalto*, cit., 273; MUSOLINO, *Sub art. 1660 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1655-1802*, cit., 74.

que, concludere per l'applicazione dell'art. 1467 che offre un concetto di eccessiva onerosità sopravvenuta più ampio<sup>71</sup>.

La dottrina ascrive gli articoli 1663, 1667 e 1668 alla disciplina codicistica dedicata all'appalto, ma riferibile anche alla somministrazione di servizi sulla patologia nell'esecuzione delle prestazioni<sup>72</sup>.

In ordine all'art. 1663 deve escludersi la sua applicabilità, di regola, ai contratti di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici giacché la materia prima del servizio, che può consistere nel collegamento telematico o nell'elaboratore o, ancora, nel *software*, non sono forniti dal somministrato<sup>73</sup>.

Per quanto attiene l'applicazione degli artt. 1667 e 1668 che prevedono la garanzia per vizi e difformità della prestazione deve rilevarsi che la dottrina è favorevole all'applicazione anche alla somministrazione di servizi, se le modalità di erogazione del servizio possono essere tracciate, come avviene nel rapporto contrattuale che ci occupa<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> In particolare si veda RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, cit., 734. In giurisprudenza questo orientamento è stato seguito fino al 1957 - si veda tra tutte Cass., sent. 23 aprile 1947, n. 610, in *Foro it.*, 1947, 726 - non tanto per fedeltà verso il principio nominalistico, quanto per un passo della Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (n. 665) «che sembrava escludere dall'area applicativa dell'art. 1467 gli avvenimenti di portata generale, e riservare al legislatore, di volta in volta, la disciplina dell'influenza di tali fatti sui rapporti in corso» così IRTI, *Inflazione e rapporti tra privati*, in *Giustizia civ.*, 1981, 310.

<sup>72</sup> Non è stato richiamato l'art. 1669 c.c. in quanto volto a disciplinare espressamente «rovina e difetti di cose immobili».

<sup>73</sup> Se, infatti, si ritenesse che sono gli utenti, in quanti titolari dei documenti informatici oggetto di archiviazione ed elaborazione, a fornire la materia per eseguire il servizio ben potrebbe concludersi che spetta al fornitore l'onere di comunicare eventuali difetti che possono impedire la corretta esecuzione del servizio, si pensi in questo senso all'ipotesi che i *files* dell'utente non siano conformi agli standard richiesti dal sistema informatico o contengano virus informatici che possono comprometterne la funzionalità. Ma, dato più rilevante, diretta conseguenza dell'accoglimento di questa tesi sarebbe il porre in capo all'utente il rischio di perimento o di deterioramento dei *files*, pur non avendo quest'ultimo alcun potere di controllo degli stessi. Per altro, deve osservarsi come nel contratto in esame il servizio offerto non sia volto a modificare una *res* dell'utente, bensì sia finalizzato a concedere l'accesso ad un'infrastruttura *hardware* e *software* per via telematica.

<sup>74</sup> Cfr. BOCCINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 24. Per difformità deve intendersi qualsiasi discordanza dalle prescrizioni contrattuali, inquadrabile come risultante di un giudizio comparativo tra l'essere ed il dover essere, in conformità al contenuto del programma negoziale, mentre il vizio corrisponde alla mancanza di modalità, di qualità o di caratteristiche che pur essendo state appositamente pattuite devono intendersi inerenti al servizio secondo le regole dell'arte. Cfr. CERVALE, *Sub art. 1677*, in CENDON (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2008, 231.

Deve osservarsi come il mancato rispetto degli *standard* di sicurezza sopra richiamati, ove non espressamente rappresentato e garantito in contratto, non può essere considerato in sé un parametro di adempimento o non adempimento delle obbligazioni del *provider*: in tal caso, infatti, il cliente potrà assumere come riferimento il livello di diligenza professionale degli operatori del settore e le *best practices* da questi seguite così che solo lo scostamento del *provider* dallo *standard* ragionevolmente atteso potrà assumere rilevanza *ex art.* 1176 c.c.<sup>75</sup>.

