

---

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E  
STATISTICHE**



**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN  
RAPPORTI GIURIDICI TRA PRINCIPI COMUNITARI,  
COSTITUZIONALI ED INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL  
MERCATO  
XIV CICLO**

**TESI DOTTORATO  
in  
DIRITTO PRIVATO**

Fornitura di servizi informatici alle imprese e *outsourcing*

Coordinatore  
**Chiar.ma Prof.  
Daniela Valentino**



Tutor  
**Chiar.mo Prof.  
Marcello D'Ambrosio**



Dottorando *dott.ssa Tiziana Baratta*

---

a. a. 2015/2016

INTRODUZIONE.....	p. 1.
-------------------	-------

CAPITOLO PRIMO  
FORNITURA DI SERVIZI INFORMATICI ALLE IMPRESE E  
*OUTSOURCING*

1.1 Il bene informatico quale oggetto della prestazione dei contratti di fornitura di servizi informatici.....	p. 4;
1.2 Fornitura di sistema <i>edp</i> tra contratto misto e collegamento negoziale.....	p. 9;
1.3 L'evoluzione della prassi commerciale: dai contratti di <i>computer service</i> all' <i>outsourcing</i> .....	p. 24;
1.4 <i>Segue</i> . L' <i>outsourcing</i> telematico tra <i>application service provisioning</i> e <i>cloud computing</i> .....	p. 32;
1.5 Il polimorfismo dell' <i>outsourcing</i> .....	p. 38;
1.6 Natura giuridica dei contratti di fornitura di servizi informatici e di <i>outsourcing</i> .....	p. 46;
1.7 L'oggetto nei contratti di <i>outsourcing</i> e gli obblighi d'informazione e la tutela del contraente debole.....	p. 65;
1.8 L'affidamento dei servizi informatici nella pubblica amministrazione: la linea confine tra in <i>house providing</i> e <i>outsourcing</i> .....	p. 76;
1.9 <i>Segue</i> . Appalti pubblici e <i>ius variandi</i> .....	p. 85;

CAPITOLO SECONDO  
*OUTSOURCING* E CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE

2.1 La continua evoluzione del bene informatico e la problematica delle sopravvenienze .....	p. 94;
2.2 Il problema delle sopravvenienze nei Principi Unidroit nei Principi di diritto europeo dei contratti.....	p. 105;
2.3 Uno sguardo all'ordinamento spagnolo.....	p.113;
2.4. Le soluzioni dell'ordinamento italiano tra risoluzione e rinegoziazione. L'integrazione equitativa.....	p. 121;
2.5 Il primato dell'autonomia privata e la necessità di una clausola di rinegoziazione.....	p. 128;
2.6 La disciplina della rinegoziazione nei contratti di <i>outsourcing</i> .....	p. 135;

CAPITOLO TERZO  
PATOLOGIA NEGOZIONALE.  
L'INADEMPIMENTO CONTRATTUALE E LA GESTIONE DELLA  
*DISPUTE RESOLUTION*

3.1 L'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare.....	p. 146;
3.2 Ulteriori ipotesi di d'inadempimento e concetto di gravità.....	p. 153;
3.3 <i>Segue.</i> Livelli di servizio e clausole di limitazione della responsabilità.....	p. 161;
3.4 La risoluzione delle controversie nei contratti di <i>outsourcing</i> , Strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria e rapporti con il contenzioso.....	p. 166;
3.5 Lo scarso interesse delle imprese verso forme di autocomposizione delle controversie.....	p. 175;
3.6 Le clausole compromissorie.....	p.181;
3.7 <i>Segue.</i> Arbitrato ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre.....	p. 190;
3.7 Sistemi ODR e applicabilità ai contratti di <i>outsourcing</i> .....	p. 194;
CONCLUSIONI.....	p. 209;
BIBLIOGRAFIA.....	p. 215;
INDICE DEGLI AUTORI.....	p. 243;

## INTRODUZIONE

I contratti di fornitura di servizi informatici alle imprese e, piú nello specifico i contratti di *outsourcing*, rappresentano delle figure negoziali altamente complesse, sia per i beni che ne formano oggetto sia per le modalità di erogazione, in quanto si confrontano continuamente con le sempre crescenti implementazioni tecnologiche. Piú che delle autonome fattispecie negoziali, in realtà rappresentano modalità organizzative o dei processi aziendali riferibili a una molteplicità di settori imprenditoriali, benché l'*outsourcing* abbia trovato maggiore diffusione con riferimento al settore informatico. L'*outsourcing* dei servizi IT, infatti, si sostanzia nell'affidamento a imprese terze di interi settori o rami aziendali, così da permettere all'impresa servita di concentrare le proprie attività sul *core business*, lasciando all'*outsourcer*, un'azienda fortemente specializzata, il compito di fornirle i servizi di cui ha bisogno, a fronte del pagamento del prezzo.

L'evoluzione della prassi commerciale ha portato alla nascita di questa complessa modalità organizzativa, la quale continua ad evolversi, in maniera piú o meno speculare all'evolversi dei beni informatici, come dimostrato dall'abbandono delle piú semplici fattispecie di contratti *computer service* per una gestione di servizi altamente all'avanguardia e maggiormente integrati nella vita delle imprese.

Il contratto di *outsourcing* ha durata determinata, la quale nelle maggior parte delle ipotesi è medio/lunga. Nasce così un rapporto duraturo tra le imprese, sulla base della fiducia che l'una rivolge nell'altra e che soprattutto l'*outsourcee* rivolge all'impresa fornitrice laddove si priva del controllo di un intero settore o ramo aziendale, il quale a seconda dell'esigenze concrete, può essere vicino all'oggetto principale dell'attività d'impresa, o soltanto strumentale a esso.

La durata medio/lunga del contratto unitamente alla complessità delle prestazioni impone di affrontare un'analisi sulle sopravvivenze. L'evoluzione dei servizi informatici, così come delle modalità della loro erogazione, può spingersi fino al punto da non rendere piú attuali gli interessi delle parti alla fornitura pattuita e provocare una rottura dell'equilibrio originariamente pattuito. Conseguentemente, si rende opportuno indagare su quali siano le circostanze di fatto in grado di influire sul

rapporto contrattuale e quali i possibili rimedi e soluzioni che le imprese possono prevedere *ex ante*, già al momento della conclusione del contratto. Indagine che non può prescindere da un'analisi delle più recenti acquisizioni europee, come i Principi Unidroit e i principi di diritto europeo, nonché di un ordinamento di *civil law* estremamente vicino all'ordinamento italiano, quello spagnolo.

Ma la complessità dell'oggetto contrattuale richiede altresì che si esaminino gli indici di adempimento contrattuale, così da valutare la gravità dell'adempimento medesimo, al fine di consentire alle parti di valutare nel modo più idoneo l'opportunità della conservazione del vincolo contrattuale ovvero il suo scioglimento.

I contratti fra imprese, infatti, non possono prescindere da una previsione delle modalità di gestione dell'inadempimento già al momento del perfezionamento del contratto, che individuino il rimedio che maggiormente riesce a soddisfare le esigenze dei contraenti nella fase delicata della patologia contrattuale. Lo sguardo non può che essere rivolto agli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giustizia statale, i quali saranno esaminati tenendo presente le esigenze proprie delle imprese, con particolare riguardo alle ipotesi, come il contratto di *outsourcing* ove è imprescindibile la fiducia che l'*outsourcee* ha nei confronti dell'*outsourcer*, ma soprattutto valutando l'effettività della tutela apprestata alla luce dei principi inderogabili di matrice comunitaria e costituzionali, quali quello del giusto processo.

**CAPITOLO PRIMO**  
**LA FORNITURA DI SERVIZI INFORMATICI ALLE**  
**IMPRESE E *OUTSOURCING***

## 1.1 Il bene informatico quale oggetto della prestazione dei contratti di fornitura di servizi informatici

I servizi informatici rappresentano beni indispensabili nella vita delle imprese, beni il cui godimento è divenuto nel corso degli anni imprescindibile per la competitività e l'economia aziendale. La complessità ontologica dei servizi informatici ha fatto sì che nella prassi commerciale si sviluppasse una ricca mole di contratti, volti ad assicurare una migliore fruizione dei prodotti informatici, ottimizzando in tal modo le risorse imprenditoriali. Tali contratti, definiti genericamente informatici, si distinguono tradizionalmente, in contratti aventi oggetto informatico e contratti conclusi mediante strumenti informatici, c.dd. contratti telematici<sup>1</sup>. Tale distinzione, però, non implica una netta separazione fra le due figure negoziali, le quali, invece, nel corso degli ultimi anni hanno trovato una forte commistione. In questo contesto, si inseriscono i contratti di fornitura di servizi informatici e l'*outsourcing* di servizi IT, i quali nascono come contratti ad oggetto informatico, ma che recentemente si strutturano anche come contratti telematici.

Un corretto approccio delle fattispecie negoziali al vaglio non può prescindere dallo svolgimento di alcune brevi considerazioni in ordine al bene oggetto dei negozi medesimi.

Un servizio o un bene per essere definito informatico deve essere necessariamente inerente alla scienza informatica, la quale si occupa dello studio dell'elaboratore elettronico, la c.d. *computer science*<sup>2</sup>. Il sistema informatico, conosciuto anche come sistema EDP (*Electronic Data Processing*), è formato principalmente da *software* e *hardware*, i quali, pur essendo dei beni nettamente distinti, sono

---

<sup>1</sup> Tra i principali studiosi che si sono occupati dei contratti informatici e in particolare della distinzione tra contratti con oggetto informatico e contratti telematici si segnalano: V. CARRASCOSA LÓPEZ, M.A. POZO ARRANZ e E.P. RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Granada, 1999, *passim*; P. CERINA, *I contratti internazionali di informatica e legge applicabile: prime considerazioni*, in *Dir. inf.*, 1994, p. 405; R. D'ORAZIO e V. ZENO ZENOVICH, *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, *ivi*, 1990, p. 421; B. MUSTI, *I contratti ad oggetto informatico*, Milano, 2001, *passim*; M. REYES CORRIPIO GIL-DELGADO, *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*, Madrid, 1999, *passim*; C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, III, 11, 2ª ed., Torino, 2000; P. SOLER MATUTES, *Aspectos generales de la contratación informática*, in AA. VV., *Manual de gestión y contratación informática*, P. Saler Matutes, M. Piattini Velthuis (a cura di), Navarra, 2008; V. ZENO ZENOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti d'informatica*, in G. Alpa e V. Zeno Zenovich, *I contratti dell'informatica*, Milano, 1987.

<sup>2</sup> Cfr. B. MUSTI, *o.c.*, p. 9.

funzionalmente collegati tra loro: l'*hardware* da solo può essere utilizzato, necessita delle istruzioni del *software*<sup>3</sup>; allo stesso modo il *software* ha bisogno di una macchina in grado di supportarlo<sup>4</sup>. Si tratta, dunque, di un bene complesso, composto di più unità, di cui l'*hardware* e il *software* costituiscono senz'altro le principali.

L'*hardware* è un elemento statico, è la macchina, l'apparecchiatura elettronica che consente di elaborare i dati del *software*, composto da una unità centrale e da uno o più terminali. Anche l'*hardware* medesimo, dunque, è un bene complesso, composto da alcuni elementi necessari, quali a titolo esemplificativo la scheda madre e il processore, e da taluni elementi accidentali, come stampanti, lettori cd, etc.

Caratteristica peculiare dell'*hardware* è la sua natura giuridica, giacché può essere inteso tanto come bene mobile materiale, quanto come bene immateriale<sup>5</sup>. L'*hardware* nella fase di sviluppo e progettazione rappresenta un'invenzione e in quanto tale è oggetto di disciplina e di tutela da parte del diritto industriale. La creazione della macchina rileva quale opera d'ingegno, creazione intellettuale<sup>6</sup>, suscettibile di brevetto, allorquando siano presenti gli ulteriori requisiti necessari di legge.

---

<sup>3</sup> Con specifico riferimento alle istruzioni che il *software* fornisce all'*hardware*, solitamente si distingue tra istruzioni di base, ossia quelle destinate alla memoria permanente, che hanno ad oggetto le funzioni più generali, da quelle di tipo operativo, che riguardano funzioni specifiche, poiché rispondono a specifiche esigenze dell'utilizzatore.

<sup>4</sup> Sul punto, è stato attentamente osservato che *hardware* e *software* sebbene siano destinati a integrarsi fra loro in una sintesi funzionale, cosicché nessuno abbia una utilità immediata senza l'altro, non perdono mai la loro rispettiva individualità. Ciascun componente è stato concepito come elemento a sé stante, di modo tale da poter essere unito a qualsiasi altro e da avere un valore economico suo proprio tanto che nella considerazione economico sociale vengono sempre tenuti distinti, così R. BORRUSO e G. CIACCI, *Diritto civile e informatica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 80.

<sup>5</sup> Sebbene l'articolo 810 c.c. determini la categoria dei beni facendo riferimento alle cose, sembra ormai pacifico che la prima categoria sia molto più ampia della seconda. È stato rilevato che la norma in oggetto, in realtà, non valga a individuare il bene, bensì a questi beni che nella loro entità materiale sono cose. Conseguentemente, non può ritenersi che l'art. 810 c.c. detti limiti di sostanza o concettuali, in quanto non riferendosi alla nozione di bene, non presupponga una identificazione tra bene e cosa, in questo senso D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 123;

<sup>6</sup> In questo senso cfr., tra gli altri, F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi nel commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (diretto da) Padova, 2010, pag. 451 e ss., i quali osservano che l'*hardware*, dal punto di vista del diritto, rappresenta innanzitutto un bene immateriale; ogni nuovo tipo di *hardware*, infatti, costituisce una invenzione, con la conseguenza che su di esso all'inventore spettano i diritti propri di ogni inventore. Soltanto in un secondo momento rileva come bene materiale, quando lo sfruttamento industriale dell'invenzione dà vita alla produzione in serie di molteplici macchine, le quali rappresentano tutte beni materiali, allo stesso modo di qualsiasi altra apparecchiatura o macchinario.

Ma è nella sua accezione di bene materiale che l'*hardware* rileva nei contratti di fornitura di servizi informatici. Le imprese che acquistano il servizio, infatti, non si interessano alla fase della progettazione, piuttosto all'apparecchiatura compiuta, in grado di supportare il *software* necessario per lo svolgimento dell'attività principale.

Invero, è stato sostenuto che anche il componente *software*<sup>7</sup> sia dotata della duplice natura di bene immateriale e materiale<sup>8</sup>. Si ritiene, tuttavia, di dover dissentire da questa impostazione nella parte in cui si attribuisce al programma per elaboratore natura di bene materiale. Orbene, questa natura la si rinviene nel momento in cui il *software* viene «incorporato» in un supporto informatico. Ma, in realtà, per quanto il *software* possa trovare la propria esternalizzazione attraverso un supporto materiale, che permetta al programma medesimo di comunicare con le restanti componenti meccaniche, detta incorporazione sia meramente strumentale al suo utilizzo e assolutamente insufficiente ad attribuire il carattere della materialità. Dotare il programma di un supporto materiale che ne permetta la circolazione, la diffusione o la riproduzione, non vale a qualificarlo anche quale bene corporale. Il collegamento tra il programma e il supporto non è così forte da penetrare nella natura giuridica del bene, come appare facilmente dimostrabile dalla circostanza che il *software* vive anche fuori da quello specifico mezzo meccanico in cui viene memorizzato e anche con qualsiasi altro supporto.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, si deve concludere per la natura meramente immateriale del *software*. Immaterialità, invero, è di facile intuizione: il programma rappresenta un'estrinsecazione dell'ingegno umano, una creazione dell'autore che al pari di ogni bene immateriale è dotata dei caratteri dell'intangibilità,

---

<sup>7</sup> Tradizionalmente, si distingue tra il programma vero e proprio, il materiale preparatorio del programma, il materiale di accompagnamento al programma finito, ove per materiale preparatorio può intendersi gli studi preliminari, i documenti e tutto il materiale relativo alla fase di creazione del programma, mentre per materiale di accompagnamento la documentazione relativa al funzionamento del *software*. Quanto, invece, al programma vero e proprio, invece, occorre distinguere tra codice sorgente, il quale consiste in un complesso d'istruzioni, rivolte all'*hardware*, nella sua formulazione originaria, rappresenta i suoi «algoritmi» nel linguaggio di programmazione scelto, ed il codice oggetto, che rappresenta il c.d. *compiler*, una serie di numeri esadecimali in grado di tradurre il contenuto del codice sorgente.

<sup>8</sup> Cfr. Pret. Monza 21 marzo 1991, in *Dir. inf.*, 1991, p. 936, il quale ha statuito che «Il programma, costituito da una serie di istruzioni per il funzionamento della macchina elettronica, sotto il profilo della utilizzatore è un «oggetto» fisicamente individuato. Tale programma, infatti, al di là del suo contenuto «logico» è costituito da una complessa sequenza di «fisiche» magnetizzazioni e smagnetizzazioni la cui disposizione sul supporto magnetico corrisponde a ben precise collocazioni materiali».

incorporeità, creatività<sup>9</sup> e riproducibilità<sup>10</sup>. Caratteri fondamentali per il riconoscimento di tutela, posto che, come ha rilevato la piú attenta dottrina, questa viene riconosciuta soltanto in presenza di determinati presupposti. Ciò in quanto, poiché l'ordinamento non ha potuto prendere atto della realtà naturale della *res*, ha sentito l'esigenza di individuare tra le molteplici entità immateriali quelli meritevoli di tutela, la quale trova la propria *ratio* nell'attuazione di un diritto generale e collettivo e nell'arricchimento del patrimonio culturale, progresso tecnico ed economico<sup>11</sup>. In questo senso, il *software* ha trovato piena tutela.

Le imprese che acquistano servizi informatici, dunque, devono necessariamente dotarsi della relativa licenza, fermo restando che per determinati prodotti maggiormente complessi, utilizzati in via strumentale per fornire il servizio, farà il fornitore a dover acquistare i diritti di uso<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Il carattere della creatività del *software* è alquanto discusso e nello specifico è in dubbio se esso debba intendersi in senso assoluto, nel senso che il programma creativo si debba configurare come totalmente nuovo ed innovativo rispetto allo stato dell'arte, ovvero in senso relativo, e quindi anche come modifica di creazioni già esistenti, che riesca però a portare a risultati nuovi e funzionali per l'utente. In quest'ultimo senso, si è espressa recentemente la giurisprudenza di legittimità, la quale ha sostenuto che «la creatività e l'originalità dell'opera sussistono anche qualora l'opera sia composta di idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purché formulate ed organizzate in modo personale ed autonomo rispetto alle precedenti», così, Cass., 12 gennaio 2007, n. 581, con nota di A. ZINCONE e M. SANTOPADRE, *La nozione di originalità del software alla luce delle ultime pronunce della cassazione: come salvare la creatività?*, in *Dir. aut.*, 2008, p. 69.

<sup>10</sup> La riproducibilità è indice della rilevanza economica del bene: esso proprio in quanto riproducibile può essere utilizzato economicamente, laddove, invece, un bene realizzato in un unico esemplare comporta l'annullamento del diritto d'autore, così G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, in AA. VV., *Studi in memoria di Ascarelli*, II, Milano, 1969, p. 619. Il presente requisito, inoltre, rileva, anche sotto il profilo della tutela che l'ordinamento appresta al titolare di un diritto immateriale, posto che a quest'ultimo viene attribuito il diritto di inibire a terzi la riproduzione del bene medesimo.

<sup>11</sup> Cfr. O. OPPO, *Creazione ed esclusiva del diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 187. In merito altra dottrina ha osservato che le motivazioni di politica del diritto che hanno indotto a prestare rilevanza giuridica a questi beni immateriali devono rinvenirsi nella finalità di rivalutazione del lavoro creativo, così D. MESSINETTI, *Beni Immateriali*, *Enc. giur.* Trecc., V, Roma, 1988, p. 2.

<sup>12</sup> In tema di *software* una delle problematiche maggiormente rilevanti attiene alla c.d. l'oggettività giuridica dei beni immateriali. Anche con riguardo ai diritti sui beni immateriali si è parlato di tipicità e *numerus clausus*, non tanto in virtù di una presunta simmetria tra formale con i principi dei diritti reali, quanto preservare quell'equilibrio raggiunto dal legislatore, sulla base di una precisa analisi dei costi e benefici, equilibrio che oscilla tra la circolazione dell'informazione, dei saperi tecnici ed in generale l'interesse pubblico alla diffusione delle idee ed al libero accesso alle risorse intangibili nell'interesse del titolare al godimento in forma esclusiva dei frutti della propria attività e dei propri investimenti [così G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in AA. VV., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, G. Resta (a cura di), Milano, 2011, p. 26]. È discutibile se si possa parlare in proposito di diritto di proprietà. La possibilità che ai beni immateriali non corrispondano diritti soggettivi è stata valutata, in particolare con riferimento ai diritti della personalità, ove è stato precisato che i beni della personalità rappresentano sì beni per il soggetto, ma non costituiscono oggetto di altrettanti diritti soggettivi, i quali, conseguentemente non sono né trasferibili, né rinunziabili (così F. SANTORO-

Bisogna dare atto, infine, di una diversa interpretazione, la quale ricostruisce il *software* non tanto in termini di bene, quanto in quelli di servizio<sup>13</sup>. In altri termini, questa dottrina s'interroga sulla corretta qualificazione del *software* come bene, ovvero come prestazione d'opera intellettuale<sup>14</sup>, giungendo a diverse conclusioni a seconda

---

PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p.50). In merito, è stato posto in evidenza che la problematica principale sia quella dell'esatta identificazione tra oggetto e bene, problematica risolta da autorevole dottrina, la quale ha affermato che la persona deve essere intesa al tempo stesso sia quale soggetto titolare del diritto sia quale riferimento oggettivo del rapporto e nello specifico che «in questi rapporti il bene in senso giuridico non è mai l'uomo in sé come cosa animale utile, bensì la prestazione liberamente adempiuta. V'è il collegamento alla concezione dell'oggetto del diritto della personalità come interesse espresso dalla relazione tra soggetto e corpo», così P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 23. Si potrebbe sostenere che il bene immateriale, al pari di ogni altro bene, o cosa, ben possa essere oggetto del potere di godimento e di disposizione in maniera piena ed esclusiva, da parte del titolare, configurando pertanto un possesso di tipo esclusivo (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1975, p. 87). Quest'orientamento, tuttavia, è criticabile in quanto il diritto di proprietà presuppone una relazione materiale ed esclusiva tra il bene e il soggetto, tale da assicurare a quest'ultimo il godimento diretto delle utilità derivanti dal bene medesimo. Orbene, questa relazione sembra mancare ove il bene considerato sia di tipo immateriale. Si è accennato in precedenza alla riproducibilità. Il godimento del bene immateriale si verifica proprio mediante la sua riproduzione, la quale consente il godimento anche di più soggetti in via contemporanea. La particolare natura del bene immateriale non dà mai luogo a un conflitto di diritti di godimento, né una *diminutio* delle situazioni soggettive, a differenza di quanto avviene nello schema paradigmatico della compravendita, proprio per i caratteri della trascendenza, infinita riproducibilità ed indistruttibilità, in questo senso P. SAMMARCO, *Software ed esaurimento del diritto*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 1036. Deve così essere considerata esclusa qualsiasi forma di godimento di tipo esclusivo. Al più potrà parlarsi di proprietà intellettuale, la quale, tuttavia, non si configura come diritto reale, ma quale proprietà *sui generis* (Cfr., *ex multis*, G. SENA, *Note critiche sul procedimento di mediazione e conciliazione – sua disapplicazione alla proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 170). Appare chiaro, allora, che il godimento non può avvenire in via diretta, ma solo attraverso la riproduzione del *software*, pertanto, non può essere oggetto di diritto di proprietà. Del resto, la circostanza che i diritti sui beni immateriali siano disciplinati dal libro del lavoro è sintomatica della non realtà dei diritti medesimi. Sul punto, non si può non tener conto di una diversa lettura della fattispecie, secondo la quale il problema non andrebbe affrontato in termini di relazione proprietà-godimento, ma alla luce della nuova relazione tra proprietà e sistema produttivo. Il diritto di esclusiva sul *software* creato altro non sarebbe che un mezzo attraverso il quale l'impresa riesce a recuperare i costi di ricerca e di sviluppo. Sostiene il G. SENA, *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 59, che «ciò che più rileva è che, attraverso il sistema della proprietà intellettuale, la redistribuzione dei costi di ricerca e sviluppo, e quindi indirettamente la allocazione delle risorse destinate ai diversi momenti di tale attività, è determinata dal prodotto ottenuto e dalle scelte del mercato. La natura immateriale ed infinita dei beni non gioca, in tale prospettiva, alcun ruolo e la proprietà intellettuale si pone sullo stesso piano di tutte le altre forme di proprietà. La proprietà intellettuale è dunque l'istituto giuridico che consente la allocazione delle risorse nella ricerca e sviluppo, secondo la logica della economia di mercato, al di fuori di ogni discrezionalità amministrativa».