La lettura unitaria degli articoli 1667 e 1668 pare, tuttavia, delineare un'ipotesi di responsabilità oggettiva che nell'ordinamento trova una sua collocazione logica e funzionale<sup>76</sup>. Infatti, l'appaltatore-somministrante oltre a farsi carico del rischio economico circa la corrispondenza tra il valore del servizio ed il suo prezzo, assume l'obbligazione di fornire un servizio senza difetti e vizi<sup>77</sup>. Onere del somministrato è di denunciare entro sessanta giorni dalla rilevazione il vizio al somministrante<sup>78</sup>.

Nel contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici non trova, invece, applicazione il termine prescrizione di due anni, previsto dal terzo comma dell'art. 1667, per l'azione del committente contro l'appaltatore in ragione della natura eccezionale della disposizione che prevede un termine ridotto data la durata circoscritta nel tempo del contratto di appalto<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. RIZZO, *La responsabilità contrattuale nella gestione dei dati nel cloud computing*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2013, 110.

<sup>76</sup> Nell'art. 1668 c.c. si legge infatti che «*che il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore*». In altri termini l'appaltatore è, sempre e comunque, tenuto ad eliminare i vizi o a ridurre il prezzo del servizio e, se tali vizi sono stati causati da sua colpa, a risarcire l'appaltante per i danni subiti.

<sup>77</sup> Per una più completa disamina del tema si rinvia a MARINELLI, *Il ruolo della colpa nella disciplina dell'inesatto adempimento dell'appaltatore*, in PERLINGIERI - POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino*, Napoli, 2009, 983 ss.

<sup>78</sup> Il somministrato ha non solo l'onere di denuncia, ma anche l'onere probatorio di dimostrarne la tempestività ove intenda far valere l'azione regolata dall'art. 1667, non anche ove voglia far valere l'ordinaria responsabilità contrattuale del somministrante. La denuncia è a forma libera e non deve contenere una descrizione dettagliata di tutti i vizi o difformità, essendo sufficiente un contenuto che, seppur sinteticamente, ponga il *provider* nella condizione di apprezzare la situazione che gli viene sottoposta.

<sup>79</sup> Trova applicazione, per altro, l'art. 2948, n. 4, c.c. in forza del quale si prescrive in cinque anni tutto ciò che deve pagarsi ad anno o a termine più breve come, generalmente, avviene nelle prestazioni periodiche e continuative di servizi.

Gli articoli sopra richiamati possono essere utili anche a regolare le ipotesi di responsabilità del somministrato nei confronti di terzi, giacché se al somministrante viene riconosciuto un congruo spazio di autonomia questi dovrà rispondere di eventuali danni causati a terzi. Nel rapporto contrattuale qui in esame un'ipotesi concreta di danno ai terzi può essere rinvenuta con riferimento alla gestione dei dati degli stessi<sup>80</sup>.

Risulta applicabile, altresì, l'art. 1670 c.c. in tema di responsabilità dei subcontraenti per difformità e vizi.

L'art. 1565 c.c. regola l'ipotesi di sospensione nella somministrazione del servizio in caso di inadempimento del somministrato<sup>81</sup>. Secondo consolidato orientamento dottrinale se l'inadempimento del somministrato è di lieve entità, il somministrante, ai sensi dell'art. 1565, potrà sospendere l'esecuzione del contratto concedendo un congruo preavviso, se, invece, l'inadempimento del somministrato non è di lieve entità, il somministrante, ai sensi dell'art. 1460, potrà sospendere immediatamente l'esecuzione<sup>82</sup>.

Il rimedio risulta, dunque, esperibile ogni qual volta non solo non è ammessa la risoluzione del contratto ancorata al duplice presupposto della notevole importanza dell'inadempimento e del venire meno della fiducia

---

<sup>80</sup> Attività che ai sensi dell'art. 15, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, è considerata pericolosa ex art. 2050 c.c. Tale qualificazione importa l'inversione dell'onere della prova in capo al danneggiante sia in relazione al danno sia in relazione ai normali presupposti della responsabilità.