<sup>13</sup> La questione della qualificazione del programma come servizio è stata affrontata anche in ambito giurisprudenziale, ove è stato sostenuto un contratto mediante il quale un'impresa assume l'obbligo di fornire il *software* a fronte del pagamento di un determinato prezzo, non può essere qualificato come un negozio tipico di compravendita, bensì come negozio atipico, misto, di vendita con contestuale obbligo di prestazione di servizi, siano essi saltuari o continuativi, purché idonei a consentire l'ottimizzazione della gestione di un ramo aziendale, Trib. Massa Carrara, 26 marzo 1996, in *Arch. civ.*, 1996, p. 1296.

<sup>14</sup> Così R. BORRUSO e G. CIACCI, *o.c.*, p. 102, i quali hanno attentamente rilevato che la questione non è puramente teorica, ma incide notevolmente sul bilancio dell'impresa, in quanto laddove il

della circostanza che il programma sia stato o meno sviluppato su commissione del cliente<sup>15</sup>. Laddove il *software* sia stato commissionato da un cliente, esso va inteso quale servizio. In questo caso, infatti, il programmatore o l'impresa hanno fornito un prestazione d'opera intellettuale, la quale è rivolta esclusivamente al committente: solo quest'ultimo avrà, presumibilmente, il diritto di sfruttamento economico. Diversamente, nell'ipotesi in cui la *software house* abbia realizzato il programma per offrirlo al vasto pubblico. Qui la realizzazione del bene è effettuata al fine di creare un prodotto da destinare a una generalità di persone, a un prezzo uniforme, cosicché sarà considerato bene tanto quello già venduto, quanto quello incorporato in un supporto materiale ed ancora giacente in magazzino.

Accanto ad *hardware* e *software* è possibile individuare un'altra categoria di bene informatico: l'informazione. Si tratta del prodotto o del risultato derivante dall'utilizzo congiunto delle componenti precedentemente descritte. In altri termini, l'informazione costituisce la prestazione informatica, la quale sempre più spesso costituisce oggetti dei contratti informatici.

## **1.2. Fornitura di sistema edp tra contratto misto e collegamento negoziale**

Alla complessità ontologica dei beni informatici corrisponde la complessità delle operazioni negoziali. I contratti di fornitura di servizi informatici, infatti, come sopra accennato, sono volti principalmente all'acquisizione, in maniera congiunta o

---

*software* venga considerato un bene verrà collocato all'attivo del conto patrimoniale, sicché sarà assoggettato a un progressivo decurtamento del valore per effetto dell'ammortamento, diversamente se considerato come servizio, e quindi come prestazione d'opera, verrà inserito al passivo in relazione al costo sostenuto per realizzarlo, ma non anche all'attivo come entità a sé stante.

<sup>15</sup> Secondo altra dottrina questa distinzione rileva, al fine di classificare il programma quale bene o servizio, bensì per qualificarlo come materiale ovvero immateriale, in quanto i programmi *standard* sono destinati a soddisfare il bisogno di un numero illimitato di utilizzatori, e pertanto sono riprodotti su nastri o dischi tutti uguali tra loro; chi li desidera deve procurarseli. I programmi individualizzati, invece, mirano a soddisfare le esigenze specifiche di un singolo utilizzatore, sicché del supporto su cui sono impressi vi è un unico esemplare. In tale ipotesi non siamo di fronte a una vendita di bene materiale, ma un bene immateriale, a un'opera d'ingegno e «la creazione di questa opera d'ingegno è un servizio che l'utilizzatore o il singolo programmatore libero professionista rende direttamente in adempimento di un contratto apposito», così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, p. 809.

disgiunta, di sistemi *edp*, stante la complementarità funzionale tra *hardware* e *software*<sup>16</sup>. Non risulta possibile garantire il godimento dell'elaboratore elettronico senza garantire il godimento del programma per l'elaboratore.

Inoltre, le imprese hanno iniziato a stipulare contratti che non si limitano alla mera fornitura di servizi informatici, ma che arricchiscono il contenuto contrattuale di ulteriori prestazioni, a seconda delle esigenze concrete dell'impresa. Sebbene tali prestazioni, spesso, vengano qualificate in termini di accessorietà delle obbligazioni principali, non mancano ipotesi in cui rappresentano proprio il motivo che spinge alla conclusione del contratto: sempre più spesso sorge la necessità di stipulare contratti che abbiano ad oggetto prestazioni eterogenee. Il contenuto di tali negozi è, dunque, un contenuto complesso.

Non è facile individuare la struttura negoziale che meglio risponde alle esigenze delle imprese, in quanto, da un lato emerge, almeno tendenzialmente, la loro preferenza per l'acquisizione unitaria – sebbene non manchino casi, soprattutto con riguardo alle società dotate di un alto grado di specializzazione informatica, in cui optino per l'acquisizione separata dei vari componenti per l'elaboratore – dall'altro bisogna considerare le esigenze delle imprese fornitrici che hanno maggiore interesse a che il sistema informatico venga acquistato mediante la stipulazione di una molteplicità di contratti<sup>17</sup>.

Originariamente si era sviluppata una prassi, soprattutto di matrice americana, per la quale si procedeva esclusivamente alla fornitura di *hardware*, al quale si univa, in via accessoria, la fornitura di un pacchetto *software*, con la previsione del pagamento di un unico prezzo, c.d. *blundled package*. Oggetto principale del contratto era

---

<sup>16</sup> È stato puntualmente osservato che la complessità dei contratti a oggetto informatico discende dalla circostanza per la quale le imprese che necessitano la stipulazione di tali contratti mostrano l'esigenza di informatizzare la propria attività. Conseguentemente, devono coniugare le conoscenze relative all'oggetto della propria attività produttiva con quelle informatiche, così da riuscire a individuare la soluzione più adatta per automatizzare le procedure della propria attività d'impresa. In questo senso, B. MUSTI, *o.c.*, p. 20.

<sup>17</sup> Dai contratti di fornitura dei servizi informatici vanno tenuti distinti i contratti per la fornitura di solo *hardware*. È questo un contratto che ha trovato poca diffusione in commercio, per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, l'acquisto separato di *hardware* e *software* presuppone un elevato grado di conoscenza del mondo informatico, tale da riuscire a combinare perfettamente i due distinti beni, che non sempre si presentano compatibili tra loro; in secondo luogo, perché il mercato spesso non lascia spazio alla fornitura separata dei vari componenti dell'elaboratore, prevedendo quale unica possibilità l'acquisto di elaboratori elettronici, già corredati di sistema operativo, così B. MUSTI, *o.c.*, p. 56.

rappresentato, pertanto, unicamente dalla componente meccanica, la quale costituiva l'elemento di maggiore onerosità, mentre il *software* veniva realizzato *ad hoc*, così da permettere il funzionamento dell'*hardware* e soltanto di quell'*hardware*: le due componenti non erano autonome l'una dall'altra.

Il rispetto della normativa antimonopolistica ha indotto a una revisione di tale prassi negoziale. La previsione del solo *hardware* quale oggetto principale del contratto venne giudicata monopolistica sia dalle corti americane<sup>18</sup> che dalla Corte di Giustizia Europea<sup>19</sup> in quanto, in violazione delle norme *antitrust*, costringeva il cliente a rivolgersi esclusivamente all'impresa fornitrice dell'*hardware*, spingendo così fuori dal mercato le *software house* minori<sup>20</sup>. Un mercato orientato alla libera concorrenza dovrebbe, infatti, garantire ai clienti la facoltà di scegliere liberamente il soggetto a cui rivolgersi. Pertanto, dal c.d. *blundled package* si è arrivati all'*unbundling package*, il quale prevede la frammentazione negoziale della fornitura del sistema informatico.

Invero, sebbene il ricorso all'*unbundling package* offra un maggior rispetto della libera concorrenza, molteplici sono i problemi giuridici, che possono sorgere dalla frammentazione dello schema contrattuale. In questo contesto, si considerano vietate le clausole leganti o prestazioni gemellate, tra prodotti informatici, c.d. *tying contracts*, in virtù del quale l'acquisto di un determinato bene informatico è condizionato all'acquisto di un altro bene, anche se il cliente intende acquistare un solo prodotto<sup>21</sup>. Ma nonostante tale divieto, l'esigenza di disporre di un sistema informativo complesso, determina il ricorso a molteplici contratti conclusi con il medesimo operatore.

---

<sup>18</sup> La questione ha assunto enorme rilevanza con la controversia tra IBM ed altre imprese informatiche di minori dimensioni, analizzata da C. ROSSELLO e V. ZENO ZENOVICH, *Condizioni generali di contratti di utilizzazione del computer* (ricerca del centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei), in *Dir. inf.*, 1986, p. 266.

<sup>19</sup> Cfr. Corte giust., 17 settembre 2007, c.-201/04, in *Journal official dell'Un. Eur.*, 10 novembre 2007, c. 269/45.

<sup>20</sup> Che la complessità dei contratti ad oggetti informatico si rinvenibile anche nella loro origine storica è una conclusione condivisa anche da E. TOSI, *natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, in *Dir. Inf.*, 1995, p. 390, il quale analizzando la contrattualistica nordamericana, ha osservato che essa si è sviluppata nel rispetto del rispetto della normativa antimonopolistica, vigente in quel dato contesto, rivolta alla tutela della libertà di mercato e di un regime concorrenza effettivo; tutela che può essere soddisfatta attraverso la pluralità di contratti.

<sup>21</sup> Il divieto è espressamente previsto dall'art. 101 lett. e) (già art. 81), nonché dall'art. 102, lett. d) (già art. 82) del Trattato istitutivo CE. Per un approfondimento sul tema v. G. MERUZZI, *Clausole leganti, vendita sotto costo e abuso di posizione dominante*, in *Dir. ind.*, 1995, p. 586;

L'impresa che necessitava di un servizio informatico, infatti, è consapevole delle proprie esigenze, ma non lo è altrettanto degli strumenti informatici in grado di soddisfarle<sup>22</sup>. Ciò in quanto si trova in una posizione «debole» rispetto l'impresa fornitrice e tale posizione la obbligava ad accettare i vincoli tecnologici e giuridici inseriti nel contratto. Nel settore dell'informatica, infatti, molto più che negli altri settori, l'asimmetria informativa è alquanto elevata e ciò a prescindere dalla circostanza che si tratti dei c.dd. contratti *b2b*. Appare chiaro che all'asimmetria informativa corrisponda un'asimmetria di potere, in quanto le imprese che contrattano con professionisti del settore, si affidano totalmente alla controparte contrattuale<sup>23</sup>. L'impresa che commissiona una fornitura di sistema informatico sembra così assumere il più delle volte la veste di «imprenditore debole»<sup>24</sup>. Si parla in proposito di «terzo contratto», per indicare quella particolare figura nella quale l'abuso del potere contrattuale non è subito da un consumatore ma da un imprenditore<sup>25</sup>. All'asimmetria informativa, infatti, si ricollega uno squilibrio nella

---

<sup>22</sup> Limpidamente D. VALENTINO, *La fornitura di servizi informatici e l'informatizzazione delle imprese*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, D. Valentino (a cura di), 3ª ed., Napoli, 2016, p. 238 osserva che l'impresa cliente «ha ben chiaro qual è il risultato che intende ottenere, ma non ha padronanza tecnologica adeguata per individuare quali tecnologie di *hardware* e *software* siano necessarie per raggiungerlo; inoltre, può non aver autonoma capacità di utilizzare immediatamente le apparecchiature, o di mantenerle e aggiornarle secondo eventuali ulteriori o diverse necessità».

<sup>23</sup> È stato prontamente osservato che l'asimmetria informativa conduce a un affidamento dell'impresa utente sia a livello tecnico, ed in particolare nella scelta del prodotto, sia a livello giuridico, specialmente in relazione alla ripartizione del rischio contrattuale ed alla disciplina della responsabilità, così R. BORRUSO e G. CIACCI, *o.c.*, p. 264.

<sup>24</sup> Sia il legislatore italiano che quello comunitario hanno preferito non prevedere alcuna forma di protezione del c.d. imprenditore debole, salvo che con riguardo alle microimprese, al fine evitare interferenze nello svolgimento della libera concorrenza; si veda al riguardo E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 124 ss.

<sup>25</sup> L'espressione «terzo contratto» è attribuita a R. PARDOLESI, Prefazione, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII, per evidenziare la posizione di un imprenditore debole che necessita tutela. Al riguardo, sembra doveroso precisare benché nel diritto italiano, così come nel diritto spagnolo, non esista una nozione di imprenditore debole, la dottrina si è interrogata sulle possibili forme di tutela, cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto* (Nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in *Danno e resp.*, 2010, p. 347 ss.; M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, «terzo contratto» e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.; R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, Napoli, 2014, *passim*; M.M. PARINI, *«Terzo contratto» e tutela dell'imprenditore debole*, in *Studiolum iuris*, 2015, p. 308 ss.; E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e «terzo contratto»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 857 ss. Non è mancato, tuttavia, chi ha negato l'esistenza di un'autonoma categoria dovendo piuttosto la debolezza essere valutata nel caso concreto, così E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 12, il quale ha chiarito che «la qualità di imprenditore debole è contingente, momentanea, occasionale, relativa» e pertanto la

regolamentazione, sintomatico di un abuso dell'autonomia contrattuale, che, il piú delle volte, trova il proprio rimedio nell'intervento equitativo del giudice<sup>26</sup>.

Lo squilibrio regolamentare è evidente nella circoscrizione del rischio dell'inadempimento: sull'impresa cliente grava il rischio che l'inadempimento di una prestazione determini sí la risoluzione di un contratto, ma non di tutti i contratti che l'utilizzatore concludeva per l'utilizzazione del sistema *edp*<sup>27</sup>. In tal modo, l'impresa servita è obbligata a rivolgersi al fornitore iniziale, anche al verificarsi di un suo inadempimento. Ma questo tipo di regolamentazione porta, dunque, a una significativa frustrazione dell'interesse che ha spinto alla contrattazione, interesse che può essere soddisfatto, soltanto quando i contratti stipulati sono eseguiti nella loro complessità.

L'interesse dell'impresa servita deve, pertanto, essere tutelato non considerando individualmente i singoli contratti, ma mediante una valutazione complessiva dell'inadempimento dell'intera operazione economica. Risultato raggiungibile attraverso il ricorso alle figure del collegamento negoziale e del contratto misto.

I due schemi negoziali si mostrano estremamente differenti l'uno dall'altro: mentre per collegamento negoziale si può intendere la conclusione di due o piú negozi<sup>28</sup>, strutturalmente collegati tra loro, ma teleologicamente orientati verso un unico scopo, nel contratto misto si è in presenza di una singola fattispecie negoziale, in cui si combinano diversi tipi legali<sup>29</sup>.

---

debolezza va valutata di volta in volta, in relazione alla specifica operazione economica»; ID., *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 496, il quale pur riconoscendogli il merito alla teorica del terzo contratto di aver distinto nettamente i contratti del consumatore dai contratti asimmetrici, nega che esso costituisca una categoria dogmatica unificante. Pur ammettendo che anche l'imprenditore si possa trovare in una situazione c.d. debole, parte della dottrina si è espressa in termini contrari alla categoria normativa del terzo contratto, così D. Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 509, la quale sul punto afferma che «la ricerca giuridica si associa al *marketing* per colpire con effetti speciali».

<sup>26</sup> In questo senso si esprime G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in AA. VV., *Il terzo contratto*, G. Gitti e G. Villa (a cura di), Bologna, 2008, p. 40, il quale sui rimedi equitativi posti a tutela dell'imprenditore debole richiama la normativa sui ritardi nel pagamento.

<sup>27</sup> Così B. MUSTI, *o.c.*, p. 24.

<sup>28</sup> È stato autorevolmente sostenuto che la pluralità di negozi si ha quando all'interno di una complessa situazione negoziale vi sia una pluralità d'intenti volti al raggiungimento di una corrispondente pluralità di scopi, così M. GIORGIANNI, *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 5.

<sup>29</sup> Nega, invece, che il collegamento negoziale rappresenti una categoria autonoma R. SACCO, *La nozione di contratto*, R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2004, pp. 84 ss., secondo il quale assimilare i contratti collegati a un regolamento unitario nell'elaborazione

Il collegamento negoziale sorge nel caso in cui, in presenza di una pluralità di negozi vi sia un nesso funzionale, tale da creare un legame di interdipendenza fra loro<sup>30</sup>, pur in mancanza di una coincidenza soggettiva di tutte le parti<sup>31</sup>. È, così, possibile ravvisare un interesse immediato, autonomamente identificabile, il quale si pone in termini di strumentalità rispetto all'interesse unitario perseguito attraverso l'insieme dei contratti<sup>32</sup>.

Il collegamento negoziale può assumere diverse forme: può essere necessario o volontario: nel primo caso il legame trova fondamento nella legge, mentre nel secondo nella volontà delle parti<sup>33</sup>; genetico o funzionale, in relazione al momento in cui il collegamento mostra la propria incidenza e precisamente, al momento della formazione nella prima ipotesi, e a quello del rapporto nella seconda; unilaterale o bilaterale, a seconda che soltanto un negozio sia subordinato all'altro o che entrambi si trovino in una situazione di interdipendenza<sup>34</sup>.

L'ultima delle distinzioni espone è quella che maggiormente interessa alla trattazione in esame, in quanto, mentre nel caso di collegamento bilaterale le vicende che riguardano un negozio si ripercuotono anche sull'altro, connessione efficacemente espressa dal brocardo latino *simul stabunt, simul cadent*, qualora il collegamento sia esclusivamente di tipo unilaterale, invece, le vicende che

---

delle regole conseguenti all'adeguamento dell'accordo alle qualifiche legislative dimostra l'inesistenza di una autonoma categoria giuridica.

<sup>30</sup> Benché parte autorevole della dottrina ritenga che il collegamento negoziale si possa ravvisare qualora il complesso degli accordi sia redatto in atti separati, purché stipulati tra le stesse parti (E. TOSI, *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, in *Dir. inf.*, 1995, p. 392), è ormai condivisa l'idea per la quale occorre abbandonare i criteri formalistici dell'unità o pluralità dei documenti contrattuali ed altresì quelli della contestualità delle stipulazioni, in quanto è ben possibile che più contratti autonomi trovino la loro fonte in un unico documento contrattuale, così come la redazione di più documenti non comporta necessariamente l'esistenza di una pluralità di negozi. Per aversi collegamento funzionale non è sufficiente un qualunque nesso occasionale ed estrinseco tra due o più negozi, in questo senso, G. CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità* (nota a Cass, 27 aprile 1996), in *Giust. civ.*, 1996, p. 1097; R. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, Madrid, 1973, p. 217.

<sup>31</sup> Così Cass., 12 dicembre 1995 n. 12733, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2162, secondo la quale l'unitarietà dei negozi collegati non viene meno in assenza di una coincidenza soggettiva di tutte le parti, in quanto ciò che rileva in termini di essenzialità è l'unitarietà dello scopo perseguito.

<sup>32</sup> A. VENDITI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, p. 259.

<sup>33</sup> In questo senso si parla anche di legame tipico ed atipico, in quanto il legame previsto dal legislatore è necessariamente tipico, mentre quello creato dalle parti è atipico.

<sup>34</sup> Parte degli Autori, contrariamente, ha negato rilevanza alla distinzione, ritenendo che essa si ferma al mero lato esteriore del fenomeno, indicando unicamente la direzione operativa del nesso, in questo senso G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale con ampia appendice di giurisprudenza*, Napoli, 1983, pp. 163 ss.

coinvolgeranno il contratto principale si riverseranno anche nel contratto subordinato, ma non viceversa<sup>35</sup>.

Dunque, in caso di pluralità di negozi collegati, ciascuno di essi conserverà la propria autonomia, anche in termini di disciplina – fermo restando le considerazioni sopra svolte circa le vicende contrattuali, quali ad esempio l'annullabilità, la nullità, la risoluzione<sup>36</sup> – ma saranno tutti teleologicamente orientati al perseguimento di un'unica operazione economica<sup>37</sup>. Così ove l'impresa fornitrice risulti inadempiente in relazione soltanto ad una delle obbligazioni assunte, sarà comunque possibile richiedere la risoluzione delle altre fattispecie negoziali concluse.

Diversamente, nell'ipotesi di contratto misto si ha un mescolamento di diverse fattispecie negoziali all'interno di un unico negozio<sup>38</sup>. Tale commistione deve risiedere nell'unicità della causa, nel senso che l'intero regolamento contrattuale deve essere rivolto al raggiungimento di un unico obiettivo: il contratto misto rileva proprio in quanto l'intento che le parti con esso intendono raggiungere non si può ottenere con il ricorso ai singoli schemi contrattuali, che del contratto misto fanno parte, ove presi singolarmente<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> In relazione alla clausola *simul stabunt simul cadent*, definita anche in dottrina come patologia derivata, si è osservato che se vige tale clausola, valorizzando nella misura massima l'unitarietà della funzione della complessa operazione economica, si rischia di svuotare di contenuto la categoria del collegamento negoziale, in quanto l'interprete potrebbe dedurre dall'unitarietà di funzione l'unitarietà strutturale del negozio, o al più a marginalizzare l'importanza della pluralità strutturale, in questo senso v. C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, p. 25.

<sup>36</sup> Qualificare un regolamento contrattuale in termini di collegamento negoziale, incide, altresì, sulla interpretazione del contratto secondo buona fede. È stato chiarito che la regola di condotta delineata per l'accordo concreto del procedimento d'interpretazione del contratto secondo buona fede cambia a seconda che si versi in ipotesi di contratto unitario ovvero di contratti separati, in quanto in quest'ultimo caso le parti manifestano la volontà di più regole concorrenti, delle quali una sola è idonea ad attuare gli interessi sottesi all'operazione economica nel suo complesso, e sarà questa la regola coercibile. Secondo l'Autore questo è il criterio ermeneutico, che trova il proprio fondamento nel principio funzionalistico, cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico – sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000, p. 41.

<sup>37</sup> In argomento, è stato sostenuto che l'operazione economica rappresenta uno schema che unifica l'intero assetto d'interessi disegnato dalle parti nella loro autonomia privata, penetrando all'interno delle singole cause proprie di ciascun contratto collegato, andando a qualificarle in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli negozi considerati, così E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 924.

<sup>38</sup> È stato chiarito che mentre nel contratto misto si ha un unico negozio, caratterizzato dalla presenza di più elementi autonomi, combinati però in un nuovo assetto unitario, così S. ORLANDO CASCIO, C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1988, p. 4.

<sup>39</sup> F. CARRESI, *Il contratto*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu, F. Messineo (diretto da), XXI, Milano, 1987, p. 315.

Per garantire l'impresa servita, dunque, assume notevole rilevanza la qualificazione della fornitura, sia in merito alla risoluzione, la quale nel contratto misto si estende automaticamente a tutte le obbligazioni pattuite, mentre nei contratti collegati occorre prima procedere ad una analisi del tipo di collegamento.

Ancóra, mentre i contratti collegati mantengono la loro autonomia, con la conseguenza che a ciascuno di essi si applicherà la disciplina sua propria, nei contratti misti, volendo condividere l'opinione prevalente tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, troverà applicazione le norme relative al contratto la cui funzione è in concreto prevalente<sup>40</sup>. Qualora si qualifichi una regolamentazione negoziale alla stregua di un contratto misto, la disciplina applicabile sarà diversa a seconda che si adotti il criterio della combinazione ovvero quello della prevalenza, c.d. la teoria della prevalenza o dell'assorbimento<sup>41</sup>.

Ma se astrattamente la distinzione tra collegamento negoziale e contratto misto non presenta difficoltà, nel caso concreto risulta non agevole qualificare il contratto nell'uno o nell'altro senso. Al fine è opportuno individuare un criterio di distinzione fra le due fattispecie contrattuali.

Si potrebbe considerare quale criterio di distinzione fra contratto misto e collegamento la volontà delle parti, c.d. tesi soggettiva<sup>42</sup>. I contraenti, infatti, possono

---

<sup>40</sup> In giurisprudenza si veda Cass., 22 marzo 1999, n. 2661, in *Contratti*, 1999, p. 992; Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199, in *Giur. it.*, 1998, p. 1808; Cass., 25 luglio 1984 n. 4346, in *Mass. Giust. Civ.*, 1984, p. 1445. In dottrina cfr. A. TORRENTE e P. SCHELESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, p. 200.