<sup>81</sup> Cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 151; CAGNASSO *Eccezioni dilatorie e risoluzione per inadempimento nel contratto di somministrazione*, cit., 421. In giurisprudenza si veda Cass., sent. 5 novembre 1990, n. 10620, in *Mass. Giustizia civ.*, 1990, 11, ove si legge «la facoltà del somministrante di sospendere le proprie prestazioni, in caso di mancato pagamento dei corrispettivi alle previste scadenze, ai sensi degli art. 1460 e 1565 c.c., deve essere riconosciuta anche se il somministrato abbia chiesto ed ottenuto l'ammissione all'amministrazione controllata, e pure dopo il decreto che disponga questa ammissione, considerato che tale procedura, i cui effetti si producono a partire da detto decreto, priva il creditore della possibilità di esperire azioni esecutive individuali, ma gli toglie il menzionato strumento di autotutela, a preservazione dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto, e che al somministrato, peraltro, anche dopo quel decreto, non è precluso il pagamento dei pregressi debiti, previa autorizzazione del giudice delegato, in quanto sia indirizzato al risanamento dell'impresa nell'interesse della massa». In senso contrario in dottrina si veda CORRADO, *La somministrazione*, cit., 348; DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943, 324.

<sup>82</sup> Cfr. CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 423; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 149.

nell'esattezza dei successivi adempimenti, ma non è ammessa neppure la risoluzione del contratto in genere *ex art. 1453*<sup>83</sup> c.c.

### 4.3. Estinzione del contratto

Le disposizioni dettate dal legislatore in tema di somministrazione e di appalto richiamabili nel definire la disciplina dell'estinzione del contratto di servizi di *cloud computing* sono gli artt. 1569, 1660, 1671 e 1674, per quanto attiene al recesso, e gli artt. 1564, 1667 e 1668, per quanto concerne la risoluzione<sup>84</sup>.

L'art. 1569 c.c. disciplina il recesso nei contratti di somministrazione privi di termine attribuendo a ciascuna delle parti il diritto di recedere dal contratto dandone preavviso nel termine pattuito o secondo gli usi, senza obbligo di corrispettivo a favore dell'altro contraente. La norma si riferisce esclusivamente alle ipotesi di somministrazioni a tempo indeterminato, nelle quali non è possibile stabilire la durata del vincolo contrattuale neanche *per relationem*, quale è, ad esempio, il contratto di somministrazione di servizi *cloud*.

L'atto di preavviso, propedeutico all'esercizio del diritto di recesso, non soggiace, secondo giurisprudenza<sup>85</sup> e dottrina<sup>86</sup>, ad alcun obbligo di forma, di tal che può essere dato anche in forma orale o *per facta concludentia*<sup>87</sup>. Per

---

<sup>83</sup> Cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 150; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 149; CORRADO, *La somministrazione*, cit., 347; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 423.

<sup>84</sup> Non si reputa applicabile al contratto di archiviazione e gestione da remoto dei documenti informatici inquadrato nell'alveo della somministrazione di servizi l'art. 1672, in materia di impossibilità di esecuzione della prestazione, giacché è nella logica dei contratti di durata che qualsiasi scioglimento del contratto non abbia mai effetto retroattivo e gli artt. 1674 e 1675, con riferimento alla morte del somministrante. Cfr. BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 27.

<sup>85</sup> Cfr. Cass., sent. 22 aprile 1977, n. 1496, in *Mass. Giustizia civ.*, 1977, 645.

<sup>86</sup> Cfr. GIANNATTASIO, *L'appalto*, op. cit., 227; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 201; CAGNASSO, *La somministrazione*, op. cit., 427. In senso contrario BOCCHINI, *Sub art. 1569*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, cit., 263, il quale osserva che «può parlarsi di rilievo obbligatorio solo quando una norma prevede, in caso di mancato preavviso, una indennità sostitutiva del preavviso. Ma, a differenza dell'art. 2118 c.c., l'art. 1569 c.c. non prevede alcuna indennità sostitutiva di preavviso onde è possibile concludere, contrariamente all'opinione della dottrina e della giurisprudenza, che, per il codice civile, il preavviso di cui all'art. 1569 c.c. contiene un presupposto del recesso, quanto dire, una condizione di efficacia dello stesso.».

<sup>87</sup> Cfr. MESSINEO, *Contratto (diritto civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, 1961, 841; IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, *passim*.

altro, la mancanza del preavviso non incide sulla validità del recesso, ma obbliga il recedente al risarcimento del danno<sup>88</sup>.

Non trova, dunque, applicazione l'art. 1671 c.c. che regola il recesso nell'appalto, riconoscendone il diritto al solo committente, fermo l'obbligo dello stesso di tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute per i lavori eseguiti ed il mancato guadagno<sup>89</sup>.

Oltre al recesso di cui all'art. 1569 si ritiene possano trovare applicazione al contratto in esame le disposizioni di cui all'art. 1660, commi 2 e 3. Il secondo ed il terzo comma dell'art. 1660 prevedono due ipotesi di recesso legale penitenziale a favore, rispettivamente, del somministrante e del somministrato nell'ipotesi in cui le variazioni comportino il superamento, per oltre un sesto, del prezzo complessivo convenuto o siano di notevole entità.

L'art. 1564 c.c. disciplina la risoluzione del contratto di somministrazione legata ad un inadempimento di notevole importanza tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti. Tale regola vale sia con riferimento all'inadempimento del somministrante, sia con riferimento a quello del somministrato, garantendo, dunque, le posizioni di entrambe le parti<sup>90</sup>.

La «notevole importanza dell'inadempimento» deve essere valutata tenendo presente la condotta del soggetto inadempiente e il pregiudizio da questa derivante, facendo riferimento al sinallagma contrattuale e, quindi, con riferimento alla prestazione dell'altra parte. Mentre con riferimento alla «menomazione della fiducia nei successivi adempimenti» questa deve essere letta, elasticamente e non arbitrariamente, come una conseguenza

---

<sup>88</sup> Cfr. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 228; COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 202; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 28; CORRADO, *La somministrazione*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1963, 176.

<sup>89</sup> BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione di servizi*, cit., 24; TROIANO, *Osservazione a Cass. sez. II civ. 19 luglio 1983, n. 4980 (in tema di garanzia per i vizi nella vendita ed azione di esatto adempimento)*, in *Foro it.*, 1984, c. 186. In senso contrario RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, op. cit., 735; SCHETTINI, *Appalto continuativo di servizi: problemi in tema di recesso* (nota a Cass., sent. 13 luglio 1983, n. 4783), in *Giurisprudenza It.*, 1984, c. 960.

<sup>90</sup> In tal senso CAGNASSO, *Eccezioni dilatorie e risoluzione per inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, 431. La ratio della disposizione che richiede oltre al grave inadempimento il venir meno della fiducia è, secondo consolidata dottrina, da ricercare nel venir meno dei presupposti della tutela del rapporto, di tal che viene ritenuto operante l'articolo in commento anche nell'ipotesi di risoluzione mediante diffida ad adempiere e per clausola risolutiva espressa, cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 156 ss.

dell'inadempimento che fonda dubbi della controparte in ordine alla precisa e puntuale esecuzione delle obbligazioni successive<sup>91</sup>.

Ovviamente, in caso di denuncia di inadempienze reciproche, è necessario far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambedue le parti per stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi ed alla oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle inottemperanze maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte, nonché della conseguente alterazione del sinallagma<sup>92</sup>.

La dottrina è consolidata anche nel ritenere ammissibile accanto alla risoluzione del contratto di somministrazione, quella di singole coppie di prestazioni<sup>93</sup> atteso che lo stesso legislatore ammette la possibilità di adempimento parziale e di risoluzione parziale del contratto. In tale caso deve farsi riferimento alla disciplina generale contenuta negli artt. 1453 e ss. c.c..

Come già anticipato precedentemente, la risoluzione del contratto costituisce, altresì, un'ipotesi rimediale a vizi e difformità del servizio che ne rendono l'erogazione del tutto inadatta alla sua destinazione, ai sensi degli artt. 1667 e 1668 c.c. Deve osservarsi come il dettato normativo è considerato dalla dottrina troppo ristretto, dovendosi estendere l'ipotesi di responsabilità speciale per vizi a tre casi: a) se il servizio prestato è completamente diverso da quello pattuito; b) se il servizio manca di una qualità essenziale per la natura dello stesso; c) se il servizio manca di una qualità essenziale per il somministrato. In tutti questi casi, naturalmente, può essere chiesta la risoluzione del contratto *ex art.* 1668, comma 2, c.c.