<sup>41</sup> Opposta alla teoria dell'assorbimento è quella della combinazione, i cui fautori sostengono che la disciplina del contratto misto è quella risultante dalle norme dettate dal legislatore per i tipi contrattuali che compongono il contratto misto medesimo (tesi è stata sostenuta, in particolare, da L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966-2011, p. 228). Vi è poi una dottrina, autorevole ma minoritaria, la quale ritiene che al contratto misto si applichino in maniera diretta i principi generali sui contratti ed in via analogica la normativa propria dei contratti tipici più simili al negozio *de quo*. Detta dottrina, infatti, nega autonomia concettuale alla figura di contratto misto, sulla base della considerazione che se le cause dei singoli tipi contrattuali si fondono in un'unica fattispecie negoziale, il contratto non può che essere un contratto innominato, poiché non rientrante in nessun tipo legale, così C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Milano, 2000, p. 479. Contrariamente, è stato osservato che se non può esservi dubbio sulla circostanza che sia il contratto innominato che quello misto hanno causa unitaria, non può ritenersi sufficiente questa comune caratteristica per escludere l'autonomia delle due figure, come può ricavarsi dalla circostanza nei contratti innominati la causa può definirsi 'originale', mentre nei contratti misti essa rappresenta la fusione di cause di diversi tipi di contratti innominati, in questo senso M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 21.

<sup>42</sup> Così Cass., 5 agosto 1982 n. 4401, in *Mass. Foro it.*, 1982, la quale, nel ribadire che l'accertamento del collegamento negoziale è rimesso nell'apprezzamento incensurabile del giudice del merito, ha statuito che esse deve risultare dalla volontà negoziale, la quale può essere desunta anche presuntivamente sulla scorta di risultanze univoche, precise e concordanti.

scegliere di confezionare il regolamento contrattuale in maniera unitaria, fondendo, così, le varie obbligazioni all'interno di un'unica fattispecie, ovvero possono convenire di strutturare il negozio in diversi e distinti contratti, funzionalmente collegati tra loro. Ma tale interpretazione si espone a una critica difficilmente superabile: le parti non manifestano alcuna volontà circa la struttura del contratto, né si pongono il problema di concludere un unico contratto o più contratti collegati; piuttosto si limitano a esprimere il proprio consenso circa la conclusione di un determinato assetto contrattuale nel perseguimento di uno scopo pratico<sup>43</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, appare preferibile individuare il criterio distintivo in un elemento di tipo oggettivo: la causa del contratto. In particolare, è stato sostenuto, soprattutto in sede giurisprudenziale, che mentre nel contratto misto la causa negoziale è unica<sup>44</sup>, nel collegamento negoziale è possibile che i negozi mantengano ognuno la propria autonomia, di modo che lo scopo perseguito dalle parti, benché unitario, ricorra a una pluralità di negozi, aventi ciascuno la propria causa<sup>45</sup>. Si può allora concludere che un utile strumento per distinguere le due fattispecie sia la scindibilità della causa: ove le cause siano scindibili si avrà collegamento negoziale; ove elementi appartenenti a diverse figure contrattuali siano fusi in un unico schema causale, in maniera inscindibile, si avrà un contratto misto. In questa prospettiva, si deve concludere per la presenza di un collegamento negoziale, anche ove vi sia stato l'inserimento da parte dell'impresa fornitrice di clausole che escludano il collegamento negoziale fra i diversi contratti<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il collegamento negoziale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960 p. 376.

<sup>44</sup> Così ha sostenuto la Suprema Corte, precisando che «Il contratto misto, costituito da elementi di tipi contrattuali diversi, non solo è unico, ma ha causa unica ed inscindibile, nella quale si combinano gli elementi dei diversi tipi che lo costituiscono; il contratto deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente (e la prevalenza si determina in base a indici economici od anche di tipo diverso, come la "forza" del tipo o l'interesse che ha mosso le parti), salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.), al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto», cfr. Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, in *Contratti*, 2006, p. 329.

<sup>45</sup> Consolidata giurisprudenza ha affermato che siamo di fronte a un'ipotesi di collegamento negoziale quando due o più contratti, ciascuno con propria autonoma causa, non siano inseriti in un unico negozio composto (misto o complesso), ma conservino ognuno la propria autonomia, benché siano tra loro interdipendenti, soggettivamente o funzionalmente, per il raggiungimento di un fine ulteriore, che va oltre gli effetti tipici che ciascun atto collegato può raggiungere separatamente, per dar luogo a un unico regolamento di interessi, che a sua volta assume una propria diversa rilevanza causale, così Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, in *Mass. Foro it.*, 2007, p. 684.

<sup>46</sup> Così D. VALENTINO, *La fornitura di servizi informatici e l'informatizzazione delle imprese*, cit., p. 239.

Il criterio distintivo basato sulla causa, piú recentemente però è stato affiancato a quello di tipo soggettivo del comune intento delle parti, di dare vita a una pluralità di negozi per il perseguimento di un unico scopo<sup>47</sup>, affermando così la rilevanza di entrambi gli aspetti.

Se questi sono i criteri distintivi fra le due fattispecie contrattuali, risulta agevole comprendere le oscillazioni della giurisprudenza in tema di qualificazione di contratto di fornitura di servizi informatici. Secondo alcune pronunce, anche recenti, la fattispecie negoziale con cui si deduce in contratto la fornitura del sistema informatico, affiancata da prestazioni di servizi idonei a consentire l'uso di tale sistema, debba essere intesa quale contratto misto e non come vendita di una pluralità di beni<sup>48</sup>. Diversamente, altri contratti di fornitura di sistemi informatici sono stati qualificati in termini di contratti collegati<sup>49</sup>. Si è così sostenuto che la stipula, anche fra le medesime parti, di diversi molteplici contratti mediante i quali si fornisce un sistema *edp* e si garantisce il corretto funzionamento dello stesso, nonché l'assistenza nell'uso medesimo, sia retta dal medesimo interesse, il quale impone di valutare unitariamente i contratti stessi alla stregua di negozi indissolubilmente legati tra loro<sup>50</sup>. In altre decisioni, ancora, la giurisprudenza di merito, pur ritenendo che nel caso concretamente esaminato i contratti di fornitura e di assistenza diano vita ad un'unica operazione economica, in cui l'unicità del nesso funzionale non elide

---

<sup>47</sup> Si legge in giurisprudenza che un collegamento negoziale in senso tecnico, che imponga una considerazione unitaria della fattispecie, necessita di un duplice profilo: un profilo oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi; e un profilo soggettivo, costituito dal comune intento delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento e il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore. Non basta, dunque, che detto fine sia perseguito da una sola parte all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra. In ogni caso sarà sempre necessario che i singoli negozi si caratterizzino, ai fini della loro autonoma validità, ciascuno in funzione di una propria causa e conservino ciascuno una propria giuridica individualità, così Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Mass. Giust. Civ.*, 1992, p. 172.

<sup>48</sup> In questo senso si è espressa App. Roma, 15 febbraio 2011, n. 618, in Banca dati *de jure*, la quale ha precisato che la fornitura di sistemi informatici destinata a garantire la gestione ottimale di uno specifico ramo aziendale non dà luogo a una mera serie di congegni, singolarmente venduti, piuttosto a un complesso organico inscindibile sul piano del sinallagma negoziale, all'interno del quale il *software* riveste una importanza essenziale, essendo deputato alla concreta realizzazione dell'oggetto del contratto.

<sup>49</sup> *Ex multis*, P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, in AA. VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (diretto da), Padova, 2006, p. 362, il quale ha precisato che le singole pattuizioni inerenti alla fornitura di un sistema informatico, atomisticamente considerate, non rappresentano che un elemento dell'operazione economica concretamente voluta dalle parti, alla stregua di una singola clausola all'interno di un particolare contratto.

<sup>50</sup> È questa la posizione assunta, tra gli altri, da Tribunale Milano, 11 gennaio 2006, in Banca dati *de jure*.

L'autonomia strutturale dei contratti, ha statuito che in astratto i contratti *de quibus* possano assumere le forme sia di contratto misto, che di collegamento negoziale.

Sarà, dunque, il giudice a dover valutare nel caso concreto quale struttura negoziale abbiamo utilizzato le parti<sup>51</sup>, tenendo conto della circostanza che la prestazione oggetto del contratto non si identifica solo in un dare (fornitura del sistema *edp*) ma anche in un *facere* (prestazioni accessorie) senza il quale non è possibile realizzare l'interesse concretamente perseguito dalle imprese.

Volendo fornire qualche esemplificazione pratica nelle differenti implicazioni derivanti dalla qualificazione in termini di collegamento negoziale o di contratto misto delle forniture di servizi IT appare opportuno analizzare il profilo della rinegoziazione delle prestazioni.

La qualificazione in termini di contratti collegati, nella misura in cui detti contratti costituiscano dei contratti di durata, infatti, crea alcune difficoltà, sull'eventuale adeguamento delle prestazioni al mutamento delle circostanze. Si è dato conto in precedenza che i contratti di fornitura di sistemi informatici possono avere ad oggetto le più svariate prestazioni, quali, a titolo esemplificativo, la progettazione dell'intero sistema informatico, le relative licenze d'uso di *software*, alla assistenza tecnica e la manutenzione. Orbene, i contratti così composti, spesso rappresentano contratti aventi una durata medio/lunga, come accade, ad esempio in alcune ipotesi di *outsourcing*, che, come si vedrà nel prosieguo, può assumere forme differenti. Esaminati da questa prospettiva, i contratti di fornitura di sistema informatico ed i contratti di *outsourcing* impongono all'interprete l'onere di interrogarsi circa il possibile sorgere sopravvenienze. Il tema delle circostanze sopravvenute viene in rilievo proprio nelle fattispecie contrattuali di durata, caratterizzate da una divaricazione temporale tra il momento della stipulazione del contratto e quello

---

<sup>51</sup> Così, Tribunale Prato, 9 gennaio 2012, n. 50, in *Diritto e giustizia on line* 19 gennaio 2012, il quale ha chiarito che per aversi contratto misto debbano ricorrere sia gli elementi riconducibili allo schema della vendita sia quelli riconducibili a una serie di prestazioni accessorie, quali quelle relative all'installazione, alla sua manutenzione ed aggiornamento, inquadrabili nello schema dell'appalto di servizi. Il contratto, dunque, mira alla gestione informatizzata di un particolare settore di una determinata azienda, cui spesso si accompagnano anche prestazioni di studio e di progettazione. In tali ipotesi si avrà, pertanto, un contratto unitario, la cui causa del contratto non può dirsi realizzata con il conseguimento della proprietà del *software*, il quale rappresenta unicamente un elemento che si inserisce unitamente alle attività non solo di installazione, ma anche di manutenzione e di aggiornamento del *software*, successive nell'ambito di un'attività contrattuale complessa, finalizzata all'informazione complessiva di un settore di una determinata azienda.

dell'esecuzione. Da esse ne deriva un'impossibilità della prestazione ovvero un'eccessiva onerosità della prestazione medesima, o, ancora, il venir meno dei presupposti dell'iniziativa contrattuale, i quali rappresentavano la base del programma contrattuale<sup>52</sup>. Questi fattori di mutamento possono essere presi in considerazione dalle parti già al momento della conclusione del contratto e dar vita alla previsione delle c.dd. clausole di rinegoziazione, al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale<sup>53</sup>.

Ma in presenza di molteplici contratti collegati fra loro occorre indagare sulla sorte di un'eventuale clausola di rinegoziazione<sup>54</sup>, con particolare riguardo all'ipotesi in cui i negozi siano multilaterali.

È questa l'ipotesi di un contratto di fornitura in cui sia previsto che la manutenzione, in particolare della componente *hardware*, sia effettuata mediante il ricorso a società esterne o tecnici indipendenti. Il ricorso a soggetti esterni è usuale soprattutto nei contratti di *outsourcing*, stipulato tra imprese di grandi dimensioni, ove le società che si occupano della gestione del sistema informatico si avvalgono di tecnici presenti in tutto il territorio in cui sono dislocate le sedi secondarie dell'impresa che si avvale del servizio.

Orbene, nei contratti collegati multilaterali, la molteplicità dei centri di interesse impone che la clausola di rinegoziazione sia inserita in ciascun regolamento contrattuale. Con la previsione di siffatta clausola, anche *per relationem*, appare legittimamente giustificata l'alterazione dei rapporti anche riguardanti i soggetti non direttamente colpiti dalla sopravvenienze<sup>55</sup>. Il problema, infatti, attiene all'incidenza di un regolamento contrattuale nella sfera giuridica dei terzi.

Invero, sembra che si debba criticare detta conclusione, in quanto nei contratti collegati l'unicità dell'operazione economica complessivamente intesa sembra

---

<sup>52</sup> In questo senso, R. GALLI, *Appunti di diritto civile*, Napoli, 2008, p. 371.

<sup>53</sup> Per una puntuale analisi del fenomeno delle sopravvenienze e della rinegoziazione v., *infra* cap. II.

<sup>54</sup> Il sorgere delle sopravvenienze può essere previsto *ex ante* dalle parti, le quali possono decidere di gestire il futuro squilibrio contrattuale, prevedendo ora per allora la possibilità di rinegoziare, ovvero, in mancanza di una espressa statuizione convenzionale può trovare applicazione, per le ipotesi espressamente previste, l'obbligo di rinegoziazione.

<sup>55</sup> In questo senso si è espressa C. CREA, *Connessioni tra contratti ed obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013, p. 137, la quale ritiene che la necessità di una clausola espressa in tutte le fattispecie contrattuali in gioco derivi dalla doppia complessità degli stessi, ravvisabile sia nella molteplicità dei contratti, nel collegamento esplicito o comunque oggettivamente ricavabile da un attento esame interpretativo degli stessi, ma anche dall'ulteriore elemento di «complessificazione», rappresentato dall'eterogeneità delle parti

integrare una deroga al principio della relatività di cui all'art. 1372 c.c.<sup>56</sup>. Si è in precedenza accennato che il legame creato dal collegamento negoziale fa sì che le vicende che colpiscono un negozio si ripercuotano anche sugli altri, dunque, detto assunto si deve ritenere valido anche qualora la vicenda in questione sia rappresentata dalla rinegoziazione dovuta al sorgere di sopravvenienze.

Ma siffatte considerazioni valgono unicamente per il collegamento bilaterale e per il collegamento unilaterale, ove la sopravvenienza riguardi il contratto principale. Diversamente, qualora la sopravvenienza, sempre in ipotesi di collegamento unilaterale, colpisca il contratto accessorio, appare più opportuno concludere nel senso che le parti del contratto principale non possano essere coinvolte da un'eventuale rinegoziazione. Soltanto in quest'ultima fattispecie si considera necessaria una previsione espressa della clausola di rinegoziazione, ma non anche nelle altre ipotesi sopra prospettate, in cui l'incidenza delle sopravvenienze su tutti i contratti collegati è insita nel collegamento medesimo, fermo restando la necessità che tutti i soggetti coinvolti nell'operazione complessivamente intesa partecipino alla rinegoziazione contrattuale<sup>57</sup>. Se si esclude la necessità di una espressa pattuizione sul punto, tuttavia, non si nega la sua opportunità, se non altro ai fini di una maggiore certezza. Si condivide su questo l'opinione di quanti ritengono che la clausola *de qua* debba essere particolarmente dettagliata, così da prevedere non solo l'*an*, ma anche il *quomodo* della rinegoziazione ed in particolare, i termini entro cui le parti devono attivarsi, i quali devono necessariamente essere termini ragionevoli, ma soprattutto i presupposti affinché una parte possa agire per salvaguardare il contratto<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> È questa l'opinione della dottrina preferibile, la quale ha sostenuto che il collegamento negoziale costituisca una deroga al principio di relatività degli effetti di cui all'art. 1372 c.c., sulla base della considerazione che il soggetto, il quale stipula un contratto collegato ad altre fattispecie negoziali, sebbene sia formalmente terzo di un determinato rapporto contrattuale, sia sostanzialmente parte dell'intera posizione economica; cfr. S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, p. 52.

<sup>57</sup> *Contra* C. CREA, *o.c.*, p. 138, la quale ritiene che dall'incremento di complessità ne deriva l'esigenza di una clausola di rinegoziazione che sia completa, accettata o conosciuta da tutti, anche qualora la connessione sia posta nell'interesse di tutti, ai fini della garanzia del «terzo». Il rischio di violare il principio di relatività degli effetti è poi tanto più alto laddove il collegamento contrattuale sia posto nell'esclusivo interesse di una parte. Posto questo rischio, l'Autrice ritiene che la presenza di un collegamento oggettivo fra i negozi non sia sufficiente ai fini dell'estensione operativa della pattuizione di rinegoziazione, ma che sia necessaria un'ulteriore espressa clausola, la quale colleghi le vicende sopravvenute incidenti su un singolo contratto anche agli altri negozi.

<sup>58</sup> Cfr. C. CREA, *o.c.*, p. 142.

Ma la qualificazione in termini di contratti collegati piuttosto che di contratto misto, può dar vita anche a ulteriori problemi, come nel caso in cui soltanto in uno di questi sia stata prevista una modalità alternativa di risoluzione della crisi, attraverso, ad esempio, una clausola compromissoria.

In altri termini, ci si interroga sull'estensibilità della convenzione arbitrale a tutti i contratti facenti parte dell'operazione negoziale intesa nel suo complesso<sup>59</sup>.

Preliminarmente, giova osservare che con tale convenzione si conferisce a un arbitro il potere di decidere su una determinata controversia derivante dal ritardato o mancato adempimento delle obbligazioni contrattuali. Esso costituisce, pertanto, una deroga all'ordinaria tutela giurisdizionale. Proprio questa circostanza richiede che l'oggetto dell'arbitrato venga precisamente individuato.

Di fronte a un collegamento negoziale, ove i singoli contratti pur mantenendo la propria autonomia sono rivolti al conseguimento di un risultato unitario, non è agevole individuare l'ambito di operatività della clausola compromissoria, nel caso in cui questa sia stata prevista in maniera espressa con riferimento ad un unico negozio.

Da un lato, infatti, si deve ritenere che poiché i contratti collegati fanno riferimento a un'operazione economica unitaria, tutti gli istituti contrattuali si devono intendere riferiti all'affare complessivamente inteso. Dall'altro, tuttavia, questa soluzione può apparire semplicistica. Pertanto, ai fini dell'estensione della

---

<sup>59</sup> Appare opportuno ricordare la differenza rilevata da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in AA. VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, F. Carpi (a cura di), Napoli, 2009, p. 66, tra convenzione arbitrale unitaria e processo arbitrale unitario: la clausola arbitrale unitaria comporta sempre la nascita di un processo arbitrale unico, mentre nel caso in cui vi sia una pluralità di convenzioni nasceranno plurimi processi arbitrali, salvo che le parti non manifestino successivamente di volere un unico processo. La distinzione colta dall'Autrice ha un'importanza notevole, in quanto, laddove s'instauri un unico processo arbitrale vi sarà una soltanto di nomina arbitrale ed un'unica decisione; diversamente con l'instaurarsi di molteplici giudizi arbitrali, quanti sono i contratti in questione, bisognerà di riflesso procedere a una pluralità di nomine, con il rischio di ottenere decisioni non conformi fra loro. La questione è stata affrontata dalla Cass., 25 maggio 2007, n. 12321, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1269 nota di C. CONSOLO e R. MURONI, *Contratti collegati con clausole arbitrali identiche: sempre unica la potestà (e così il processo) arbitrale?*, la quale ha ritenuto legittima l'instaurazione di un unico giudizio arbitrale al fine di risolvere controversie nascenti da contratti collegati, muniti di clausole arbitrali omologhe, laddove la controversia vada a incidere sul complessivo regolamento negoziale. Al contrario, qualora manchi il consenso sull'esistenza del collegamento negoziale ovvero di clausole omologhe, la controparte può chiedere l'instaurazione di distinti procedimenti e la nomina di arbitri differenti per ciascuna procedura, mentre l'arbitro nominato dalla prima parte comporrà tutti i collegi.

convenzione arbitrale *ratione materiae* bisogna far riferimento alla volontà delle parti, attraverso gli strumenti di interpretazioni offerti dall'ordinamento<sup>60</sup>.

La questione poi si complica laddove si prenda in considerazione il collegamento negoziale multilaterale.

La clausola compromissoria trova il proprio fondamento nella volontà negoziale delle parti, di tal ch  estendere la deroga alla giurisdizione a soggetti che su detta deroga non si siano espressi potrebbe configurare un illecito volto ad eludere norme imperative. Considerare l'estensione della decisione arbitrale una diretta conseguenza del collegamento negoziale potrebbe risultare in contrasto con la natura negoziale della clausola compromissoria.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si pu  allora concludere che, qualora il potere arbitrale si estenda per volont  delle parti a tutti i negozi legati teleologicamente, non sorgano dubbi sull'instaurazione di un unico processo arbitrale. Diversamente ove manchi un'espressa previsione in tal senso, la convenzione arbitrale deve essere interpretata in senso restrittivo.

Appare evidente che le conclusioni cui si   giunti si pongano in contrasto con la disciplina generale del collegamento negoziale, la quale estende le clausole contenute nei singoli rapporti all'intera operazione economica. Ma difficolt  nel coordinamento fra l'istituto dell'arbitrato ed il collegamento negoziale si rinvencono anche in ambito giurisprudenziale. La Suprema Corte sembra oscillare tra l'estensione della clausola compromissoria anche ai negozi collegati a quello nel quale non   stata espressamente prevista, vista l'unicit  del fine cui i contratti complessivamente mirano<sup>61</sup>, e la negazione dell'applicabilit  dell'arbitrato fuori dei casi espressamente previsti<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *o.c.*, p. 67, la quale ha ritenuto significativa, al fine di risolvere il dubbio sulla possibile estensione della clausola compromissoria a tutti i negozi collegati, l'introduzione dell'art. 808-*quater* c.p.c., il quale statuisce che nel dubbio la clausola arbitrale si deve ritenere estesa all'intero rapporto.

<sup>61</sup> Cos , App. Milano, 9 giugno 1998, in *Riv. arb.*, 2000, p. 97; Cass., 19 dicembre 2000, n. 15941, in *Giust. civ.*, 2001, p. 1874, la quale ha ammesso l'estensione della clausola compromissoria ai contratti esecutivi.

<sup>62</sup> In tal senso, Cass., 7 febbraio 2006, n. 2598, in *Societ *, 2006, p. 580, secondo la quale la deroga alla giurisdizione ordinaria   da escludersi laddove il deferimento a un collegio arbitrale sia previsto per controversie relative ad altri contratti, ancorch  collegati al contratto principale, in cui   contenuta la clausola compromissoria.

Da quanto fin qui esaminato, emerge con chiarezza che la qualificazione in termini di contratto misto o di contratti collegati può condurre a problemi di incidenza notevole.

### **1.3. L'evoluzione della prassi commerciale: dai contratti di *computer service* all'*outsourcing*.**

Con la diffusione dell'informatica si è sviluppata presso le imprese il ricorso all'esternalizzazione del sistema informatico.

Il forte grado di specializzazione del campo informatico, che nella maggioranza dei casi non mostrava elementi comuni con l'attività svolta dalle imprese, ha spinto queste ultime a ricorrere ad aziende o professionisti esterni che si occupassero della gestione del sistema *edp*. Nascevano, così, i *computer service contracts*<sup>63</sup>.

Si tratta di contratti che hanno ad oggetto la prestazione di servizi informatici avvero la corresponsione del pagamento di un prezzo e che hanno trovato la propria diffusione in un'epoca, l'inizio degli anni Settanta in cui la componente *hardware* aveva costi alquanto elevati, tali che le aziende preferivano affidarsi a terzi piuttosto che impegnarsi nell'acquisto di macchinari<sup>64</sup>. L'automatizzazione di quelle attività che prima venivano svolte mediante strumenti cartacei si sviluppa lentamente con il passare degli anni e la carica innovativa di tale automatizzazione è notevole. L'informatizzazione incide sulle strutture modificative dell'azienda, le modifica e si assiste a uno spostamento dei centri decisionali ed operativi dell'azienda<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> È stato precisato che dal punto di vista terminologico questi contratti sono noti per la loro etichetta in lingua inglese, dovuta sia alla loro origine sia al loro sviluppo internazionale, così G. CRISCUOLI, *Computer service contracts*, in *Enc. giur.* Treccani, VII, Roma, 1983, p. 1.

<sup>64</sup> È stato, tuttavia, prontamente osservato che questi tipi di contratti inizialmente hanno assunto un ruolo marginale nel mercato informatico, sia in quanto permaneva una ritrosia verso le apparecchiature elettroniche, sia poiché i costi economici erano tanto alti da permettere soltanto ad alcune aziende elitarie di affidare la gestione di dati interni a imprese specializzate, cfr. F. LAZZARELLI, *L'equilibrio contrattuale nelle forniture dei sistemi informatici*, Napoli, 2010, p. 70.

<sup>65</sup> Cfr. V. ZENO ZENOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti d'informatica*, in AA. VV., *I contratti dell'informatica*, G. ALPA e V. ZENO ZENOVICH (a cura di) Milano, 1987, p. 167, il quale ha altresì osservato che l'informatizzazione ha portato a un mutamento causale dei rapporti giuridici: il contenuto del contratto non riguarda più l'attività posta in essere dal debitore, ma l'attività che il debitore può porre in essere attraverso l'utilizzo di un bene, dotato di una propria autonomia operativa.

L'originalità di siffatti contratti consiste nello stretto legame con il *computer*, sia con riferimento all'organizzazione dei mezzi, che appunto si serve di tale strumento, sia per quanto riguarda i servizi da fornire, che sono proprio quelli che il *computer* è in grado di fornire<sup>66</sup>.

L'attività dedotta in prestazione è variabile, a seconda delle esigenze dell'azienda committente: può riguardare il semplice trattamento dei dati forniti dal cliente, così come la predisposizione di un programma per l'elaboratore *ad hoc* utilizzato esclusivamente per la gestione dei servizi forniti al cliente, su macchinari in titolarità dell'impresa fornitrice<sup>67</sup>, fermo restando che nel contratto la prestazione deve essere esattamente determinata, al fine di individuare le obbligazione del fornitore.

Si potrebbe così classificare i contratti di *computer service* in tre grandi categorie: i contratti di acquisizione pura, mediante i quali si prevede la mera traduzione di materiale cartaceo in materiale digitale; i contratti di *pre-processing*, i quali hanno ad oggetto non solo l'acquisizione ma altresì l'elaborazione dei dati del cliente; ed i contratti di elaborazione pura, mediante i quali si fornisce al cliente un terminale che gli consenta di elaborare i propri dati a distanza<sup>68</sup>.

I *computer service contracts* possono, dunque, avere contenuti estremamente variegati, tanto da spingere la dottrina a ritenere che non sia possibile la configurazione di una categoria unitaria<sup>69</sup>. Ciononostante, è innegabile che vi siano dei tratti comuni a tali fattispecie negoziali, quali la multifunzionalità dell'elaboratore elettronico, il ricorso a contratti collegati tra loro, l'asimmetria informativa tra committente e fornitore<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. G. CRISCUOLI, *o.c.*, p. 1, il quale ha osservato che nell'esaminare i *computer service contracts* il giurista deve farsi un po' tecnico, in modo da considerare il computer come la macchina che permette all'utente di convertire il materiale informativo grezzo in dati informativi finiti, attraverso un procedimento logico-meccanico, in grado di mettere in relazione i dati grezzi di partenza e di imbarco, secondo quanto stabilito dal *software*.

<sup>67</sup> Così C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, III, 11, 2ª ed., Torino 2000, p. 331.

<sup>68</sup> In questo senso, CENTRO CALAMANDREI, *I «computer service contracts»*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 179.

<sup>69</sup> *Ex multis*, F. CARDARELLI, *La cooperazione fra imprese nella gestione di risorse informatiche: aspetti giuridici del c.d. «outsourcing»*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 87, la quale ha osservato che in relazione ai *computer contracts* né la qualificazione dei singoli contratti, né tantomeno l'oggetto della prestazione, né la particolare natura dei beni considerati possono essere valutati al fine di trarne una fattispecie comune.

<sup>70</sup> Cfr. V. ZENO ZENOVICH, *o.c.*, p. 31.

Con riguardo alla corresponsione del prezzo, qualora il contratto non abbia ad oggetto forniture periodiche, il prezzo sarà fissato in molteplici unità da corrispondersi al momento della fornitura del servizio medesimo. Diversamente, nel caso in cui non sia presente il carattere della periodicità, le parti converranno il pagamento di un prezzo unitario.

La durata di tali contratti è di solito determinata. È possibile la rinnovazione del negozio, la quale può avvenire anche tacitamente ed in via automatica ed anche a condizioni differenti a seconda della diversa durata del contratto. Può accadere, tuttavia, che le parti stipolino contratti a tempo indeterminato. In quest'ultimo caso troverà applicazione il diritto di recesso<sup>71</sup>, il quale potrà essere esercitato previo preavviso.

I *computer service contracts* sono stati, altresì, definiti contratti di fiducia<sup>72</sup>. Questa definizione, tuttavia, non deve rimandare alla fiducia negoziale italiana<sup>73</sup>, quanto piuttosto alla figura anglosassone di *fiduciary relationship*<sup>74</sup>. Ciò in virtù della

---

<sup>71</sup> La più attenta dottrina ha, tuttavia, osservato che nei *computer service contracts* spesso il termine recesso viene utilizzato in maniera atecnica e confuso con l'istituto della risoluzione per inadempimento; cfr., CENTRO CALAMANDREI, *o.c.*, p. 188, il quale ha precisato che tale confusione avviene sia in ordine agli effetti del recesso, che sostanzialmente ricalcano quelli della risoluzione per inadempimento, sia in ordine alle possibili cause del recesso, come ad esempio il ritardo nell'eseguire la prestazione.

<sup>72</sup> La qualificazione dei *computer service contracts* quali contratti di fiducia è dovuta a G. CRISCUOLI, *o.c.*, p. 1, il quale fa derivare da tale carattere la necessità di un rigido rispetto delle clausole generali di buona fede oggettiva o correttezza contrattuale.

<sup>73</sup> Quanto al negozio fiduciario di matrice italiana, vale precisare che esso consiste nel contratto mediante il quale il fiduciante trasferisce al fiduciario un bene, con l'obbligo del futuro ritrasferimento al fiduciante medesimo ovvero a un terzo. Il negozio fiduciario, dunque, si caratterizza per la sproporzione del mezzo adoperato rispetto al fine. Diverse sono le ricostruzioni effettuate circa la natura giuridica. Taluni hanno sostenuto che il *factum fiduciae* costituisca un mero motivo e che, pertanto, non meriti rilevanza giuridica (così, F. SANTORO-PASSARELLI, *o.c.*, p. 180). Altri Autori, in contrario hanno ritenuto che esso si caratterizza per la c.d. *causa fiduciae*, ossia l'affidamento del fiduciante nel comportamento leale del fiduciario, così C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 345. Parte minoritaria della dottrina ha ravvisato nel negozio *de quo* un fenomeno metagiuridico, nel senso che il negozio fiduciario è formato da un lato dal contratto adoperato, il quale rappresenta l'elemento formale, e dall'altro, da un elemento empirico della realtà sociale, ossia il risultato divisato dalle parti (in questo senso, N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 454.) La dottrina maggioritaria parla, invece, di un doppio negozio: un negozio a effetti reali, con cui il fiduciante trasferisce al fiduciario il diritto di proprietà sulla cosa, e un negozio a efficacia obbligatoria, c.d. *factum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga al ritrasferimento. Questi negozi sono uniti tra loro in virtù del collegamento negoziale unilaterale, posto che il negozio a effetti obbligatori è subordinato al negozio a effetti reali (fra tutti v. L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, p. 27).

<sup>74</sup> Per *fiduciary relationship* si deve, pertanto, intendere il totale affidamento di una parte contrattuale verso l'altra e la piena confidenza. In particolare, la dottrina di stampo inglese sostiene che «*Fiduciary*

considerazione che l'impresa committente affida all'impresa fornitrice delle informazioni strettamente riservate e confidenziali.

Il rapido sviluppo della tecnologia ha portato all'evoluzione delle fattispecie contrattuali inerenti l'ambito informatico. I *computer service contracts*, spesso, non riuscivano a dare risposta alle esigenze delle imprese, le quali sempre più frequentemente non si accontentavano della traduzione di dati cartacei in dati digitali o della predisposizione di programmi, ma richiedevano la gestione dell'intero servizio informatico.

Si assiste, così, alla nascita dell'*outsourcing*.

Lo sviluppo sempre più rapido e inarrestabile della tecnologia ha dato via a nuove fattispecie contrattuali<sup>75</sup> e in questo contesto si inserisce l'*outsourcing*, in particolare, l'*outsourcing* del sistema informatico. In realtà, questo fenomeno non può propriamente inquadrarsi nella categoria dei contratti, in quanto rappresenta piuttosto una nuova modalità organizzativa, un processo aziendale che investe le più svariate aree imprenditoriali e non soltanto quella dell'informatica<sup>76</sup>.

---

*law delineates the ways in which such relationships arise and identifies the standards of conduct to which a fiduciary must conform, including requirements of loyalty, zeal, and self-sacrifice [...] Of course, fiduciary relationships do have an important feature in common with loan transactions, purchases and sales of goods and the like: namely, that they are (usually) entered into and perpetuated voluntarily. Having this important feature in common, these sorts of relationships and others as well-marriage, for example can reasonably be organized together as part of a genus»; in questo senso, S. FITZGIBBON, *Fiduciary relationships are not contracts*, in *Marquette law review*, 1999, p. 303.*

<sup>75</sup> Sui riflessi dell'evoluzione dell'informatica nell'ambito del diritto si v. P. SAMMARCO, *La concessione di spazio digitale in rete aperta*, in AA. VV., *I contratti di utilizzazione dei beni*, in *Trattato dei contratti*, V. Cuffaro (a cura di), Torino, 2008, p. 471, il quale ha sostenuto che la diffusione dell'informatica e delle sue innumerevoli applicazioni ha inciso non solo sul modo del diritto, ma soprattutto su quello dei contratti. In particolare, l'Autore ha osservato che l'esplosione di Internet ha dato vita a nuove fattispecie contrattuali, ma anche a nuovi beni, nuove situazioni giuridiche soggettive ed un nuovo mercato, il mercato telematico.

<sup>76</sup> In senso conforme, la dottrina spagnola ha sostenuto che «no existe a nuestro juicio, un «contrato de Outsourcing» un Outsourcing como figura jurídica autónoma o como una categoría contractual propiamente dicha (un contrato novedoso, atípico) desde el punto de vista jurídico. Es, por el contrario, una técnica de gestión empresarial que va a revestir diferentes formas jurídicas, aunque generalmente se reserve tal denominación, con preferencia, para aquella que se articula como contrato de servicios, de naturaleza mercantil, cuyo objeto es la prestación informática completa a una empresa (el Outsourcing global). A partir de esta figura se construyen lo de más [...] El objeto principal de estos contratos que se engloba bajo el término "Outsourcing" es la externalización de las prestaciones informáticas, en la forma que decidan las partes. Es por ello que nuestro abramos de «naturaleza no uniformes» del Outsourcing (e, incluso, preferimos los términos "relación" o "técnica" a "contrato" de Outsourcing), puesto que éste término engloba diferentes figuras, a pesar que, en ocasiones, se intente su estudio como una categoría única (a semejanza del arrendamiento, de una compraventa) sin ninguna advertencia previa. El Outsourcing no existe, ni siquiera en lo sistema anglosajones, como figura jurídica autónoma o propia, incluso atípica»; così J.P. APARICIO VAQUERO, *La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información*, in AA. VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, V. Carrascosa López (a cura di), Granada, 2002, p. 12; nello stesso senso M.J. VAQUERO PINTO, *Otros: gestión y servicios profesionales*, in AA. VV., *Tratados de contratos*, III, 2ª ed., N.

L'*outsourcing* consiste nell'esternalizzazione di un determinato settore dell'attività d'impresa, che viene affidata a un'azienda che gode di maggiore specializzazione in quello specifico settore<sup>77</sup>.

Ma l'*outsourcing* si differenzia dalle ordinarie forme di esternalizzazione, in virtù della stretta relazione che s'instaura fra committente e fornitore ed in particolare, il coinvolgimento strategico di quest'ultimo nei piani di sviluppo dell'impresa servita. Con l'*outsourcing* non si ottiene soltanto la fornitura di un servizio, ma si ha la cessione di una determinata attività a soggetti terzi, che a volte si realizza anche con il trasferimento delle risorse umane<sup>78</sup>.

La scelta di rivolgersi a terzi, affinché siano questi a svolgere determinate funzioni aziendali, in realtà è indice di una preferenza del «mercato» piuttosto che al modello gerarchico dell'impresa di cui all'art. 2086 c.c.<sup>79</sup>. La scelta tra il ricorso al «mercato» o al modello gerarchico dell'impresa, tra il *buy or make*, il *comprar* e l'*hacer*, deve essere valutata tenendo conto di molteplici fattori, tra i quali il livello di conoscenza del campo informatico dei lavoratori e la capacità organizzativa dell'impresa. In particolare, i lavoratori devono possedere quella *destreza técnicas*, ossia la conoscenza e l'esperienza informatica in grado di consentire loro di implementare le nuove applicazioni tecnologiche a supporto dell'attività d'impresa. Ma per evitare il

---

Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2013, p. 3972 ss., definisce l'*outsourcing* una tecnica di gestione d'impresa. In Italia negano che l'*outsourcing* costituisca un'autonoma fattispecie contrattuale, *ex multis*, F. LAZZARELLI, *o.n.c.*, p. 72; A. MUSELLA, *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Dir. inf.*, 1998, p. 857; F. CARDARELLI, *o.c.*, p. 86. In contrario, sostiene che l'istituto in esame costituisca una fattispecie contrattuale innominata, ma socialmente tipica P. VARI, *Outsourcing di servizi informatici*, in *Infor. e diritto*, 1995, p. 83.

<sup>77</sup> Come attentamente analizza S. MONTICELLI, *I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 482, la parola *outsourcing* è composta dai termini *out* e *source*, i quali letti all'unisono indicano proprio la formula organizzativa per la quale un'impresa si rivolge ad aziende esterne per lo svolgimento di una determinata attività aziendale. Osservano, tuttavia, K.M. GILLEY e A. RASHEED, *Making more by doing less: an analysis of outsourcing and its effects on firm performance*, in *Journal of Management*, 2000, vol. 26, n. 4, p. 764, che l'*outsourcing* si presenta in due forme: l'una attraverso la «sostituzione» dell'attività interna acquistandola all'esterno; l'altra attraverso la «astensione», ed in particolare, scegliendo semplicemente di non svolgere una determinata attività, sebbene sia perfettamente in grado di svolgerla.

<sup>78</sup> Così A. RICCIARDI, *L'outsourcing strategico. Modalità operative, tecniche di controllo ed effetti sugli equilibri di gestione*, 7ª ed., Milano, 2009, p. 54, il quale chiarisce che fra committente e fornitore si crea una «alleanza strategica temporanea», la quale si fonda sul riconoscimento delle reciproche competenze, sulla volontà di dar vita a una effettiva collaborazione e sulla reciproca disponibilità a instaurare relazioni corrette e trasparenti.

<sup>79</sup> L'osservazione è di M. MAUGIERI, *Esternalizzazione di funzioni aziendali e "integrità" organizzativa delle imprese di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, fasc. 4, p. 440, il quale fa propria la definizione di mercato quale «unità giuridica delle relazioni di scambio riguardanti un dato bene o date categorie di beni» fornita da N. IRITI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2001, p. 111.

ricorso al mercato sarà necessario, altresì, che l'impresa posseda un'abilità organizzativa tale da permetterle di utilizzare questa destrezza informatica al fine di raggiungere un buon grado di competitività e di coordinarla con l'attività principale<sup>80</sup>.

I vantaggi che può acquistare l'impresa servita, detta *outsourcee*, ricorrendo all'*outsourcing* possono essere i più svariati.

Sicuramente, attraverso l'esternalizzazione si produce un abbassamento dei costi. Spesso, infatti, la gestione interna costa molto di più rispetto quella esterna. Le ragioni economiche rappresentano quelle che per prime hanno spinto verso l'esternalizzazione<sup>81</sup>. Del resto, non può non tenersi conto della circostanza per la quale, abbattendo dei costi fissi, quali quelli relativi alle risorse interne, le spese commerciali e le spese amministrative, l'impresa aumenta il proprio valore, il che le permette di attrarre nuovi capitali. In tal modo, inoltre, si permette la concentrazione esclusiva sull'attività principale definita dall'oggetto sociale, c.d. *core business*<sup>82</sup>. Concentrando tutte le risorse tecniche, finanziarie ed umane sull'attività principale, l'*outsourcer* diviene così in grado di accrescere la propria competitività, in quanto consolida, sviluppa e potenzia le proprie *core competence*<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> In questo senso, E. ÀLVAREZ SUESCUN, *Decisiones de «hacer o comprar» en el ámbito de los sistemas de información: una aproximación desde la teoría de recurso y capacidades*, in *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, 2007, n. 31, p. 243, il quale, nel mettere in luce l'importanza della capacità organizzativa dell'impresa al fine di scegliere se fare o meno ricorso al mercato, ha precisato che «la carencia de esa capacidad no podrá ser simplemente subsanada por la contratación de nuevos trabajadores cualificados o el incremento de la formación, al menos en el corto plazo. Como consecuencia de lo anterior, la empresa tendrá que gestionar su personal técnico y, en su caso, los acuerdos de cooperación con proveedores de forma que se desarrollen rutinas de trabajo que les permitan generar un conocimiento profundo de las singularidades organizativas y de la arquitectura del SI y, por lo tanto, ser más eficiente que otras empresas en el desempeño de esa función. Por ello, la empresa no puede pretender que el área de SI crezca continuamente mediante la adquisición de todas las destrezas que necesita para gestionar su SI, sino que deberá centrarse en aquellas funciones en las que pueda crear valor, externalizando el resto de actividades».

<sup>81</sup> Per tale motivo, inizialmente l'*outsourcing* era considerato uno strumento per tagliare posti di lavoro. Tale considerazione scaturì dalla nota vicenda Kodak, che nel 1988 affidò alla società IBM la gestione del sistema *edp* e dei *network*, comprando dalla stessa *hardware* e *software* ed affidandole stipulando un contratto di assistenza e manutenzione. In questo modo la Kodak, tagliò 4.500 posti di lavoro. Per un'attenta ricostruzione della vicenda v. P. VARI, *o.c.*, p. 85.

<sup>82</sup> Che il *core business* sia estraneo al fenomeno dell'*outsourcing* è espressamente previsto dalla giurisprudenza, la quale statuisce che l'istituto in esame comprende tutte quelle tecniche mediante le quali un'azienda dismette ad aziende terze parte della propria attività, purché l'attività dismessa non sia legata al *core business*, così Cass., 2 ottobre 2006, n. 21287, in *Foro it.*, 2007, c. 109. Parte della dottrina ha, altresì, vanno escluse dall'ambito dell'*outsourcing* sia i rapporti giuridici che non attengono all'esplicazione di funzioni aziendali, sia quelle attività che non presentano il carattere della durata, ma sono meramente occasionali; in questo senso, M. MAUGIERI, *o.c.*, p. 441.

<sup>83</sup> Per una corretta indicazione dei vantaggi offerti dall'*outsourcing*, v. A. RICCIARDI, *L'outsourcing strategico*, in *Amministrazione e finanza*, 2011, p. 79, il quale in maniera puntuale distingue i vantaggi medesimi tra quelli di tipo tecnologico, organizzativo, finanziario ed economico, nonché M.J. VAQUERO PINTO, *Otros: gestión y servicios profesionales*, cit., p. 3972 ss.

Ancóra, come sopra accennato, si può sicuramente affermare che uno dei maggiori fattori di diffusione del fenomeno al vaglio è rappresentato dallo sviluppo della tecnologia; ciò ha generato soprattutto la diffusione dell'*outsourcing* del sistema informatico<sup>84</sup>. Alle imprese che voglio godere di un sistema informatico, che le permetta di essere competitive, risulta maggiormente conveniente fare affidamento a soggetti fortemente specializzati, e che, pertanto, possano garantire loro tecnologie sempre all'avanguardia, piuttosto che impiegare gran parte delle loro risorse nell'adeguamento tecnologico. In tal modo, godono di un facile accesso alle migliori tecnologie ed evitano il rischio dell'obsolescenza del proprio sistema informatico<sup>85</sup>.

L'esternalizzazione consente, inoltre, di raggiungere una maggiore flessibilità. È evidente che attualmente le imprese richiedono un forte grado di flessibilità, in quanto i servizi di cui una società necessita cambiano a seconda delle esigenze della società medesima. Ottenere un buon grado di flessibilità autonomamente è alquanto difficile, soprattutto nel campo dell'informatica, dove per riuscire ad adattare il sistema informatico alle necessità che di volta in volta sorgono bisogna avere un forte grado di specializzazione.

Se questi sono gli aspetti positivi dell'*outsourcing*, non bisogna dimenticare, tuttavia, che vi sono anche molti rischi che l'*outsourcer* deve mettere in conto di affrontare<sup>86</sup>.

In primo luogo, si osserva che una siffatta modalità organizzativa e gestionale del sistema informatico comporta la perdita del controllo di tale gestione.

---

<sup>84</sup> L'*outsourcing* del sistema informatico rappresenta l'*outsourcing* per eccellenza. Infatti, benché tale modalità organizzativa possa incidere sui più svariati settori imprenditoriali, non si può negare che il settore informatico di una azienda non costituisce mai l'oggetto principale dell'azienda medesima, piuttosto è comune a tutte le imprese; inoltre, il forte grado di specializzazione che si richiede per gestire tale settore, fanno sì che l'area informatica sia quella che maggiormente è stata oggetto di esternalizzazione, in questo senso, J.P. APARICIO VAQUERO, *o.c.*, p. 24.

<sup>85</sup> Anche con specifico riguardo al mercato spagnolo hanno contribuito alla diffusione dell'*outsourcing*: la sempre crescente competitività del settore informatico; l'accorciamento del ciclo di vita dei sistemi informatici; la crescente importanza dei sistemi informatici nell'attività d'impresa; la tendenza generalizzata al ricorso alla subcontrattazione di attività estranee al nucleo centrale dell'oggetto sociale; così, E. DEL PESO NAVARRO, *Manual de outsourcing informatico. Analisis y contratación*, Madrid, 2003, p. 14.

<sup>86</sup> La dottrina spagnola ha classificato i rischi derivanti dall'*outsourcing* in due grandi categorie: quelli conseguenti al mantenimento dei vantaggi della competitività e quelli relativi alla gestione della somministrazione, cfr. C. LONSDALE, *Atenuación de riesgos y outsourcing: modelos alternativos para gestionar los riesgos de suministro*, in AA. VV., *Estrategias globales de outsourcing*, P. BARRAR e R. GERVAIS (a cura di), Gower, 2007,

In altri termini, dall'affidamento a soggetti terzi di un determinato ramo del settore produttivo deriva da un lato il venir meno dell'interazione fra i diversi settori produttivi, che in tal modo non lavoreranno piú congiuntamente, e dall'altro la perdita di *know how*, poiché una volta dismesso un settore aziendale, come quello informatico, che non vede mai arrestare la propria evoluzione, difficilmente l'impresa potrà recuperare quell'insieme di saperi competitivi<sup>87</sup>. Si crea, quindi, un eccessivo rapporto di dipendenza tra *outsourcer* e *outsourcee*, che si traduce nel potere del primo di incidere sul contenuto del rapporto contrattuale nei termini a lui piú favorevoli<sup>88</sup>.

Inoltre, si pone il problema della sicurezza delle informazioni, che escono dall'impresa committente e vengono acquisite dal soggetto fornitore, il quale potrebbe avere tra i suoi clienti anche imprese tra loro concorrenti. Il problema della sicurezza dei dati potrebbe essere amplificato in caso di *offshore outsourcing*.

Nel caso in cui si ricorra a questa tipologia di *outsourcing*, cosí come nell'*outsourcing* globale<sup>89</sup>, occorre poi tener conto dei possibili rischi derivanti dalla differenza culturale delle imprese e segnatamente dalla difficoltà di comunicazione, in genere dovuta all'uso di linguaggi differenti. Ben può accadere che da tali diversità derivi una incomprensione delle attività richieste e della loro qualità.

Ancóra, se è vero che con l'esternalizzazione si riducono i costi della gestione di un determinato settore è anche vero che sorgono dei costi occulti, che non devono essere confusi con il prezzo della fornitura. A titolo esemplificativo, si possono citare i c.dd. costi di transizione, che possono identificarsi nel tempo che l'impresa ed i lavoratori occupano per aiutare il fornitore a rendersi conto della forma organizzativa e delle necessità del cliente che spesso non risultano in maniera chiara e i costi del ritrasferimento dell'intero servizio informativo dal fornitore all'*outsourcee*.

---

<sup>87</sup> Sul punto è stato sostenuto che la scelta di esternalizzare il settore dell'informatica viene sentita dalle imprese come scelta irreversibile, soprattutto se con l'esternalizzazione vengono meno l'intero apparato strumentale e le risorse umane preposte a tale settore, per tre ordini di ragioni: gli alti costi necessari per riprodurre nuovamente il settore *in house*; la difficoltà di reperire personale competente; il tempo necessario; cosí M.R. GONZALES RAMIRES, J.L. GASCO GASCO e J. LLOPIS TAVERNER, *Razones y riesgos de l'outsourcing de lo sistema de información: una analisis de su situación y evolución*, in *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 2010, vol. 16., n.1, p. 61.

<sup>88</sup> Sul punto v. D. VALENTINO, *o.u.c.*, p. 299, secondo la quale tale rapporto di forza determina uno squilibrio contrattuale, che non può essere considerato meritevole di tutela.