Per stabilire se le insufficienze siano tali da dare luogo a risoluzione, la valutazione dovrà essere fatta, di regola, in base a criteri oggettivi, avendosi riguardo alla destinazione del servizio, salvo diverso utilizzo espressamente richiamato in sede contrattuale, che in caso contrario non potrà rilevare in alcun modo<sup>94</sup>. In questo senso, deve osservarsi come l'eventuale perdita di determinati *standard* o il mancato rispetto delle relative prescrizioni, se richiamati nel contratto, potrebbero rilevare ai fini della risoluzione del contratto per vizi o difformità.

---

<sup>91</sup> Così BOCCHINI, *Sub art. 1564 c.c.*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1548-1654*, cit., 228.

<sup>92</sup> Cfr. Cass., sent. 1 giugno 2004, n. 10477, in *Mass. Giustizia civ.*, 2004, 6. Aggiunge la Suprema Corte che «Tale accertamento, fondato sulla valutazione dei fatti e delle prove, rientra nei poteri del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato».

<sup>93</sup> Cfr. OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1944, 37 ss.; CAGNASSO, *La somministrazione*, cit., 426.

<sup>94</sup> RUBINO, *Dell'appalto*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1973, 288.



## 5. Qualificazione soggettiva del contratto di servizi di *cloud computing*

Autorevole dottrina ha evidenziato come a partire dalla seconda metà del XX secolo quasi tutte le nuove regole sui contratti non possano essere considerate regole sul contratto in genere, bensì regole su singoli tipi o classi di contratti<sup>95</sup>. Ciò ha portato al ribaltamento dei rapporti fra disciplina generale del contratto e disciplina dei contratti speciali ed ancora ad un consequenziale offuscamento dell'unità del contratto in genere, in favore di una frammentazione interna. Tale processo è dovuto tanto ad elementi di natura soggettiva, legati alla qualifica socio-professionale dei soggetti contraenti, quanto ad elementi oggettivi, definiti, ad esempio, in ragione dello strumento impiegato per la conclusione, o dell'effettiva negoziazione fra le parti.

Tra i parametri soggettivi è concreta l'ipotesi che l'utente del contratto qui in esame possa accedere al rapporto in qualità di consumatore. L'art. 3, lett. a), D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 recante Codice del consumo, da qui in avanti anche Cod. cons., riprendendo la definizione di cui al 1469*bis* c.c.<sup>96</sup>, qualifica il consumatore come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». È, quindi, evidente come ove il contratto venga concluso per soddisfare esigenze non legate ad attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, oltre alla disciplina codicistica sopra richiamata, troveranno applicazione anche molte delle disposizioni contenute nel Codice del consumo.

---

<sup>95</sup> Si veda ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 2001, 84, il quale evidenzia come nella concezione tradizionale il rapporto fra parte generale e parte speciale dei contratti si basava su alcune premesse: a) unità contro pluralità o frammentazione, atteso che il contratto è una figura unitaria, mentre la disciplina si frammenta in relazione ai singoli contratti; b) regola contro eccezione, in quanto la disciplina generale ha valore di regola applicabile ad ogni contratto, mentre la disciplina del singolo tipo ha carattere eccezionale; c) centralità contro marginalità, ove le norme di parte generale costituiscono il cuore della disciplina del contratto, mentre le norme di parte speciale hanno una posizione di secondo piano. «Queste premesse sono oggi in crisi per effetto di processi sviluppatasi con particolare intensità nell'ultima fase del secolo XX».

<sup>96</sup> La definizione di consumatore viene inserita per la prima volta nel nostro ordinamento in seguito al recepimento della direttiva comunitaria 93/13/CE attuata con la legge 6 febbraio 1996 n. 52, la quale, aggiungendo il Capo XIV-*bis* al Titolo II del Libro IV del Codice civile, ha introdotto la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore. In seguito, sempre su impulso del legislatore comunitario, si sono avuti numerosi interventi del legislatore nazionale che, pur prendendo avvio dalla definizione di cui all'art. 1469*bis* c.c., presentavano lievi modifiche lessicali che hanno fatto insorgere in dottrina e giurisprudenza accesi dibattiti.