<sup>89</sup> La distinzione fra *global* e *offshore outsourcing* sarà ampiamente trattata nel successivo paragrafo 5 dedicato alle molteplici forme di *outsourcing* sviluppate nella prassi.

È stato, infine, precisato che un altro rischio deriva dalla relazione poco chiara tra costi e benefici dell'*outsourcing*<sup>90</sup>.

Per quanto appena detto, appare chiaro che le imprese che fanno ricorso all'*outsourcing* sono imprese di grandi dimensioni. Questa circostanza ci permette di evidenziare le differenze tra l'istituto appena citato e i *computer service contracts*.

Le fattispecie contrattuali da ultimo citate, infatti, hanno un ambito di applicazione alquanto diffuso, in quanto non si rivolgono soltanto alle imprese di grandi dimensioni, ma anche alle microimprese ed ai professionisti; mentre l'*outsourcing* è principalmente diffuso tra le grandi imprese.

Inoltre, sebbene in entrambi i casi la natura dei contratti di *computer service* è ravvisata dall'appalto di servizi, vale ricordare che nei *computer service contracts*, in realtà, la natura giuridica può essere la più varia posto che a seconda della prestazione richiesta il contratto si qualifica come godimento di beni, appalto di servizi, *etc.*, mentre la natura dei contratti di *outsourcing*, secondo la tesi che qui si sposa per le motivazioni che a breve saranno illustrate, è pressoché sempre quella dell'appalto di servizi.

#### **1.4. Segue. L'*outsourcing* telematico tra *application service provisioning* e *cloud computing*.**

La fornitura dei servizi informatici e di prodotti *software*, nella più recente prassi commerciale, avviene in via telematica<sup>91</sup>, mediante la conclusione di contratti di *application service provisioning*, c.dd. ASP<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Cfr. M.R. GONZÁLES RAMIRES, J.L. GASCO GASCO e J. LLOPIS TAVERNER, *o.c.*, p. 60, i quali hanno osservato che spesso quando si assume la decisione di ricorrere all'*outsourcing*, si tiene in considerazione unicamente il costo che attualmente si sostiene per la gestione *in house*, in quanto difficilmente si riesce a fare un calcolo del costo complessivo dell'esternalizzazione.

<sup>91</sup> Per una disamina generale dei contratti telematici cfr G. PERLINGIERI e F. LAZZARELLI, *Il contratto telematico*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 269 ss., spec. 272, i quali nel chiarire la distinzione tra «contratti telematici», «contratti informatici» e «contratti a contenuto digitale», precisano che la prima delle fattispecie negoziali menzionate ricomprende tutti quegli accordi conclusi *online*, a prescindere dalla natura dell'oggetto e dalla modalità di esecuzione. Vi rientrano così tanto i contratti conclusi in rete ma che trovano esecuzione *offline* (come nel caso dell'*e-commerce* indiretto), quanto i contratti conclusi ed eseguiti *online* (come avviene per l'*e-commerce* diretto).

Si tratta di una fattispecie negoziale che coniuga i contratti di *outsourcing* con gli strumenti telematici<sup>93</sup>. Oggetto del contratto, infatti, è la fornitura di servizi di gestione e di aggiornamento *software*, ai quali l'impresa sevita potrà accedere da remoto, attraverso l'uso di linee dedicate o commutate<sup>94</sup>: l'impresa fornitrice utilizza un *server*, ossia un computer centrale, che i terminali locali, c.dd. *clients*, possono raggiungere da remoto. Pertanto, i contratti di ASP vengono definiti anche *hosted outsourcing* o *e-sourcing*<sup>95</sup>.

L'oggetto dei contratti di ASP, così come quello dei contratti di *outsourcing* si presenta estremamente variegato, potendo consistere nella mera messa a disposizione di un applicativo ovvero nella fornitura e gestione di un servizio dotato di maggiore complessità<sup>96</sup>. Tratto comune è la messa a disposizione da parte del fornitore di programmi applicativi specifici, i quali saranno elaborati su infrastrutture del fornitore medesimo e usufruibili dal cliente mediante l'installazione della *web application*, attraverso un sistema di credenziali<sup>97</sup>. A fronte di tale prestazione, il cliente sarà tenuto al pagamento di un corrispettivo, un canone periodico, il quale può essere pattuito sia in misura fissa, sia indicizzato a specifici parametri.

Inoltre, è possibile che il *provider* non abbia l'infrastruttura adeguata per offrire un efficiente sistema di fornitura e gestione dei molteplici servizi offerti, cosicché ci si rivolge a un soggetto terzo, il quale metterà a disposizione i propri locali, nei quali

---

<sup>92</sup> L'acronimo ASP in realtà ha assunto un doppio significato, in quanto vale ad identificare sia la fattispecie negoziale in esame, sia i soggetti che la esercitano, ossia gli *application service providers*, i quali fanno capo ad un gruppo di patrocinio internazionale denominato *ASP industry consortium*.

<sup>93</sup> Osserva R. ZALLONE, *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003, p. 54, il quale definisce i contratti di ASP come «una originale forma di outsourcing on-line, resa possibile dalla disponibilità di accesso ad Internet»

<sup>94</sup> Cfr. C. ROBUSTELLA, *I contratti di fornitura di servizi telematici*, in AA. VV., *I contratti dell'impresa*, S. Monticelli e G. Porcelli (a cura di), 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2013, p. 203.

<sup>95</sup> Così G. FALETTI, *Il contratto di application service provisionig*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 411 ss.; D. VALENTINO, *La fornitura di servizi informatici*, cit., p. 255; G. LICCARDO, *I contratti di Application services provisioning*, in corso di pubblicazione, il quale osserva che i contratti di ASP «s' inseriscono nel più ampio fenomeno [...] di migrazione verso modelli imprenditoriali "internet-centrici", caratterizzati dallo svolgimento dell'attività prevalentemente mediante commercio elettronico, portali d'impresa, Internet ed Extranet».

<sup>96</sup> G. FALETTI, *o.l.u.c.*, il quale rileva che il servizio che il *provider* s'impegna a fornire può essere rappresentato, a titolo esemplificativo da: pianificazione delle risorse aziendali; gestione centralizzata di informazioni sensibili per l'azienda; condivisione di informazioni su prodotti o clienti; gestione di relazioni con clienti e fornitori, la fornitura di servizi di commercio elettronico e la fornitura di applicazioni verticali.

<sup>97</sup> Cfr. R. ZALLONE, *o.c.*, p. 54, il quale chiarisce che la responsabilità degli strumenti necessari per il collegamento al *server*, così come i costi del collegamento gravano sul cliente.

saranno installati i programmi applicativi. È questo il servizio di *housing* di servizi ASP<sup>98</sup>. Con il contratto di *housing*, com'è facilmente intuibile dalla denominazione, una parte, il c.d. *housing provider*, si obbliga ad ospitare presso la propria infrastruttura (*webfarms*) il *server* di proprietà del cliente, garantendogli la gestione e la connessione *internet*, a fronte di un corrispettivo pecuniario<sup>99</sup>. È così possibile che l'operazione negoziale sia composta da molteplici rapporti intercorrenti con diversi fornitori e tra loro funzionalmente collegati: il c.d. *network Sla*, avente ad oggetto la messa a disposizione di un *server* remoto; il contratto di *hosting sla*, volto alla gestione del *server* custodito; l'*application Sla*, sulla mera fornitura del servizio; ed infine, il c.d. *help desk custode Sla*, relativo all'assistenza e alla manutenzione del servizio fornito<sup>100</sup>. La complessità delle prestazioni fornite e la modalità di gestione del servizio, impone la previsione di accordi specifici, i c.dd. *Service legal agreement*, con cui si definiscono le reciproche prestazioni<sup>101</sup>.

Orbene, la caratteristica dei contratti di ASP è la fornitura e la gestione del sistema informatico da un *server* remoto. Tuttavia, recentemente alla gestione da remoto si è affiancata, e in alcuni casi sostituita, la gestione «sulla nuvola». L'evoluzione dei contratti di fornitura telematica ha infatti visto la nascita del c.d. *cloud computing*.

---

<sup>98</sup> Per un'accurata ricostruzione del fenomeno v. R. ZALLONE, *o.c.*, p. 56 ss.; nonché D. VALENTINO, *o.l.u.c.*

<sup>99</sup> Sul contratto di *housing* cfr. G.A. CAVALERE e M. IASELLI, *Contratto telematico*, in AA. VV., *Il contratto*, G. Buffone, C. De Giovanni e I. Natali (a cura di), Padova, 2013, p. 1615, i quali precisano che le principali funzionalità offerte con la figura negoziale *de qua* consistono in monitoraggio del funzionamento *server* e gestione operativa del *server* e dei suoi contenuti; assegnazione di indirizzi Ip per conto del cliente; predisposizione di un sistema di sicurezza anti-intrusione; sistema di salvataggio dei dati del cliente. I dati e le informazioni custoditi, pertanto, sono in titolarità del cliente. Accanto alla prestazione principale, le parti possono inoltre convenire delle prestazioni accessorie, quali a titolo esemplificativo, la registrazione di nomi a dominio; l'attivazione di caselle di posta elettronica. Sul di contratto di *housing* v. P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, Padova, 2006, p. 458 ss.; I. BARBAGALLO, *I contratti di housing e di hosting: profili negoziali e responsabilità penale del fornitore di accesso e degli utenti*, in AA. VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, X, P. Cendon (a cura di), Torino, 2008, p. 5; C. ROBUSTELLA, *I contratti di fornitura di servizi telematici*, cit., p. 200 ss., la quale evidenzia la differenza tra il contratto di *housing* e il contratto di *hosting*, precisando che nella prima fattispecie negoziale il *provider* si obbliga, a fronte di un corrispettivo, a ricevere il *server* in titolarità del cliente, mentre nella seconda il *server* è in titolarità del fornitore, il quale concede al cliente l'utilizzo di una sua porzione.

<sup>100</sup> Evidenzia la possibilità che il servizio informatico venga erogato e gestito in via telematica attraverso la conclusione di quattro contratti tra loro funzionalmente collegati, posto l'interesse dell'utente non ai singoli aspetti ma alla complessità del risultato finale, D. VALENTINO, *o.l.u.c.*

<sup>101</sup> Osservano G.A. CAVALERE e M. IASELLI, *o.c.*, p. 1625, che la peculiarità dei contratti sui livelli di servizio, o sulla qualità di servizio, «è costituita dall'analisi capillare dei vari profili, a testimoniare la precisione e la preparazione degli ASP, che in genere predispongono gli schemi negoziali e li definiscono d'intesa con il cliente per profili strettamente esecutivi».

Si tratta di una figura negoziale che consente di una continua trasmissione di dati dal *client* a un *server* remoto, gestito dal *cloud provider*, al quale è possibile accedere, in ogni momento, utilizzando la rete *internet*. Vengono così garantiti l'utilizzo di *softwares* e l'archiviazione di dati mediante risorse digitali a carico del fornitore, liberando gli apparati *hardware* del cliente, il quale non dovrà più preoccuparsi dell'allocazione dei dati medesimi<sup>102</sup>. Le implicazioni del *cloud* sono notevoli, basti considerare che i clienti possono accedere ai propri dati, modificarli, aggiungerli o eliminarli attraverso l'utilizzo di un qualsivoglia dispositivo, in grado di collegarsi *online*.

Diverse le tipologie di *cloud* attualmente presenti sul mercato: *software as a service* o *Storage as a Service* (SaaS), il quale consente di utilizzare un *software* messo a disposizione su uno spazio digitale; *Infrastructure as a Service* (IaaS), con il quale all'utente è garantita l'archiviazione dei dati in rete; *Platform as a Service* (PaaS), il quale offre un servizio IP complesso, comprensivo dei servizi offerti dalle tipologie SaaS e IaaS, strutturate pertanto come una piattaforma compiuta<sup>103</sup>. Nei contratti tra imprese è frequente, inoltre, il ricorso a *Private Cloud Computing*, ossia servizi *cloud* personalizzati in conformità alle esigenze imprenditoriali. Tuttavia, si può escludere *a priori* l'utilizzo di *Public Cloud Computing*, quindi, di servizi offerti alla generalità degli utenti, i cui termini e condizioni d'uso sono difficilmente negoziabili<sup>104</sup>.

Per una regolamentazione ordinata del contratto di *cloud*, sembra opportuno provvedere alla redazione di tre distinti documenti: il primo, in cui sono inserite le condizioni generali del servizio; il secondo, in cui si definiscono le *polities* di comportamento delle parti; un terzo, interamente dedicato al trattamento dei dati personali<sup>105</sup>. In tal modo, ciascun aspetto sopra menzionato viene pattuito in maniera ordinata, facilitando la comprensione delle clausole e riducendo, in parte, lo squilibrio

---

<sup>102</sup> Cfr. M. D'AMBROSIO, *Cloud computing*, in AA. VV. *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 412, il quale limpidamente afferma che con il contratto *de quo* si realizza un «uso dell'*hardware* [...] ottimizzato in maniera dinamica».

<sup>103</sup> Sulle diverse tipologie di *cloud*, nonché sulla nozione e natura del contratto in oggetto cfr. M. D'AMBROSIO, *o.l.u.c.*

<sup>104</sup> La distinzione fra *Private Cloud Computing* e *Public Cloud Computing* è esaminata da M. LIMONE, *I contratti di cloud*, in [www.comparazioneDirittoCivile.it](http://www.comparazioneDirittoCivile.it).

<sup>105</sup> Così A. MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1220, il quale, tuttavia, rileva che spesso nella prassi commerciale, il contratto risulta sì composto da diversi documenti, in ognuno dei quali però è contenuto un aspetto dei profili sopra menzionati, i quali invece, andrebbero opportunamente organizzati in maniera ordinata.

informatico proprio dei contratti informatici<sup>106</sup>. In ogni caso, ciò che rileva è che nel contratto siano compiutamente disciplinati gli aspetti inerenti il contenuto delle prestazioni, con specifico riguardo alla gestione dei dati archiviati sulla «nuvola».

Naturalmente, la rete *internet* rappresenta il vantaggio ma anche il limite dei contratti di *cloud*. Le disfunzioni, anche temporanee della rete, che inevitabilmente possono presentarsi, possono affettare l'accesso del cliente al servizio. Queste disfunzioni solitamente attengono alla rete dell'utente, il quale acquista dei servizi di comunicazione con una qualità standard e non elevata. Differentemente, il fornitore ha mostrato sempre cura di premurarsi di livelli di connessione maggiormente affidabile, anche attraverso la dotazione di linea di *back up* relativa al collegamento *internet*<sup>107</sup>.

Ciò posto, il contratto di *cloud*, benché sembri richiamare l'*outsourcing*, in realtà se ne differenzia per molteplici aspetti. Primo fra tutto è la mancanza di esternalizzazione. Con i contratti di *cloud*, infatti, non si rimette a terzi la totale gestione di un settore imprenditoriale, ma si acquistano servizi in rete. La mancanza di esternalizzazione diviene evidente, ove si consideri che non vi è la previsione di determinate prestazioni, come la fornitura di servizi di *front office*, relativi ai rapporti con clienti e fornitori, la formazione a distanza del personale tecnico, o più semplicemente servizi di *help desk*. A ciò si aggiunge che il contenuto delle prestazioni nei contratti di *outsourcing* viene stabilito congiuntamente tra *outsourcer* e *outsourcee*, a differenza di quanto avviene nel *cloud*, i cui servizi sono offerti ad una serie indistinta di utenti, e conseguentemente appare difficile giungere ad un accordo sulle condizioni di erogazione<sup>108</sup>.

La differenza ontologica appena evidenziata, tuttavia, non crea una barriera fra le due fattispecie negoziali, piuttosto dà luogo a una commistione di rapporti, ottimizzando in tal modo le risorse sia dell'impresa fornitrice, sia dell'impresa servita. I servizi offerti dall'*outsourcer*, infatti, integrati con le modalità *cloud*, garantiscono una

---

<sup>106</sup> Sulle asimmetrie informative si rinvia al successivo § 1.7

<sup>107</sup> Le imprese fornitrici spesso acquistano servizi di connessione a velocità simmetrica, in *download* e *upload*, i quali consentano una maggiore stabilità del servizio offerto. Inoltre, sistemi di sicurezza sono previsti altresì per la rete elettrica, come ad esempio i gruppi di continuità, i quali tuttavia hanno costi meno elevati, rispetto alle infrastrutture richieste per una stabile fruizione della rete *internet*, di talché frequentemente sono acquistati anche dai clienti.

<sup>108</sup> Le differenze fra *outsourcing* e *cloud* sono poste in evidenza da M. D'AMBROSIO, *o.l.u.c.*

maggiore efficienza e un minor spreco di risorse, ottimizzando l'uso sia delle apparecchiature *hardware* sia *software*. In questo modo, si verifica un continuo scambio di dati da e verso l'impresa servita, garantendo una migliore, anche in termini temporali, gestione dell'intero settore informatico, garantendo minori costi, energetici e di godimento di immobili i quali altrimenti dovrebbero ospitare il *server*. L'archiviazione dei dati sulle «nuvole» richiede, tuttavia, una maggiore attenzione alla protezione dei dati aziendali<sup>109</sup>. Aumenta l'esigenza di tutela di dati aziendali, inerenti ai processi produttivi e distributivi, solitamente oggetto di segreto aziendale, nonché di dati personali, relativi ai dipendenti dell'*outsourcer* e a clienti e fornitori. La questione diviene ancora più complessa, ove si evidenzia che spesso, soprattutto durante la fase della gestione *offline* alla gestione *online*, l'*outsourcer* si rivolge a *partners* commerciali, avente una sede legale fuori dai confini, non soltanto nazionali, ma anche comunitari – al riguardo innegabile è il frequente ricorso a *partners* indiani, i quali hanno sviluppato negli ultimi anni notevoli competenze informatiche, facendo dell'India uno dei Paesi maggiormente all'avanguardia nel settore informatico – con una normativa in tema di sicurezza e di riservatezza dei dati personali alquanto differente.

Appare, dunque, opportuno prevedere contrattualmente dei stringenti obblighi in tema di sicurezza e riservatezza, ampliando le ipotesi di responsabilità per titolari e responsabili del trattamento. Gli obblighi pattizi si aggiungono così a quelli legali, i quali stanno divenendo sempre più stringenti. Giova segnalare il recente intervento comunitario, il nuovo regolamento europeo sulla *privacy*, il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio, sulla protezione dei dati<sup>110</sup>. Il legislatore europeo ha previsto un aggravamento degli adempimenti, soprattutto con riguardo alle aziende, che si occupano di trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli

---

<sup>109</sup> Cfr. A. MANTELERO, *Processi di outsourcing informatico e cloud computing, la gestione dei dati personali e aziendali*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 67

<sup>110</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. L'art. 99 del regolamento stabilisce l'entrata in vigore a far data dal ventesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, avvenuta il 4 maggio 2016, e pertanto dal 24 maggio 2016. Tuttavia, il secondo comma precisa che sarà applicabile soltanto dal 25 maggio 2018. Vengono così concessi due anni, per l'adeguamento delle regole sul trattamento dei dati personali non conformi al regolamento medesimo.

interessati su larga scala, imponendo l'obbligo della nomina di un «*Data protection officer*», un responsabile della protezione dei dati personali, il quale dovrà, tra l'altro, sorvegliare sul rispetto del regolamento.

Inoltre, sono state fatte proprie l'esigenze di quanti vengono in rapporti con aziende extracomunitarie, stabilendo l'applicazione del regolamento medesimo anche oltre il principio dello stabilimento<sup>111</sup>. Al riguardo l'art. 3 dispone, al primo comma, che «[i]l presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione», precisando poi al comma successivo che «[i]l presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano: a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione». Alla luce di questa nuova normativa, gli interessati di dati godranno della tutela europea anche nell'ipotesi in cui l'*outsourcer* si rivolga a *partners* extracomunitari.

### **1.5. Il polimorfismo dell'*outsourcing***

Si è accennato in precedenza che l'*outsourcing*, piuttosto che configurare una autonoma fattispecie contrattuale, rappresenta una modalità organizzativa e gestionale dell'impresa. Questo processo organizzativo può assumere le più diverse forme. Le aziende che intendono esternalizzare potranno farlo nella maniera che più si adatta alle loro esigenze. Occorre, però, precisare che non tutto quello che viene definito *outsourcing* lo è realmente. Spesso si assiste a delle mere subforniture che vengono inquadrare, in ogni caso, nell'ambito delle esternalizzazioni. La distinzione

---

<sup>111</sup> Giova ricordare al riguardo la nota sentenza sul caso Scherms sul trasferimento dei dati di cittadini europei verso gli Stati Uniti, con cui la Corte ha sollecitato l'adozione di un nuovo quadro per rendere più sicuro il trattamento, cfr. Corte giust. U.E., 6 novembre 2015, C-316/2014, M. Schrems c. Data Protection Commissioner, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

fra *outsourcing* e *insourcing* è, poi, resa più difficile dalla sempre più frequente domanda di singoli servizi richiesti ad operatori altamente specializzati, piuttosto che rivolgersi ad un unico fornitore<sup>112</sup>.

A tal fine è stato chiarito che, affinché si abbia *outsourcing*, è necessaria la presenza di determinati requisiti: il contratto stipulato dalle imprese deve avere ad oggetto un servizio, il quale deve essere ripetitivo e non rappresentare un progetto concreto; la durata deve essere relativamente lunga, o comunque, non inferiore ad un anno; è necessaria la presenza di rischi indiretti, la contrattazione delle variazioni di servizio e delle tolleranze, la prefigurazione di un accordo sul livello di servizio *Service Level Agreement* (SLA) e di un piano di qualità<sup>113</sup>.

Segnatamente, il *Service Level Agreement* rappresenta uno degli aspetti fondamentali dell'*outsourcing*, in quanto definisce i servizi che dovranno essere prestati ed il loro livello di qualità<sup>114</sup>. Tale accordo non rileva soltanto al momento della conclusione del contratto, ma se ne terrà conto nel corso dell'intero rapporto tra cliente e *provider*<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> In questo senso, D. VALENTINO, *I contratti d'informatizzazione d'azienda*, in *Dir. internet*, 2005, p. 416. Un utile criterio di individuazione dell'*outsourcing* è stato fornito da, J.R. FÓRNEAS CARRO, *Outsourcing saque el máximo partido de sus proveedores*, La Coruña, 2008, p. 15, secondo il quale non può essere inquadrato nell'*outsourcing* un contratto quando «no existe una medida objetiva de la calidad; el valor de los productos involucrados es una parte muy mayoritaria sobre el valor total; las actividades del contratado son controladas por el cliente; la duración de la contratación es menor de un año; la responsabilidad del contratado es exclusivamente la realización de una serie de tareas definitas».

<sup>113</sup> Diversamente dal *Service Level Agreement*, che definisce il servizio che deve essere prestato ed il suo livello, il piano di qualità definisce come deve essere prestato tale servizio. In altri termini, le imprese devono prevedere per ogni tipologia di servizio offerto quale sia il procedimento da seguire, quali le attività da porre in essere.

<sup>114</sup> Al fine di analizzare l'importanza di tale accordo la dottrina spagnola ha analizzato ciascuno degli elementi che lo compongono, definendo il servizio «*Organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer de orden público o de una entidad oficial o privada*»; il livello un «*instrumento para averiguar la diferencia, o comprobar la igualdad, de altura entre dos o más puntos*», precisando che una volta fissato il livello si obiettivizza il risultato di una attività; ed infine l'accordo come un «*unión, armonía*» o «*concierto, inteligencia de personas con un mismo fin*». Posta l'esegesi del *Service Level Agreement*, si è giunti alla conclusione che esso consiste «*en definir qué un servicio van a ser prestados, qué niveles se consideran aceptables y fundamentalmente que los servicios y los niveles son consensuados entre las dos partes, cliente y empresa informática*», così C. BLASCO PEDRO, *Las herramientas de gestión (II). El outsourcing informático. La consultoría informática*, in AA. VV., *Manual de gestión y contratación informática*, cit., p. 302.

<sup>115</sup> Per la particolare attenzione che le imprese rivolgono al *Service Level Agreement* si assiste spesso non alla predisposizione di una clausola all'interno del contratto di esternalizzazione, quanto alla redazione di un autonomo contratto. In quest'ultimo caso ci troveremo nuovamente di fronte a un collegamento negoziale, di tipo unilaterale, in quanto l'accordo sul livello di servizio sarà riferito a tutti i servizi previsti nel contratto di *outsourcing*, il quale rappresenta il contratto principale; così A. FRANCESC BAYGUAL, *Algunos contratos de telecomunicación, informáticos y de prestación de servicios de la sociedad de la información*, in AA. VV., *Internet. Claves legales para la empresa*, Madrid, 2002, p. 303

Nel tentativo di mettere ordine nella molteplicità delle forme di *outsourcing* sono state effettuate alcune classificazioni.

In primo luogo, si è proceduto a una prima classificazione in virtù delle diverse modalità di acquisizione. Ravvisiamo, così, quattro differenti tipologie negoziali: *contract-out strategy*, *preferred contractor strategy*, *buy-in strategy* e *preferred supplier strategy*.

Con la prima fattispecie contrattuale il fornitore s'impegna a garantire un preciso servizio mediante lo svolgimento di una determinata attività. In caso di *preferred contractor strategy*, invece, il fornitore deve sì garantire all'impresa committente un determinato servizio, ma, più in generale, deve occuparsi della gestione dell'intero servizio informatico, attraverso il compimento di attività che di volta in volta si riterranno necessarie. Diversamente nel *buy-in strategy* il committente non dismette l'intero settore informatico, ma si rivolge all'impresa fornitrice ogni qual volta ne sorga la necessità. Infine, nell'ultima delle fattispecie contrattuali proposte, il committente mantiene il controllo dell'area informatica e si rivolge al fornitore per ottenere delle prestazioni supplementari che richiedono un maggior grado di specializzazione.

Orbene, appare opportuno condividere l'opinione di quanti sostengono che anche se esclusivamente nelle ipotesi di *contract-out strategy* e *preferred contractor strategy* si realizza l'*outsourcing* in senso stretto, poiché si assiste a una devoluzione dell'intero settore informatico aziendale, non si può escludere che tutte le fattispecie esaminate vengano inquadrare in tal senso, in quanto dalla prassi emerge che l'interesse delle imprese è rivolto più ai singoli servizi offerti dal fornitore che all'intera prestazione<sup>116</sup>.

Gli accordi di *outsourcing* vengono, poi, distinti in numerose altre tipologie, a seconda dei soggetti coinvolti, delle finalità perseguite, della dismissione dei beni delle risorse umane, del luogo della prestazione del servizio e delle attività informatiche assunte dall'*outsourcer*.

Con riguardo ai soggetti coinvolti, si tende a differenziare l'*outsourcing* pubblico da quello privato, a seconda che il cliente sia una p.a. ovvero un'impresa privata.

---

<sup>116</sup> Sul punto v. E. TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001, p. 9, il quale rileva, altresì, che l'evoluzione del mercato spesso comporta la devoluzione di competenze informatiche a fornitori differenti, a seconda della competenze informatiche da questi ultimi possedute. Alla diffusione delle tecnologie informatiche e lo sviluppo di nuove applicazioni, dotate di maggiore specificità, ne consegue la nascita di settori di mercato di nicchia.

La distinzione, invero, non attiene tanto al contratto in sé, il quale avrà in entrambe le fattispecie il medesimo contenuto, quanto alla modalità di contrattazione. Gli enti pubblici, infatti, devono porre in essere una procedura a evidenza pubblica per la stipulazione di appalti, ma una volta effettuata detta procedura potranno stipulare un accordo avente ad oggetto le medesime obbligazioni previste nella contrattazione tra privati. La distinzione assume, tuttavia, enorme significato nel caso di insorgenza delle sopravvenienze o di controversie tra le parti contrattuali.

La rinegoziazione, infatti, è generalmente ammessa nei rapporti tra privati. Qualora, in contrario, ci si trovi di fronte a un contratto stipulato tra un privato e una p.a. in forza di una procedura a evidenza pubblica appare maggiormente problematica ammettere la possibilità di modifica e adeguamento delle condizioni contrattuali. Ciò sulla base della circostanza che la modifica di alcuni aspetti contrattuali, potrebbe di fatto portare ad una elusione del principio di concorrenza<sup>117</sup>.

Ulteriore distinzione della fattispecie al vaglio si ha con riguardo alle finalità perseguite.

Accanto all'*outsourcing* tradizionale, in cui il cliente esternalizza con l'intenzione di non ritornare ad occuparsi della gestione del sistema informatico, vi è l'*outsourcing* di transizione. Si tratta di un'esternalizzazione avente carattere transitorio, in quanto il cliente riprenderà a gestire al proprio interno l'attività affidate all'*outsourcer* alla scadenza del contratto<sup>118</sup>.

Le caratteristiche di questo tipo di accordo sono la durata e il volume di servizio richiesto. La durata, infatti, è inferiore di quella prevista nell'ipotesi tradizionale, poiché l'impresa che esternalizza mira a soddisfare delle esigenze meramente temporanee. Si assiste, così, alla stipulazione di contratti che hanno una durata

---

<sup>117</sup> L'esternalizzazione del sistema informatico della pubblica amministrazione sarà approfondita nel successivo paragrafo 9, il quale approfondirà, altresì, il tema della rinegoziazione nei contratti a evidenza pubblica.

<sup>118</sup> Una delle prime ipotesi di *outsourcing* di transizione si ha nel 1993 quando la *Sun Mountain Inc.* affidò momentaneamente alla *Computer Sciences Corp.* La gestione del sistema informatico per una durata di tre anni. Il contratto venne stipulato con l'obiettivo di permettere alla *Sun Mountain Inc.* lo sviluppo di un sistema informatico competitivo. Sul punto si veda J.M. DE CARLOS BERTRÁN, *El outsourcing como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual*, in *Derecho de los negocios*, 1998, n. 91, p. 13, il quale osserva che «mediante el contrato de outsourcing, la sociedad se aseguraba el nivel de servicio existente y liberaba a su departamento interno de la prestación del mismo, permitiéndole centrar sus recursos humanos y técnicos en el desarrollo del nuevo sistema».

massima di tre anni a fronte dei tradizionali contratti di *outsourcing* che hanno una solitamente hanno una durata che va dai cinque ai dieci anni. Appare chiaro, allora, che nell'*outsourcing* di transizione non si avrà alcun problema di *ius superveniens*, stante la brevità del rapporto contrattuale.

Il volume del servizio, invece, rileva in quanto le prestazioni richieste diminuiscono con il passare del tempo, a differenza che nell'ipotesi tradizionale, dove con l'andare avanti degli anni aumentano le richieste del cliente. Il ritorno alla gestione interna, infatti, determina che quanto inizialmente affidato all'*outsourcing* gradualmente rientri nelle attività gestite direttamente dall'*outsourcee*.

Sebbene l'*outsourcing* di transizione presenti molteplici profili d'interesse, nel corso del presente lavoro si procederà a una disamina dell'*outsourcing* tradizionale, il quale in ragione del trasferimento dell'attivo aziendale, può essere ulteriormente distinto in *simple outsourcing* e *transfer outsourcing*.

Con il *simple outsourcing* non si ha alcun trasferimento dal cliente al fornitore. Semplicemente il cliente cessa di svolgere internamente tutte quelle attività connesse alla gestione del sistema informatico, che d'ora in avanti sarà svolto dall'*outsourcer* con l'utilizzo dei propri beni e delle proprie risorse umane.

Diversamente in caso di *transfer outsourcing* si assiste alla dismissione al fornitore del servizio della piena proprietà dell'intero ramo di azienda o una parte dell'attivo dedicato al sistema informatico.

Segnatamente, si può avere un trasferimento a una società terza, che rappresenta forse l'ipotesi più diffusa, ovvero a una società mista, partecipata sia dal cliente che dal fornitore, c.d. *joint-venture outsourcing*<sup>119</sup>. Il trasferimento può, altresì, essere effettuato in favore di una società interamente controllata dal cliente, c.d. *group*

---

<sup>119</sup> Si ricorda che con il termine *joint-venture* s'intende una alleanza strategica tra due o più soggetti giuridici differenti, anche di diversa nazionalità, tesa allo svolgimento in comune di un determinato affare. Per un'approfondita analisi sul fenomeno si veda A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture: la disciplina giuridica dei raggruppamenti temporanei d'impresa*, Milano, 1981, *passim*; E. CHULIÁ VICENT e T. BELTRÁN ALANDETE *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. I. Factoring, joint venture, tarjetas de crédito, franquicia y know-how*, Barcellona, 1999, *passim*; G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Milano, 1998, *passim*; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, 1999, *passim*; M. GALLETI, *Joint venture e modelli di integrazione tra imprese nel sistema degli appalti: tutela e responsabilità*, Milano, 2005, *passim*; S. LA PERA, *Joint venture y sociedad acuerdos de coparticipación empresaria*, Buenos Aires, 1984, *passim*; C. PAULEAU, *El regime jurídico de las "joint venture"*, Valencia, 2003, *passim*; A. PROPERSI, *Le joint ventures. Gli accordi fra imprese: aspetti economico-aziendali, giuridici e fiscali: la stipulazione del contratto, l'organizzazione, il controllo contabile, schemi contrattuali*, Roma, 1992, *passim*;

*outsourcing*<sup>120</sup>. Affinché si resti sempre nell'ambito operativo del fenomeno in parola, è necessario che il contratto di fornitura di servizi venga stipulato tra due distinti soggetti giuridici<sup>121</sup>.

Quanto al luogo in cui vengono gestite le attività esternalizzate, occorre effettuare qualche seppur breve riflessione sull'*offshoring outsourcing* e l'*outsourcing* globale.

L'*offshoring* può essere definito come il trasferimento all'estero di processi del *business*, quali la produzione, la distribuzione di servizi e le attività di ricerca, al fine di ottenere un abbassamento dei costi. L'*offshoring outsourcing* costituisce, dunque, quel processo attraverso il quale un'azienda trasferisce la gestione e la distribuzione di determinati servizi, e nell'ipotesi in esame di servizi informatici, a fornitori localizzati all'estero<sup>122</sup> e, in particolare, situati in Paesi in via di sviluppo o con regime fiscale privilegiato, posto che lo scopo principale di tale processo di esternalizzazione è quello di ridurre i costi<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Non si nega che costituisca un'ipotesi di *outsourcing* il c.d. *group outsourcing*, in quanto l'impresa fornitrice del servizio informatico può indifferentemente far parte del medesimo gruppo dell'impresa cliente ed essere da quest'ultima controllata, così M. MAUGIERI, *o.c.*, p. 462, il quale esamina, altresì, l'ipotesi in cui la decisione di esternalizzare sia imposta a un'azienda dall'impresa capogruppo, giungendo alla conclusione che in tale circostanza non si ha un'illecita interferenza di quest'ultima nella gestione della prima, bensì una alterazione delle condizioni di rischio d'investimento, da cui deriva il diritto di recesso dei soci che non fanno parte del gruppo d'impresa.

<sup>121</sup> Cfr. A. Musella, *o.c.*, p. 859.

<sup>122</sup> Il fenomeno va, pertanto distinto dall'*offshore insourcers*, in cui il trasferimento della gestione di un servizio è rivolto a una divisione situata all'estero dell'impresa medesima. In tal caso, dunque, non si ha la perdita del controllo della gestione del servizio, così M.R. GONZÁLEZ RAMÍREZ, J. MLLOPIS TAVERNER, e J.L. GASCÓ GASCÓ, *El Offshore Outsourcing de sistemas de información en las empresas industriales españolas*, in *Economía Industrial*, 2011, n. 380, p. 63, secondo i quali «Se denominan en este caso *Offshore Insourcers* a las multinacionales, como GE, IBM y SAP, por mencionan algunas, que tienen los recursos necesarios para establecer centros mediante los que disfrutan de las ventajas derivadas de menores costes, y otras ventajas competitivas, en diferentes países».

<sup>123</sup> È stato precisato che i Paesi maggiormente preferiti dalle imprese europee ed americane nella scelta della dismissione dei servizi informatici, sono quelli asiatici ed in particolare India, Cina, Malaysia, Singapore, Thailandia, isole Filippine, in quanto offrono il miglior rapporto tra costi e qualità di servizi forniti; cfr. S. RAMINGWONG e A.S.M. SAJEY, *Offshore outsourcing: the risk of keeping mum*, in *Communication of ACM*, 2007, vol. 50, n. 8, p. 101. Gli Autori hanno, inoltre, chiarito che se da un lato l'*offshoring outsourcing*, comporta una riduzione dei costi, molti sono i rischi che affrontano le imprese che scelgono di avvalersene. Uno dei rischi maggiori è il c.d. *mum effect*, il quale si verifica quando in presenza di dati che indichino che il progetto sta fallendo, l'impresa resta inerte e lascia che il progetto continui. In tema di rischi sull'*offshore outsourcing* si vedano anche G. ERBER e A. SAYED-AHMED, *Offshore outsourcing. A global shift in the present it industry*, in *Intereconomics*, 2005, p. 103, I quail hanno puntualmente osservato che «Many economically attractive labour pools abroad carry location-specific risks that must be balanced against the expected cost savings. Cost savings that make a location attractive at one point in time are sometimes significantly reduced by new taxes, exchange-rate volatility and rapid increases in local wage rates. Companies must therefore balance high potential returns against higher country-specific risks that depend on potentially

Se i motivi che spingono un'impresa verso l'*offshoring outsourcing* riguardano esclusivamente la riduzione dei costi, nell'*outsourcing* globale le esigenze delle imprese non si limitano a una riduzione dei costi, ma sono rappresentate dalla ricerca di maggiore flessibilità ed efficienza<sup>124</sup>

Ancóra, è possibile effettuare una classificazione in base alle attività che vengono esternalizzate e il loro grado di vicinanza con il *core business*, e alla complessità gestionale delle medesime attività esternalizzate. Si è accennato in precedenza che non tutte le attività aziendali possono essere esternalizzate e precisamente che non si può assistere alla dismissione di una attività facente parte del *core business*. Dunque, il fenomeno riguarda le c.dd. attività di supporto. Appare, tuttavia, difficile riuscire a distinguere le due tipologie di attività, cosicché occorre valutare nel caso concreto quale sia l'oggetto imprenditoriale principale.

Le attività esternalizzate, inoltre, possono essere più o meno complesse, di talchè unendo il parametro della complessità gestionale delle attività a quello della vicinanza delle attività medesime al *core business*, la dottrina ha effettuato una classificazione dell'*outsourcing*, in quattro differenti tipologie<sup>125</sup>.

La prima tipologia è quella dell'*outsourcing* tradizionale. Essa si caratterizza per l'esternalizzazione di attività di mero supporto al *core business* e per una bassa complessità gestionale. In questa ipotesi, dunque, non si realizza una forte interazione tra committente e fornitore, in quanto quest'ultimo dovrà occuparsi di prestare servizi che non incidono sui piani strategici dell'*outsourcer*. La scarsa rilevanza di tali attività determina solitamente la scelta di fornitori che se ne occupano in

---

*shifting political, regulatory and economic conditions».*

<sup>124</sup> Per un'attenta differenziazione fra le due fattispecie in esame si veda N. KAKABADSE e A. KAKABADSE, *Outsourcing global de IT: analisis, desarrollo, y prácticas recomendadas*, in AA. VV., *Estrategias globales de outsourcing*, P. BARRAR e R. GERVAIS (a cura di), Gower, 2007, p. 98, i quali hanno chiarito che «el outsourcing offshore está estrechamente asociado a la reducción de costes operativos gracias el arbitraje laboral. Para aborrrar en recursos, las empresas contratan procesos de TI bien definidos que se desarrollan con mano de obra intensiva en empresas situadas en países con costesbajos [...] Por el contrario, el outsourcing global busca más la flexibilidad y la eficiencia. La aplicación selectiva de recursos a proyectos específicos offshore es inherente a este tipo de outsourcing en el que las destrezas y la experiencia específicas se reubican teniendo en cuenta los costes laborales, el grado de riesgo que suponen cierta ubicaciones globales, la flexibilidad y la utilización de las memore capacidades».

<sup>125</sup> Per un approfondimento sulla menzionata classificazione si v. A. RICCIARDI, *L'outsourcing strategico*, cit., p. 55, il quale relativamente al parametro della complessità ha osservato che aumenta sia con l'aumentare del numero di attività che compongono il processo sia con l'aumentare delle interazioni e delle relazioni relative alle attività medesime.

maniera specifica, posto che in tal modo si avrà una migliore qualità del servizio a costi minori rispetto la gestione interna.

Vi è, poi, il c.d. *outsourcing* tattico, il quale vede una maggiore complessità delle attività rimesse all'*outsourcer* rispetto all'*outsourcing* tradizionale. In questa ipotesi, dunque, appare preferibile affidare la gestione dell'intero settore al fornitore, pur senza perdere il controllo di quanto esternalizzato. Spetterà all'*outsourcee* indicare con precisione le attività che dovranno essere svolte ed effettuare il successivo controllo.

Caratteri distinti, invece, presenta l'*outsourcing* di soluzione. A differenza delle ipotesi sopra prospettate, questa fattispecie viene in rilievo per la vicinanza delle attività affidate al fornitore al *core business*. Quanto al grado di complessità, invece, esso è alquanto basso. La circostanza per la quale all'*outsourcer* è affidata la fornitura di un servizio tanto vicino all'oggetto sociale principale determina una forte cooperazione tra le imprese e, dunque, una forte ingerenza del fornitore nel campo strategico e decisionale del committente.

Questa cooperazione risulta potenziata nell'*outsourcing* strategico, ove sia la vicinanza al *core business* che la complessità delle attività si mostrano con gradi elevati.

Nell'*outsourcing* strategico, pertanto, viene in rilievo quel carattere fiduciario di cui si è precedentemente dato conto in tema di *computer service contracts*, posto che l'incidenza del lavoro svolto dal fornitore determina che il rapporto fra le imprese non sia quello di mera fornitura, ma di leale collaborazione. La scelta del soggetto fornitore, dunque, non potrà essere effettuate unicamente sulla base del prezzo del servizio, ma dovrà tener conto anche delle competenze e della capacità di relazionarsi dell'*outsourcer*<sup>126</sup>.

Chiarito, dunque, che l'esternalizzazione di servizi si può manifestare con le più diverse forme, ci si soffermerà d'ora in avanti sugli aspetti dell'*outsourcing* che presentano maggiore problematicità.

---

<sup>126</sup> In merito all'*outsourcing* strategico è stato affermato che «la relación es acerca así al concepto de «asociación» o *partnership*, conceptos de los que tanto gustan lo proveedores, que aparecen de esta manera como «socios tecnológicos» de cara al cliente»; cos J.P. APARICIO VAQUERO, o.c., p. 49.

## 1.6. Natura dei contratti di fornitura di servizi informatici.

I contratti con cui le imprese realizzano l'*outsourcing* del sistema informatico, qualunque sia la forma scelta, rappresentano dei contratti frutto dello sviluppo del mercato internazionale<sup>127</sup>.

È facile osservare, però, che essi si presentano soltanto normativamente atipici, mentre sono tipici socialmente, in quanto largamente utilizzati nella prassi commerciale internazionale<sup>128</sup>. I contratti di fornitura dei servizi informatici e l'*outsourcing*, infatti, si presentano quali negozi privi di uno specifico referente normativo, ma a fronte di tale mancanza vi è una ricca diffusione nel mercato internazionale<sup>129</sup>, la quale ha una rilevanza di non poco conto, posto che incide fortemente sul giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma secondo, c.c.: lo stretto legame tra diritto ed economia determina, infatti, che negozi come quello in esame difficilmente potranno non essere considerati validi<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Merita attenzione l'osservazione di un autorevole sostenitore del formalismo giuridico, secondo cui il concetto di contratto atipico in senso stretto non appartiene al diritto, in quanto dall'esame del combinato disposto delle norme di cui agli artt. 1322, secondo comma, c.c. e 12, secondo comma, disp. Prel. c.c., emergerebbe che «la libertà dei privati non è, né può essere mai, *creativa*, poiché il diritto esige che essa si dispieghi in vista di «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»: cioè, non di interessi volubili ed arbitrari, ma di interessi ai quali è stata già accordata protezione giuridica. Ai privati è conferito il potere di scegliere, di modificare o di combinare i tipi negoziali predisposti dalla legge, non di coniare tipi assolutamente nuovi. L'autonomia delle parti è, per così dire, strutturata, ossia inserita e chiusa tra le alte mura della legge», così N. IRTI, *o.c.*, p. 146. Con riguardo ai modelli contrattuali, nati in Paesi di *Common Law*, ed in particolare di origine statunitense, e successivamente importati dalla prassi nell'ordinamento italiano, si è coniato il termine di «contratti alieni», laddove il termine «alieni» indica sia l'*alius*, e quindi l'altro, lo straniero, che l'*alien*, ossia l'extraterrestre. Questo fenomeno ha, dunque, una portata più ampia rispetto ai contratti atipici di cui all'art. 1322 c.c., in quanto ricomprende non solo quest'ultimi, ma, altresì, quelle fattispecie negoziali alle quali il diritto italiano dedica una disciplina speciale, quali il *sale and purchase agreement*, che ha ad oggetto la cessione di partecipazioni sociali qualificate. Questi contratti, infatti, ben possono essere considerati contratti alieni, poiché, pur trovando una propria disciplina nell'ordinamento italiano, sono stati «pensati, costruiti e scritti in funzione del diritto statunitense, ed ignorando il diritto italiano, anche quando esso prevede norme potenzialmente applicabili»; così G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto tipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 32.

<sup>128</sup> In questo senso, E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet. I beni - I contratti. Le responsabilità*, in AA.VV. *Diritto delle nuove tecnologie*, V. FRANCESCHELLI e E. TOSI (a cura di), Milano, 2006, p. 147.

<sup>129</sup> Il proliferare dei contratti atipici in Italia è dovuto essenzialmente a tre ordini di ragioni: a) la circolazione dei modelli contrattuali statunitensi con conseguente imitazione in Italia; b) la reazione dell'autonomia privata alle rigidità del sistema giuridico interno; c) la tendenza dell'impresa a concentrarsi sul *core business* e a delegare all'esterno le attività ulteriori: così si spiega l'*outsourcing*; in questo senso G. DE NOVA, *Contratti atipici e contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, Atti del convegno per il cinquantenario della rivista, 2006, p. 346.

<sup>130</sup> In argomento, si è osservato che vi è una forte influenza del mercato internazionale sul giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, in quanto giudicare invalido un modello contrattuale considerato ovunque come valido, comporterebbe la fuoriuscita delle imprese italiane dal mercato; le

La globalizzazione dei mercati ha portato a una regolamentazione uniforme degli affari commerciali e a una uniformità del diritto, tanto da spingere parte degli studiosi a parlare di una nuova *lex mercatoria*, la quale svolge proprio il compito di superare la pluralità degli ordinamenti nazionali, così da creare un diritto uniforme che sia in grado di governare il mercato internazionale<sup>131</sup> e nel farlo essa si serve della figura dell'arbitrato per dirimere le eventuali controversie<sup>132</sup>.

---

esigenze del commercio internazionale spingono verso un'apertura delle frontiere, in questo senso F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 202. L'opinione, tuttavia, non è condivisa da P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84, il quale ritiene che, ragionando in tal modo, il concetto di meritevolezza finirebbe per appiattirsi, ponendosi sullo stesso piano di quello della diffusione all'estero di un nuovo tipo contrattuale. Sul concetto di meritevolezza, ed in particolare sull'esclusione del concetto di meritevolezza con quello di liceità si v. G. OPPO, *Contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 638, secondo il quale la discussione sulla meritevolezza deve essere incentrata sul carattere individuale o sociale della valutazione, tenendo conto anche dei sopravvenuti precetti costituzionali e comunitari. In materia di contratti di impresa l'Autore avverte, tuttavia, il pericolo di una funzionalizzazione dell'autonomia privata, soprattutto ove si rapporti la meritevolezza al dovere di solidarietà economica ed individuale di cui all'art. 2 cost., pericolo che può essere scongiurato mediante la riconduzione all'art. 41 cost. del contratto d'impresa, che sarà in tal modo inteso come strumento di iniziativa economica cui può essere imposto il rispetto dell'utilità sociale. Interpretati, così, i contratti d'impresa il rischio della funzionalizzazione risulta esclusa, posto che la funzione e l'utilità sociale sono assolte dalla stessa produttività dell'impresa.

<sup>131</sup> È dato leggere che «per nuova *lex mercatoria* oggi s'intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati. L'antica *lex mercatoria* aveva preceduto l'avvento degli Stati moderni; la sua funzione era consistita nel derogare, per i rapporti commerciali al diritto civile di allora, ossia al diritto romano, rivelatosi non più congeniale al diritto dei traffici. La nuova *lex mercatoria* opera, per contro, entro una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in una pluralità di Stati; la sua funzione è di superare la discontinuità giuridica da questi provocata. Entro questa nuova *lex mercatoria* si dissolvono tanto i particolarismi giuridici delle codificazioni quanto, fenomeno ancor più significativo, le differenze tra il *civil law* ed il *common law*», così F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 57. Interessanti riflessioni sul rapporto fra prassi mercantili e regole giuridiche in L. RUGGERI, *Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la «lex mercatoria»*, in AA. VV., *Studi in onore di Ugo Majello*, II, M. Comporti e S. Monticelli (a cura di), Napoli, 2005, p. 623 ss. La posizione di quanti ritengono che la *lex mercatoria* possa rappresentare una alternativa al diritto degli Stati non è condivisa da P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 416, secondo il quale detta posizione peccerebbe di mancato realismo. Secondo l'Autore, infatti, qualsiasi contratto internazionale, per quanto possa essere autonomo, deve in ogni caso appoggiarsi al diritto nazionale, sia per quanto riguarda gli assetti proprietari e societari, di cui sono il necessario presupposto, sia con riferimento alla fase patologica ed all'eventuale esecuzione forzata.