In particolare ci si riferisce a: a) articoli di cui alla parte II, titolo II, rubricato Informazioni ai consumatori; b) artt. 33 - 37, in materia di clausole vessatorie; c) artt. 44 - 49, se il contratto è concluso fuori dai locali commerciali<sup>97</sup>; d) artt. 50 - 61, se il contratto è concluso a distanza<sup>98</sup>; e) artt. 62 - 67, recanti disposizioni comuni da applicare a tutti i contratti conclusi da un consumatore; f) articoli di cui alla parte V, rubricata Associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia.

La disciplina consumeristica di cui agli articoli della parte II, titolo II, in materia di obblighi informativi può trovare applicazione al contratto di servizi *cloud* anche nell'ipotesi in cui il rapporto sia stato concluso per soddisfare esigenze imprenditoriali, commerciali, artigianali o professionali, qualora il contratto sia stato concluso secondo gli schemi del commercio elettronico, di cui al D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70<sup>99</sup>, c.d. decreto *ecommerce*.<sup>100</sup>

Secondo il disposto del citato decreto si è nell'ambito del commercio elettronico ogni qual volta viene concluso un contratto mediante dichiarazioni negoziali inviate telematicamente ed in un contesto di contrattazione di massa<sup>101</sup>.

La *ratio* di questa limitazione oggettiva è da rinvenire nell'esigenza di tutelare maggiormente il contraente (soltanto) là dove sia effettivamente posto in una situazione di debolezza contrattuale dovuta all'assenza di un canale comunicativo individuale, come avviene nel caso dei contratti conclusi tramite accesso ad un sito *web*.

---

<sup>97</sup> Si permetta di rinviare a STAZI-MULA, *Il consumatore, la pubblicità e le pratiche commerciali scorrette*, in CASSANO - DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 297.

<sup>98</sup> *Ibidem*, 306.

<sup>99</sup> D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, recante Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

<sup>100</sup> Cfr. PARISI, *Il commercio elettronico*, in SICA - ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2012, III edizione, 397; CLARIZIA, *Contratti e commercio elettronico*, in DURANTE - PAGALLO, *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, 361 ss.; GENTILI - BATTELLI, *I contratti di distribuzione del commercio elettronico*, in BOCCHINI - GAMBINO (a cura di), *I contratti di somministrazione e di distribuzione* Milano, 2011, 347 ss.; MINERVINI - BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Informatica*, Napoli, 2011, 360.

<sup>101</sup> Cfr. GAMBINO - STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino, 2012, 126 ss.; STAZI-MULA, *Il consumatore nei servizi di comunicazione elettronica, nell'e-commerce e nell'e-trading*, in CASSANO-DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 992 ss.

Dal punto di vista soggettivo, peraltro, la normativa trova applicazione indifferentemente ai contratti posti in essere tra consumatore e professionista, ovvero tra professionisti<sup>102</sup>, con la differenza che nella prima fattispecie l'obbligo di inoltro delle informazioni è inderogabile, mentre nel secondo caso le parti possono stabilire diversamente.

Da quanto appena esposto emerge chiaramente come il quadro normativo nel quale si inserisce il contratto di servizi di *cloud computing* non si componga solo delle disposizioni codicistiche in materia di somministrazione, trovando applicazione anche numerosi articoli del Codice del consumo e del Decreto E-Commerce, in grado di accrescere maggiormente la fiducia degli utenti in questo nuovo servizio di fruizione delle tecnologie informatiche.

---

<sup>102</sup> Trovano applicazione ai contratti tra professionisti, oltre al decreto *ecommerce*: a) la Circolare Ministero Industria, 1 giugno 2000, n. 3487/c recante «indicazioni sulla disciplina applicabile all'attività di vendita tramite mezzo elettronica denominata - commercio elettronico»; b) raccomandazione Comm. Europea 30 luglio 1997, n. 489 in materia di «operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici»; c) D.Lgs. 1 marzo 2002, n.39, recante «esercizio e vigilanza prudenziale sull'attività degli istituti di moneta elettronica».