<sup>132</sup> L'arbitrato è sintomatico della crisi della centralità dello Stato, in quanto dà luogo a una «destatualizzazione» della funzione giurisdizionale ed a creare giurisprudenza e prassi negoziale comune, così da favorire lo sviluppo di una disciplina comune dei rapporti commerciali internazionali, così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 37. Sulla crisi dello Stato si v. altresì P. SIRENA, *o.c.*, p. 415, il quale sostiene che tale crisi sia un presupposto piuttosto che un effetto della globalizzazione, e che sia dovuta a molteplici cause, fra le quali spicca la volontà dello Stato di abbandonare il «proprio modello peculiare di razionalità dell'agire».

È facile osservare che l'arbitrato, in mancanza di un bonario componimento tra le parti, rappresenti lo strumento di risoluzione della crisi che maggiormente si presti a superare le difficoltà legate ai differenti sistemi giuridici, con particolare riguardo ai sistemi di *civil law* e di *common law*<sup>133</sup>. Non bisogna dimenticare, infatti, che i negozi in esame costituiscono un fenomeno che spesso coinvolge imprese appartenenti a sistemi giuridici differenti, il che impone di adottare strumenti di risoluzione della crisi in grado di superare le difficoltà di stampo giuridico che possono derivare da tali differenze, senza che ciò si traduca in un aggravio di tempi. È in questo contesto, che si è sviluppata una nuova modalità di ADR, *alternative dispute resolution*, e precisamente le c.dd. ODR, *online dispute resolution*, le quali consentono di risolvere le controversie attraverso la rete<sup>134</sup>.

Si può convenire, allora, con quanto precedentemente affermato, ossia che la volontà delle parti è diretta non già alla conclusione di un contratto specificatamente tipizzato e qualificato, bensì alla realizzazione di una più ampia operazione economica, intesa quale regolamento contrattuale, con tutti i comportamenti adottati dalle parti al fine di raggiungere gli scopi sperati. Considerare il contratto come operazione economica favorisce, così, l'integrazione economica comunitaria e internazionale, in quanto consente di superare le diversità derivanti fra sistemi giuridici differenti<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Significativa, in proposito, è una pronuncia della Suprema Corte, la quale afferma che «deve ritenersi che transnazionale sia il diritto in cui l'arbitrato si colloca ed opera prescindendo dalle leggi dei singoli Stati, giacché il diritto "mercantile" si sperimenta nell'adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori, in virtù della *opinio necessitatis*, che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè nella convinzione (prevalente fra di loro) che essi siano vincolanti», così Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1579.

<sup>134</sup> Nelle ODR è così possibile notare come la combinazione di due fattori chiave, la risoluzione del conflitto, attraverso uno strumento alternativo alla composizione giudiziale, e la nuova tecnologia della informazione, dia vita a una nuova ed importante strumento, un nuovo sistema di risoluzione dei conflitti, così A. MONTESINOS GARCÍA, *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Navarra, 2007, p. 40, secondo la quale *online dispute resolution* non sarebbe la terminologia esatta, dovendosi, piuttosto, parlare di *online alternative dispute resolution*, OADR, in quanto «*de esta manera excluimos los metodos alternativos, como son las cibercortes, quienes han surgido y se han desarrollado por las mismas razones que lo han hecho los otros medios de solución de las disputas*».

<sup>135</sup> Circa l'ineditezza della nozione del contratto a cogliere la rilevanza che assume in concreto la funzione dell'atto, di cui, invece il concetto di operazione economica può fornire espressione in virtù della duttilità che le è propria si v. E. GABRIELLI, *Il contratto e la sua classificazione*, in AA. VV. *Trattato dei contratti*, E. Gabrielli (a cura di), Torino, 2006, p. 60, il quale ha precisato che «L'operazione economica, quale schema strutturalmente unitario è, infatti espressiva anche sul piano nominalistico, di un assetto globale di interessi e rappresenta uno strumento concettuale metodologicamente utile, sia per indagare fattispecie sul piano strutturale particolarmente complesse; sia per scomporre il dato

Tuttavia, benché il contratto meriti di essere inteso nella diversa accezione di operazione economica e benché generalmente non si ritenga non rilevante la dicotomia termini di tipicità/atipicità<sup>136</sup>, nel caso di contratto di *outsourcing*, una corretta qualificazione si rende necessaria per l'applicazione di norme altrimenti inapplicabili<sup>137</sup>.

La qualificazione in termini di contratto atipico, infatti, incide in maniera rivelante circa la disciplina, in quanto andranno di volta in volta individuate le norme che governano il rapporto. In merito alla disciplina dei contratti atipici, infatti, se non si può dubitare che siano applicabili le norme sul contratto in generale, deve essere fatta qualche riflessione circa l'applicazione della normativa dei singoli contratti. L'atipicità di un contratto potrebbe, infatti, per un verso spingere l'interprete a escludere l'applicazione per il contratto tipico di riferimento, lasciando così ogni più ampio spazio all'autonomia privata, per altro verso costruire il negozio sulla falsariga di quello già positivizzato<sup>138</sup>. La questione è risolta nell'uno o nell'altro verso a seconda del negozio atipico analizzato. Nell'ipotesi che qui interessa, i contratti di fornitura *software*, si è ritenuto preferibile non prescindere dal confronto con i

---

fenomenico e funzionale attraverso la considerazione dei suoi piani di rilevanza; sia per individuare, ed applicare, un piano di disciplina più articolato e ricco di quello dettato dal singolo tipo legale». L'Autore, tuttavia, non ritiene che si possa parlare di crisi del contratto, in quanto è proprio attraverso il contratto che l'operazione economica da fatto storico diviene fenomeno giuridico. Critica, altresì, la crisi del contratto G. BENEDETTI, *Categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 669, secondo il quale dalla circostanza per la quale le norme di rango generale introducono principi si può dedurre che il concetto di contratto in generale assume un ruolo di centralità e non di marginalità.

<sup>136</sup> Per il superamento della bipartizione tipicità/atipicità è sostenuta, *ex multi*, da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 341 ss., il quale ravvisa in tale bipartizione il rischio che l'elemento concreto e le peculiarità del fatto vengano, anche se solo in parte, sacrificate da tale riconduzione del negozio al tipo legale, con la conseguenze che si potrebbero avere delle difficoltà nella corretta applicazione di principi generali di fonte codicistica, speciale e comunitaria.

<sup>137</sup> Merita attenzione l'interrogativo posto da P. VARI, *o.c.*, p. 89 circa l'ammissibilità di una autonomia sistematica dei contratti d'informatica. L'Autore, dopo aver precisato che nell'esperienza anglo-americana all'interno della *computer law* godono di autonomia anche singoli temi come la *consumer law*, *environmental law* e *media law*, conclude in senso negativo, alla luce della considerazione che da una tale autonomia non ne deriverebbe alcuna utilità pratica.

<sup>138</sup> Con riguardo alla disciplina applicabile ai contratti tipici ed in particolare al rapporto tra la positivizzazione e ed esclusione dell'applicazione del contratto tipico maggiormente vicino a quello innominato, si v. F. ASTONE, *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione "negativa", e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali (a proposito di cass., ss.aa., 18 febbraio 2010, n. 3947)*, in *Riv. not.*, 2010, p. 1239, il quale rileva che se da un lato può essere utile ricondurre il contratto atipico ai tipi recepiti dal legislatore, dall'altro coglie l'importanza della c.d. qualificazione negativa, intesa quale esclusione dell'applicazione del contratto tipico più simile, in quanto consente di evitare le norme dispositive, ed eventualmente quelle imperative, proprie di un determinato tipo contrattuale, limitando alle sole disposizioni contenute nel titolo dedicato ai contratti in generale.

contratti tipici, in particolare dell'appalto di servizi e della somministrazione, e far ricorso alla relativa normativa.

Nel caso dell'*outsourcing* la disciplina applicabile sarà sicuramente quella dettata in tema di contratto in generale, ma altresì troveranno applicazione le norme dettate per il contratto tipico cui l'*outsourcing* viene ricondotto<sup>139</sup>.

Orbene, generalmente il contratto di *outsourcing*<sup>140</sup> viene ricondotto al contratto di prestazione d'opera, al contratto di locazione di cose, alla vendita, al contratto di somministrazione e al contratto di appalto di servizi. Quest'ultima ricostruzione è quella che maggiormente ha trovato consensi in dottrina<sup>141</sup>.

Quanto agli altri modelli contrattuali, giova osservare che contratto di prestazione d'opera ben potrebbe avere ad oggetto la fornitura di servizi informatici e la gestione dell'intero settore informatico esternalizzato dall'*outsourcee*. Se, tuttavia, la ricostruzione come contratto d'opera appare pienamente ammissibile circa il profilo oggettivo, maggiori dubbi sorgono sul profilo soggettivo. La gestione del settore informatico di un'azienda, che come già accennato, il più delle volte sarà un'impresa di grandi dimensioni, presuppone che la figura dell'*outsourcer* sia rivestita a sua volta da una impresa che si occupa in maniera specifica di servizi informatici. Difficilmente questo ruolo potrà essere assunto da un professionista unicamente con l'apporto del suo lavoro personale. Per poter garantire un servizio efficiente sarà necessaria la

---

<sup>139</sup> Il problema della qualificazione dei contratti può essere risolto sia attraverso il metodo della sussunzione, in virtù del quale, stabilito un elemento d'identificazione, si effettua un raffronto tra l'ipotesi astratta e l'ipotesi concreta; sia attraverso la riconduzione al tipo, ove l'individuazione del tipo avviene in ragione di una pluralità di fattori che possono anche non essere tutti presenti; in questo senso M. COSTANZA, *Contratti atipici: validità, elasticità del tipo, disciplina applicabile*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 891, la quale ha osservato che il c.d. metodo tipologico, non ha trovato largo spazio in giurisprudenza, che attraverso la applicazione per analogia, il richiamo alla figura del negozio misto o alla teoria della combinazione di più discipline, ha raggiunto risultati non molto dissimili da quelli che si otterrebbero applicando il metodo tipologico

<sup>140</sup> Vale precisare che l'*outsourcing* cui si fa riferimento è il c.d. *outsourcing simple* globale, il quale non comporta il trasferimento di alcun bene, né risorse umane, né dà luogo a una forma associativa tra cliente e fornitore, ma unicamente esternalizza l'intero settore informatico. Osserva, sul punto J. P. APARICIO VAQUERO, *o.c.*, p. 74 che la presenza di molteplici forme in cui si può estrinsecare «*imposibilita el dar una respesta en abstracto que permita conceptuar de una determinada manera el fenómeno del outsourcing y que fuera válida con carácter general para todos los contratos, que se diferenciarían entre sí por elementos meramente accesorios*».

<sup>141</sup> La riconduzione dell'*outsourcing* alla figura dell'appalto di servizi è condivisa da F. CARDARELLI, *o.c.*, p. 94; A. MUSELLA, *o.c.*, p. 859; A. RICCIARDI, *o.n.c.*, p. 102; E. TOSI, *Il contratto di outsourcing*, cit., p. 57; D. VALENTINO, *o.n.c.*, p. 415.

sussistenza di un'organizzazione di tipo imprenditoriale in capo all'*outsourcer*, il quale si obbliga a compiere l'opera con i propri mezzi<sup>142</sup>.

Né si potrebbe far riferimento alla mera vendita, poiché se è vero che esistono delle affinità tra la fattispecie contrattuale da ultimo citata e l'*outsourcing*, che pure può prevedere il trasferimento del diritto di proprietà di un bene in cambio del pagamento di un corrispettivo, non si può non tener conto che nella vendita si ha mera fornitura di un bene, mentre nell'ipotesi contrattuale oggetto del presente lavoro sono richieste delle capacità tecnologiche, metodologiche e professionali adeguate, al fine di consentire la prestazione del servizio secondo il livello di qualità convenuto<sup>143</sup>.

Allo stesso modo, si deve escludere la riconduzione dell'*outsourcing* alla locazione di cose. L'interesse che le parti intendono perseguire attraverso il contratto di *outsourcing* va ben al di là di quello perseguito con la locazione di cose. Nella fattispecie da ultimo citata, infatti, da un lato vi è l'interesse del conduttore di ricavare dal bene ogni utilità che il bene stesso gli può fornire, dall'altro, a fronte di tale utilizzazione sorge il diritto al corrispettivo per la controparte, corrispettivo che rappresenta proprio l'interesse che spinge il locatore a stipulare un siffatto contratto.

Orbene, se nell'*outsourcing* all'interesse dell'*outsourcer* corrisponde l'interesse del locatore – rappresentato dalla corresponsione del prezzo – ben diverso è l'interesse dell'*outsourcee* rispetto a quello del conduttore. È vero che l'impresa-cliente nella maggioranza delle ipotesi mira anche alla utilizzazione dei beni che non si trovano in

---

<sup>142</sup> La maggiore differenza fra il contratto di appalto di servizi ed il contratto di prestazione d'opera professionale è che il primo è caratterizzato da un'attività di tipo imprenditoriale, a differenza del secondo in cui ciò che rileva è la prestazione personale del professionista. In senso conforme si è espressa recentemente la Corte dei Conti, 5 giugno 2013, n. 236, in [www.lagazzettadeglientilocali.it](http://www.lagazzettadeglientilocali.it), la quale ha chiarito che nella prestazione d'opera, di cui all'art. 2222 c.c., l'esecuzione è frutto del lavoro intellettuale e professionale di un soggetto competente nello specifico settore di riferimento, il quale lavora senza vincoli di subordinazione ed in condizioni di assoluta indipendenza e la prestazione richiesta può assumere tanto i connotati di un'obbligazione di mezzi, quanto quelli di obbligazione di risultato. La figura dell'appalto di servizi, in contrario, presuppone una stabile organizzazione di mezzi di tipo imprenditoriale e l'assunzione del rischio in capo all'appaltatore. Ne consegue che la differenza tra le due fattispecie non è ravvisabile nel raggiungimento del risultato finale o nella circostanza che il lavoratore sia obbligato a svolgere la propria prestazione in ufficio, quanto nella presenza di un'organizzazione imprenditoriale con assunzione del rischio della prestazione dedotta in contratto.

<sup>143</sup> Con l'*outsourcing* il fornitore non si limita a vendere un bene, ma diviene un co-protagonista dei processi operativi ed alle volte addirittura delle scelte strategiche, in quanto detentore di specifiche competenze che garantiscono l'operatività di un determinato settore imprenditoriale, in questo senso A. RICCIARDI, *o.m.c.*, p. 103.

sua proprietà, ma lo scopo principale che intende realizzare è la gestione di un determinato settore da parte di un soggetto terzo<sup>144</sup>.

Pertanto, se non si può dubitare che spesso nel regolamento contrattuale si prevede l'obbligazione del fornitore di far utilizzare al committente un determinato bene informatico, non si ci può certo spingere fino al punto di ritenere che detta obbligazione assorba l'intero contenuto contrattuale. L'*outsourcing* si potrà, così, realizzare tramite una serie di contratti collegati o mediante la stipulazione di un contratto misto, in maniera identica al più generale contratto di fornitura di servizi, di cui sopra si è dato conto. Le obbligazioni assunte dal prestatore potranno consistere sia nella fornitura del servizio, che nella locazione di cose mobili, ma la prestazione di *facere* avrà in ogni caso carattere prevalente rispetto al godimento del bene dal parte del committente<sup>145</sup>. Sulla base del criterio della prevalenza, appare, pertanto, preferibile negare la qualificazione dell'*outsourcing* in termini di locazione di cose.

Alla luce delle considerazioni fin ora svolte, è facilmente comprensibile altresì l'esclusione dell'assimilazione al contratto di somministrazione.

Il criterio che rende preferibile la riconduzione dell'*outsourcing* al contratto di appalto piuttosto che alla somministrazione è sempre quello della prevalenza.

Con il contratto di somministrazione, infatti, una parte si obbliga a corrispondere verso l'altra prestazioni periodiche o continuative di cose, verso il pagamento del prezzo. Dunque, oggetto del contratto è una prestazione di dare, laddove si è più volte precisato che il contenuto principe del contratto di *outsourcing* è una prestazione di fare. Del resto è proprio il legislatore, nel fornire la definizione di somministrazione a far riferimento a «cose», il che vale a escludere una qualificazione in siffatti termini dell'*outsourcing*, il quale si concentra maggiormente sui servizi. La

---

<sup>144</sup> Il codice del 1865 disciplinava all'art. 1570 la figura della prestazione d'opera, la quale consisteva nel contratto attraverso il quale una parte si obbligava a compiere un'opera o un servizio. Questa figura nel codice vigente è stata, tuttavia riqualificata come contratto d'opera. Si è già in precedenza affermato che il contratto di *outsourcing* non può assumere le vesti di tale negozio, in quanto manca un'organizzazione di tipo imprenditoriale.

<sup>145</sup> Così A. MUSELLA, *o.c.*, p. 859 secondo il quale al fine di raggiungere il risultato diviso l'*outsourver* assume su di se il rischio della gestione del sistema informatico e l'organizzazione di tutte le attività ritenute necessarie; il godimento dei beni che costituiscono tale sistema resta un aspetto meramente accessorio e strumentale alle obbligazioni che costituiscono l'oggetto principale del contratto.

prestazione di fornitura di servizi, fa sì che l'*outsourcing* si adatti meglio alla figura dell'appalto di servizi, piuttosto che al contratto di somministrazione.

Benché tale posizione abbia ottenuto ampio consenso<sup>146</sup>, non manca una diversa interpretazione, per la quale il contratto tipico corrispondente all'*outsourcing* dovrebbe essere rappresentato dalla somministrazione.

In proposito, è stato osservato che l'interpretazione letterale dell'art. 1599 c.c. impone sì di considerare come possibile esclusivo oggetto della somministrazione le

---

<sup>146</sup> Condivide altresì questa qualificazione F. CARDARELLI, *o.c.*, p. 95, la quale ammette la corrispondenza con il contratto di appalto sia in ragione del carattere fiduciario del rapporto, c.d. *fiduciary relationship*, sia in merito al contenuto del rapporto, che può essere il più vario in relazione alle capacità elaborative dei calcolatori; A. MUSELLA, *o.c.*, p. 859; il quale sulla base del criterio della prevalenza giunge a escludere la qualificazione dell'*outsourcing* quale contratto d'opera, locazione di cose e somministrazione; l'Autore sostiene, infatti, che, poiché ciò che accomuna le diverse forme di *outsourcing* è la stipula di un contratto di fornitura di servizi, facilmente può essere ricondotto, nell'ambito dell'ordinamento italiano, all'appalto di servizi; E. TOSI, *o.c.*, p. 58, il quale concorda sull'esclusione degli altri tipi contrattuali, in virtù del principio della prevalenza, posto che la prestazione fondamentale è costituita dalla gestione e dal corretto funzionamento, con conseguente rilevanza del risultato conseguito, piuttosto che dei beni utilizzati; A. ZINCONE, *Il contratto di outsourcing: natura, caratteristiche, effetti*, in *Riv. aut.*, 2002, p. 381, il quale sostiene che si tratti di un contratto misto con prevalenza di elementi riconducibili all'appalto, più che un appalto vero e proprio; in ogni caso, afferma l'Autore, la previsione di prestazioni accessorie configurabili come obbligazioni di mezzi non vale a incidere sulla natura di prestazione di risultato della prestazione principale. La dottrina spagnola parla in proposito di «*arrendamiento de servicios*», così J.P. APARICIO VAQUERO, *o.c.*, p. 70, il quale, pur ritenendo che la riconduzione del contratto di *outsourcing* alla figura giurica dell'«*arrendamiento de servicios*», sia alquanto semplicista, conclude in favore di tale ricostruzione, per lo meno con riferimento all'*outsourcing simple* globale; ed ancora, benché sostenga che possa trattarsi di un contratto complesso ed atipico, considera la fattispecie *de qua* un «*macrocontrato de servicio o de obra*» E. DEL PESO NAVARRO, *o.c.*, p. 117. Al riguardo pare opportuno precisare che il *Código civil* spagnolo prevede all'art. 1542 che il contratto di *arrendamiento* può essere *de cosas, de obra o de servicios*. In merito, la dottrina non condivide la c.d. *teoría unitaria del arrendamiento*, in quanto si tratta di contratti che hanno funzioni economiche profondamente differenti, *ex multis* L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, IV, Navarra, 2010, p. 258. Consolidata giurisprudenza al riguardo sostiene che il contratto di *arrendamiento de obra* ed il *contrato de arrendamiento de servicios* si differenziano tra loro, poiché il primo ha ad oggetto una *obligación de resultado*, mentre il secondo tipo contrattuale una *obligación de hacer* (così *ex multis* *Sentencia Tribunal Supremo*, 19 gennaio 2005, n. 19, in [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)). Con specifico riferimento al contratto di *outsourcing* si è sostenuto che la circostanza per la quale il contratto preveda un livello minimo di servizio non implica che il fornitore sia obbligato a ottenere un risultato concreto, ma semplicemente che sia obbligato a compiere quella precisa prestazione, così J.M. DE CARLOS BERTRÁN, *o.c.*, p. 19, secondo il quale la qualificazione dell'obbligazione di fornitura del servizio quale obbligazione di mezzi e non di risultato ci obbliga a riconoscere l'esistenza nel contratto di *outsourcing* di elementi propri del contratto di *arrendamiento de servicios*. La riconduzione dell'*outsourcing* all'*arrendamiento de servicios*, tuttavia, deve essere intesa come meramente indicativa, in quanto come osservato dalla più attenta dottrina la disciplina relativa all'*arrendamiento de servicios* non appare adeguata alla realtà sociale in cui opera e di tanto sono sintomatiche le proposte di riforma - di cui in ultimo il *Proyecto de Ley por la que se modifica la regulación del CC sobre los contratos de servicios y de obra*, in *BOCG, Congreso de los Diputados*, 12 abril 2004 -, posto che «*los servicios se conciben para una sociedad «cuasi-feudal» y para una economía esencialmente agraria y rural, con desconocimiento de la sociedad industrial y post-industrial (el CC no se ocupa de los servicios prestados por los profesionales liberales), lo que determina su escasa virtualidad práctica en el momento presente*», così J.M. BUSTO LAGO, *El contrato de arrendamiento de servicios*, in *AA. VV., Tratado de contratos*, III, 2ª ed., N. Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2013, p. 3322.

cose, ma l'illogicità di tale interpretazione emerge da un'interpretazione di tipo sistematico: la disciplina della somministrazione, infatti, non sembra essere limitata alla sola prestazione di cose, ma anche alla prestazione di servizi. Si potrebbe allora parlare di «somministrazione di servizi», intendendo con tale espressione una figura del tutto diversa dall'appalto di servizi, in quanto sarebbe disciplinata dalle norme sulla somministrazione, ma non su quelle dell'appalto<sup>147</sup>. In questo senso, l'*outsourcing* costituirebbe un'ipotesi di somministrazione di servizi, intesa come fornitura continuativa di prestazioni di servizi<sup>148</sup>.

Invero, nonostante la suggestività della tesi da ultimo citata, non ci si può esimere dall'osservare che il dato letterale offerto dall'art. 1559 c.c. sia tanto forte da non lasciar spazio a un'interpretazione estensiva del concetto di somministrazione<sup>149</sup>. Del resto, l'aver eliminato il riferimento ai servizi, già contenuto nel codice del commercio all'art. 398, è indice della volontà legislativa di intendere restrittivamente la figura della somministrazione.

Maggiormente convincente si presenta, allora, la riconduzione dell'*outsourcing* alla figura dell'appalto di servizi.

Tale ricostruzione, tuttavia, non esclude che l'applicazione delle norme dettate in tema di somministrazione. L'art. 1677 c.c., infatti, prevede che qualora l'appalto abbia ad oggetto la prestazione periodica o continuata di servizi, si debbano applicare, in quanto compatibili, sia le norme dedicate all'appalto, che quelle dettate in tema di somministrazione<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> L'espressione è stata coniata da R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2000, p. 1105, il quale ha ritenuto che in tal modo potessero essere ricondotte alla figura negoziale tipica della somministrazione tutte una serie di modelli contrattuali che emergono nella realtà commerciale e che vengono considerati atipici, con una ricostruzione atomistica delle singole norme, priva di organicità.

<sup>148</sup> In questo senso R. BOCCHINI e A. GENOVESE, *Il contratto di outsourcing*, in AA. VV., *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, R. Bocchini e A.M. Gambino (a cura di), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 155

<sup>149</sup> In tema d'interpretazione letterale della legge si è espressa di recente la giurisprudenza, la quale ha ritenuto che tale criterio vada preferito agli altri in tutte le ipotesi in cui la disposizione normativa contenga espressioni linguistiche dal significato inequivocabile; così App. Cagliari, 15 giugno 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2013, p. 177; in senso conforme, Trib. Taranto, 25 ottobre 2011, in *Corti pugliesi*, 2011, p. 362

<sup>150</sup> La norma in commento nel dettare la disciplina applicabile al contratto di appalto di servizi fa rinvio sia alla disciplina dell'appalto che a quella della somministrazione, lasciando, in tal modo il dubbio che la prestazione continuativa o periodica di servizi sia distinta dal tradizionale appalto; così R. BOCCHINI e A. GENOVESE, *o.c.*, p. 153.

La summenzionata disposizione normativa non offre, tuttavia, indici di coordinamento fra le due distinte discipline, di tal che è preferibile che il contratto che l'*outsourcer* e l'*outsourcée* andranno a stipulare sia comprensivo di clausole puntuali sul regolamento contrattuale, così, da evitare possibili problemi di coordinamento tra la disciplina dell'appalto e quella della somministrazione<sup>151</sup>.

In mancanza di un'espressa regolamentazione contrattuale è stato ipotizzato il ricorso all'una o all'altra disciplina tenendo conto della volontà delle parti<sup>152</sup>.

Il rinvio alla volontà delle parti, tuttavia, non trova riscontro nel dato normativo, né può essere considerato un valido criterio ove si consideri che<sup>153</sup> in realtà i contraenti non si esprimono sulla natura giuridica di un contratto, avendo interesse esclusivamente all'operazione economica in sé.

Si potrebbe, allora, ritenere che la disciplina in tema di appalto sia applicabile relativamente agli aspetti inerenti l'oggetto delle obbligazioni dell'*outsourcing*, e precisamente la fornitura di servizi, mentre le regole dettate in tema di somministrazione saranno utilizzate laddove si tratti di disciplinare il rapporto nella sua accezione di contratto di durata<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> L'utilità di inserire nel contenuto del contratto di *outsourcing* delle regole coerenti ed esaurienti che valgano a eliminare ogni incertezza ed incongruità è particolarmente sentita da O. CAGNASSO e G. COTTINO, *L'outsourcing*, in AA. V.V., *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2009, p. 625.

<sup>152</sup> C. GIANNATTASIO, *Appalto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1977, p. 33, il quale ritiene che spetti al giudice valutare il caso concreto ed investigare sulla volontà delle parti di rimettersi alla disciplina dell'appalto ovvero della somministrazione.

<sup>153</sup> La ricerca della disciplina giuridica applicabile al contratto di *outsourcing*, in mancanza di una espressa regolamentazione contrattuale, è rimessa all'interprete, il quale difficilmente potrà rinviare alla volontà delle parti, posto che le parti quando stipulano un negozio si concentrano esclusivamente sui risultati economici da raggiungere e non sulla forma giuridica, in questo senso R. LÓPEZ, *o.c.*, p. 216, il quale ha osservato che «cuando dos o más partes se ponen en relación para negociar entre sí, sólo atienden a los fines económicos y prácticos que les interesan, sin considerar, ni el número, ni el tipo de las figuras jurídicas que hacen nacer con su actuación».

<sup>154</sup> La tesi secondo la quale andrebbero applicate innanzitutto le norme sull'appalto, in quanto l'oggetto della prestazione è rappresentato dalla fornitura dei servizi e successivamente quelle relative alla somministrazione, con riferimento alla continuità ed alla reiterazione delle prestazioni, è condivisa da R. CORRADO, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 2009, p. 9; afferma, che l'appalto continuativo di servizi, in quanto inquadrato nel negozio di appalto debba essere disciplinato dalla normativa relativa a quest'ultimo, e sono ove compatibile ed a prescindere dal riferimento alla continuità delle prestazioni, da quella relativa alla somministrazione O. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in AA. V.V., *Contratti commerciali*, cit., p. 665 e P. BOERO, *La somministrazione*, in AA. V.V., *Contratti commerciali*, cit., p. 240; in contrario, sostengono che il contratto di appalto non sia né un contratto istantaneo, né un contratto di durata, bensì un contratto a esecuzione prolungata D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto*, in comm. Scialoja-Branca, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 2007, p. 568, i quali, conseguentemente, giungono alla conclusione che i contratti di prestazione di servizi vadano

Questa interpretazione, tuttavia, risulta criticabile ove si ritenga l'art. 1677 c.c. privo di un criterio selettivo, criterio che invece sembra essere presente nell'art. 1570 c.c. in tema di somministrazione<sup>155</sup>.

La norma da ultimo citata, infatti, secondo questa diversa interpretazione, detterebbe un criterio di specialità, laddove stabilisce che le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni applichino alla somministrazione in quanto sono con essa compatibili.

Segnatamente, si è affermato che dalla disposizione in commento è possibile dedurre che la disciplina dell'appalto si riferisca alla fornitura di servizi avente carattere non duraturo, mentre alle norme previste per la somministrazione spetta il compito di regolamentare la fornitura di servizi avente carattere duraturo. La caratteristica della durata vale, dunque, a rendere il contratto *de quo* speciale rispetto alla generale figura di appalto non duraturo. Interpretata, così, la fattispecie, è agevole dedurre la prevalenza della disciplina della somministrazione su quella dell'appalto.

Invero, non si ritiene di poter condividere la posizione da ultimo citata, in quanto conferire specialità a un contratto di fornitura di servizi unicamente sulla base della previsione che le prestazioni in oggetto debbano essere prestate in maniera periodica e continuata appare alquanto eccessivo. Non si nega che la fattispecie considerata dall'art. 1677 c.c. si distacchi dal c.d. appalto tradizionale, ma la differenza fra le due fattispecie non giunge al punto da ritenere che il carattere della durata colori il negozio di specialità. Piuttosto le diversità che sorgono dalla previsione della continuità delle prestazioni possono essere gestite, in aderenza al dato normativo, proprio facendo ricorso alla disciplina della somministrazione, in quanto compatibile e non in contrasto con quella dell'appalto<sup>156</sup>.

Dalle considerazioni sopra esposte derivano numerosi rilievi pratici.

---

disciplinati tenendo conto, innanzitutto, della disciplina sull'appalto, poi della normativa sui contratti di durata, ed infine a quella relativa alla somministrazione.

<sup>155</sup> Si tratta dell'opinione di così R. BOCCHINI e A. GENOVESE, *o.c.*, p. 18; R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, cit., p. 1105, i quali sostengono che le norme di cui agli artt. 1570 e 1677 non sono norme corrispondenti, in quanto l'art. 1677 c.c. non detta alcun criterio di gerarchia fra le discipline, a differenza di quanto previsto dall'art. 1570 c.c., il quale traducendo il criterio della compatibilità fra la disciplina dell'appalto e quella della somministrazione, in un criterio di gerarchia, in virtù del quale le norme sulla somministrazione prevalgono su quelle dettate in tema di appalto.

<sup>156</sup> La soluzione prospettata sembra trovare, altresì, l'avallo della giurisprudenza di legittimità, a quale in diverse pronunce ha statuito Cass., 11 marzo 1959, n. 698, in *Mass. Foro it.*, 1959; App. Milano, 16 gennaio 1981, in *Giur. merito*, 1983, p. 85.

Si nega, ad esempio, l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1560 c.c. dettata in tema di somministrazione, la quale consente alle parti di rinviare a un momento successivo la determinazione dell'entità del servizio. Tale norma, infatti, sembra incompatibile con il contratto di *outsourcing*, in quanto priva il contratto medesimo della sufficiente determinazione delle prestazioni.

Le attività esternalizzate devono essere ben determinate al momento della conclusione del contratto, così come ben determinato sarà il livello di servizio offerto dal fornitore. L'impresa committente avrà in ogni caso il potere di chiedere la fornitura di servizi in misura qualitativamente o quantitativamente differente, ma potrà farlo in virtù del disposto dell'art. 1661 c.c.<sup>157</sup>.

Le due norme si trovano in una posizione di conflitto, con la conseguenza che, sposando la tesi per la quale si applicheranno *in primis* le norme sull'appalto, si considera prevalente la disposizione da ultimo citata.

Il contratto di *outsourcing* dovrà, invece, avere un contenuto determinato o quantomeno determinabile<sup>158</sup>, fermo restando la possibilità di apportare variazioni al regolamento contrattuale<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> *Contra* F. TOSI, *o.c.*, p. 62, secondo il quale la norma in commento ben potrà essere applicata all'*outsourcing*. Nel contratto saranno stati fissati i limiti qualitativi e quantitativi del livello di servizio, ma alle parti contrattuali sarà in ogni caso rimessa la possibilità di variare il carico di lavoro, anche sulla base della previsione dei limiti di tolleranza, a seconda delle esigenze concrete che sorgono in quel determinato periodo del rapporto contrattuale. L'Autore, inoltre, non condivide l'opinione secondo la quale le norme di cui agli artt. 1660 e 1661 c.c. sia tra loro in contrapposizione, sostenendo, piuttosto, ma senza alcuna chiarificazione, che esse non disciplinino due medesimi aspetti del contratto di servizi. La contrapposizione fra le due disposizioni normative è, invece, colta da R. BOCCHINI e A. GENOVESE, *o.c.*, p. 21, i quali, ammettendo che l'art. 1560 c.c. concerne la determinazione delle prestazioni oggetto del contratto, percepiscono il contrasto con l'art. 1661 c.c., che per l'appalto richiede la determinazione o la determinabilità della prestazione.

<sup>158</sup> Le difficoltà che possono derivare dalla stipulazione di un contratto di *outsourcing*, comportano l'opportunità della previsione dettagliata delle obbligazioni assunte dall'*outsourcer* e dell'accordo sulla qualità dei servizi offerti (SLA), come in precedenza accennato.

<sup>159</sup> In virtù di queste caratteristiche il contratto di appalto è stato definito bifasico, in quanto caratterizzato da un assetto rigido nella disciplina generale e da una struttura elastica nella parte in cui si consente ai contraenti di apportare modifiche dopo la conclusione del contratto, così S. PERON, *Ius variandi nel contratto di appalto*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 66. Si esprime, invece, in termini di «contratto elastico» V. FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contratti*, 1994, p. 385, il quale lo considera unico per modernità nel sistema dei contratti tipici, posto che la disciplina generale del contratto prevede una struttura rigida, con particolare riguardo alla determinatezza o la determinabilità dell'oggetto, che vuole una massima libertà di negoziazione nella fase delle trattative, ma che si traduce in un assetto rigido una volta concluso il contratto, stante il disposto dell'art. 1372 c.c. che dispone che il contratto ha forza di legge fra le parti.

La possibilità di apportare variazioni risponde a esigenze di ordine pratico, in quanto mira a soddisfare gli interessi delle parti, ma soprattutto del committente, di adeguare il contratto alle nuove esigenze sorte nel corso del rapporto contrattuale<sup>160</sup>.

Ritorna, dunque, il problema delle sopravvenienze e in particolare delle sopravvenienze di fatto. Il legislatore non si è mostrato insensibile al tema e ha ritenuto opportuno dettare una apposita disposizione che, in deroga al principio generale dell'immodificabilità del contenuto del contratto consente al committente di modificare in via unilaterale il progetto. In questo caso, l'*outsourcer* è tutelato dalla previsione del limite della variazione fissato nel sesto del prezzo complessivamente convenuto e del diritto al compenso per i lavori successivamente richiesti, nonché dalla previsione del secondo comma dell'articolo in commento, il quale dispone l'inapplicabilità di tale disciplina laddove le variazioni, pur rientrando nei suddetti limiti, importino notevoli modificazioni alla natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste dal contratto per l'esecuzione dell'opera medesima<sup>161</sup>.

Le sopravvenienze di fatto, inoltre, possono essere riferite non al committente, bensì all'appaltatore. In questa ipotesi, positivizzata nell'art. 1659 c.c., è esclusa la modifica unilaterale del contratto; tuttavia, possono essere apportate delle modifiche al progetto con il consenso del committente.

---

<sup>160</sup> Cfr. S. PERON, *o.c.*, p. 67.

<sup>161</sup> Circa la corretta individuazione delle variazioni che importino notevoli variazioni alla natura dell'opera si è espressa recentemente la giurisprudenza, la quale ha ritenuto che un radicale mutamento, che importi addirittura uno sconvolgimento del piano originario dei lavori, sul quale vi sia stato l'accordo tra committente ed appaltatore, determini non lo *ius variandi*, di cui all'art. 1661, 1 co., c.c., bensì una sostituzione consensuale del regolamento contrattuale originario; così Cass., 20 giugno 2012, n. 10201, in *Contratti*, 2013, p. 145, con nota di F. ARATA, *Variazioni in corso d'opera ed effetti sulle condizioni originarie del contratto*, il quale ha correttamente colto l'importanza della distinzione tra le variazioni di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 1661, che si sostanzia in: obbligo per l'appaltatore di eseguire la variazione solo per la prima ipotesi considerata, mentre la statuizione del secondo comma rende libero l'appaltatore di rifiutarne l'adempimento; possibilità rimessa al committente, solo per le variazioni c.dd. extracontrattuali, di affidarsi a un'impresa terza; la sopravvivenza o la completa sostituzione delle clausole contrattuali. L'ultimo degli aspetti sopra considerati assume una rilevanza centrale in quanto incide sul termine di consegna dell'opera. Giurisprudenza consolidata sostiene al riguardo che, in caso di importanti e notevoli variazioni del progetto, il termine di consegna, così come l'eventuale clausola penale vengano meno a causa del mutamento piano originario dell'opera; così, *ex multis*, Cass., 6 ottobre 2011, n. 20484, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 421, con nota di D. BOTTARELLI, *Gli effetti delle variazioni ex artt. 1659 e 1661 c.c. sul termine di consegna e sulla relativa clausola penale*.

Appare chiaro, dunque, che il legislatore abbia privilegiato gli interessi del committente. Quest'ultimo, infatti, potrebbe aver bisogno di un'opera che, pur rispettando la natura originaria sia alquanto distinta da quella inizialmente pattuita, così come potrebbe non avere interesse a ricevere un'opera distinta da quella inizialmente richiesta. Dall'ammissibilità di una modifica unilaterale da parte dell'appaltatore potrebbero, infatti, derivare dei pregiudizi per il committente che vanno ben oltre quelli subiti dall'appaltatore, nell'ipotesi di cui all'art. 1661 c.c.. Da ciò ne deriva la necessaria autorizzazione del committente per le variazioni proposte dall'appaltatore<sup>162</sup>.

Infine, occorre tener conto delle variazioni che si pongono come necessarie ai fini dell'esecuzione dell'opera a regola d'arte.

La fattispecie è quella contemplata dall'art. 1660 c.c. e anch'essa normalmente si riferisce alle sopravvenienze di fatto che possono sorgere durante l'esecuzione dell'opera e che non erano né conosciute, né conoscibili al momento della conclusione del contratto.

Il carattere della necessità permette all'appaltatore di apportare le summenzionate variazioni in assenza di un'espressa autorizzazione del committente, tuttavia, stante il generale obbligo di correttezza nell'esecuzione delle prestazioni<sup>163</sup>, l'appaltatore dovrà previamente informare il committente<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Sulla preminenza dell'interesse del committente si v. di F. ARATA, *o.c.*, p. 150, il quale, tenuto conto che l'opera una volta realizzata sarà in titolarità del committente riconosce l'interesse di quest'ultimo a che l'*opus* e conseguentemente le prestazioni contenute nel contratto si adattino alle circostanze che potrebbero verificarsi prima del suo completamento, pur evitando che ciò determini uno sbilanciamento dell'originario sinallagma contrattuale.

<sup>163</sup> Sulla coincidenza del concetto di correttezza con quello di buona fede si veda U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 37, il quale ha chiarito che alla differente terminologia usata dal legislatore negli artt. 1175 e 1375 c.c. non corrisponde una differenza concettuale, in quanto in entrambi i casi si fa riferimento a un medesimo criterio di valutazione, del quale dovrà tenere conto il giudice in sede di valutazione della legittimità del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Comportamento che dovrà essere conforme non soltanto alle specifiche disposizioni di legge, ma, altresì, ai fondamenti ed alle direttive etico-sociali dell'intero ordinamento. Le regole generali di buona fede e correttezza costituiscono, così, uno specifico strumento di collegamento tra lo *strictum ius* e quei principi e valori, che trovano il proprio fondamento nell'art. 2 cost. L'Autore, inoltre, sostiene che la correttezza rappresenti non tanto un comportamento dovuto, quanto piuttosto un elemento di valutazione che deve essere tenuto presente dal giudice al fine di valutare la legittimità del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio. In senso contrario a tale posizione v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1995, p. 89, il quale afferma che la correttezza è espressione di regole di condotta che concorrono a determinare il modello di comportamento cui si deve attenere il debitore.

La riconduzione alla figura dell'appalto comporta, inoltre, l'applicazione dell'art. 1664, primo comma, c.c. in tema di onerosità o difficoltà dell'esecuzione<sup>165</sup>.

La norma in esame prevede la revisione del prezzo qualora a causa di circostanze imprevedibili si siano verificati variazioni del costo dei materiali o della manodopera, tali da incidere per oltre un decimo sul costo complessivo convenuto.

Si tratta di un obbligo legale di rinegoziazione.

In caso di *outsourcing*, poiché siamo in presenza di un appalto di servizi, può verificarsi che a causa di circostanze imprevedibili, il servizio informatico dovuto sia particolarmente complesso, tanto da richiedere l'acquisto di ulteriori tecnologie o l'assunzione o comunque la messa a disposizione di un maggior numero di lavoratori, così da determinare una maggiorazione del costo originariamente convenuto tra le parti.

In questa evenienza, la revisione del prezzo non è una facoltà rimessa alla parti contraenti, c.d. rinegoziazione volontaria, ma costituisce un obbligo di legge<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> La norma contenuta nell'art. 1660 c.c. non trova, invece, applicazione in caso di c.d. appalto a regia, in cui il committente esercita sull'esecuzione dei lavori un controllo così penetrante da privarlo dei suoi normali poteri e responsabilità per difetti dell'opera, così S. PERON, *o.c.*, p. 69.

<sup>165</sup> Si ritiene, invece, difficilmente applicabile all'*outsourcing*, il secondo comma della disposizione in esame, che contempla l'ipotesi di difficoltà nell'esecuzione, dovuta a cause geologiche, idriche e simili, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, prevedendo così in favore di quest'ultimo il diritto a un equo compenso. La norma sembra, infatti, essere dedicata all'appalto d'opera, in quanto appare poco probabile che tali cause possano rendere notevolmente più difficoltosa una prestazione di servizi, soprattutto se si tratta di servizi informatici.

<sup>166</sup> Diversamente dal diritto italiano la legislazione spagnola non prevede un obbligo di rinegoziazione, bensì una rinegoziazione volontaria di fonte legale, laddove dispone all'art. 1593 *Código Civil* che per la revisione del prezzo è sempre necessaria l'autorizzazione della controparte. Come chiarito dalla giurisprudenza, infatti, la disposizione «no contiene una norma de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, y por tanto no implica una limitación legal a la voluntad contractual sino un complemento de la misma, quedando encomendada la fijación del precio en el contrato de obra a esa libérrima voluntad de las partes», così *Tribunal Supremo*, 4 aprile 1981, in [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es). La disposizione al vaglio ammette, pertanto, la possibilità di modificare il prezzo originariamente pattuito unicamente in presenza di un aumento del costo dell'opera e del consenso di entrambe le parti, elemento quest'ultimo che può essere manifestato anche in maniera tacita, in questo senso *Audencia Provincial de Madrid*, 15 aprile 2005, n. 153, in [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es). La norma non è dettata in tema di l'*arrendamiento de servicios*, ma di *arrendamiento de obra*, poiché «en el contrato de ejecución de obra – sobretodo en el de ejecución de obra inmoviliaria, se manifiesta de manera especial, más acusada que en otros tipos contractuales, el conflicto o tensión entre la regla de la inmodificabilidad de lo pactado («pacta sunt servanda») y las exigencias de revisión como consecuencia de alteraciones sobrevenidas», così J. CADARSO PALAU, *El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista. El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de precios*, in AA. VV., *Cuaderno de derecho judicial. Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamiento rusticos*, A. Juanes Peces (a cura di), Madrid, 1994, p. 201; tuttavia, è stato chiarito che le affinità fra le due figure autorizzano il ricorso all'analogia per colmare la presenza di eventuali lacune, così J. GÓMEZ TOBOADA, *Los arrendamientos de obra y de servicios*, in AA. VV., *Instituciones de derecho privado*, III, V.L. Simó Santonja (a cura di), Madrid, 2003, p. 515. L'opinione è condivisa da L. DIEZ-PICAZO, *o.c.*, p. 385, il

Se in alcuni casi la rinegoziazione può essere prevista come facoltativa, nel senso che alle parti è rimessa la scelta di modificare il contenuto contrattuale al verificarsi di determinate sopravvenienze, vi sono delle ipotesi, come quella prevista dall'art. 1664 c.c. in cui l'adeguamento del regolamento contrattuale è rimessa alla volontà di uno soltanto dei contraenti, trovandosi l'altro in una situazione di soggezione. La parte contrattuale a cui favore è rimessa la decisione di modifica e adeguamento gode, pertanto, di un diritto potestativo alla rinegoziazione<sup>167</sup>.

Emerge chiaramente dalla lettura della norma che solo l'evento imprevedibile legittima la revisione obbligatoria del prezzo<sup>168</sup>. La funzione dell'art. 1664 c.c. è quella di mantenere inalterato l'equilibrio economico, evitando che sull'appaltatore gravi il rischio del verificarsi di circostanze imprevedibili, incidenti sul costo di esecuzione del servizio o dell'opera<sup>169</sup>.

---

quale dopo aver ammesso la cittadinanza nell'ordinamento spagnolo delle variazioni concordate fra le parti, di quelle richieste dal committente e di quelle necessarie, afferma che «*En nuestro Código Civil sólo el art. 1593 aborda, que insuficientemente, el régimen jurídico de las variaciones o modificaciones. El precepto se refiere al arquitecto o contratista que se encarga por ajuste alzado de la construcción de un edificio y otra obra. Aun cuando el precepto parece contemplar casi en exclusividad la obra de carácter inmobiliario, no hay ningún inconveniente para generalizar la regla*». Né l'art. 1593 *Código Civil* può essere considerato in contrasto con l'art. 1544, che con specifico riguardo all'*arrendamiento de servicios*, impone alle parti di convenire nel contratto un «*precio cierto*». La norma da ultimo citata, infatti, è suscettibile di deroga come nei casi in cui risulta difficile determinare previamente all'esecuzione del contratto il prezzo in maniera fissa, ad esempio quando non si ha la certezza sulla singole prestazioni o sulla loro durata di tal che si ammette la validità di clausole con cui si stabilisce la fissazione successiva del prezzo, pur in mancanza di un nuovo accordo contrattuale, purché non si ricada nel *merum arbitrium* di una parte contrattuale in violazione dell'art. 1256 del *Código civil*. È necessario in questi casi una corretta informazione sui criteri per il calcolo del prezzo. Sul punto si v. J.M. BUSTO LAGO, *o.c.*, p. 3350, il quale ritiene che in mancanza del dovere di informazione sui criteri per il calcolo del prezzo si ricada nell'ipotesi di violazione dei doveri precontrattuali, con conseguente responsabilità per *culpa in contrahendo*. Ancóra, si ammette la possibilità che il contratto di *outsourcing* contenga una clausola di correzione del prezzo quando si verifichi una variazione dei costi, non dovuta a colpa dell'*outsourcer*, pur prescindendo dall'applicazione dell'art. 1593 *Código Civil*, M.J. VAQUERO PINTO, *o.c.*, p. 3979.

<sup>167</sup> Nella rinegoziazione facoltativa il contraente nel cui interesse è posta la previsione di rinegoziazione ha facoltà di esercitarla o meno, così come all'altro contraente è rimessa la scelta di adeguare il contratto agli eventi sopravvenuti, non essendo obbligato a soddisfare l'altrui interesse. Diversamente nella rinegoziazione di tipo obbligatorio il contenuto precettivo della fonte, sia essa legale o convenzionale, determina che laddove si verificano i presupposti espressamente previsti, a fronte della richiesta della parte nel cui interesse è previsto l'adeguamento contrattuale, la controparte è tenuta a uniformarsi; così G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007, p. 118.

<sup>168</sup> In questo senso P. CARBONE, *La revisione dei prezzi nei contratti di servizi e forniture e l'adeguamento monetario degli appalti di lavori*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2013, p. 68, il quale rileva che, ove la variazione dei costi sia dovuta a un evento prevedibile o addirittura previsto dalle parti, non troverà applicazione la revisione del prezzo.

<sup>169</sup> Che il rimedio di cui all'art. 1664 c.c. sia finalizzato esclusivamente al contenimento del rischio economico, consentendo così da ripristinare l'equilibrio del sinallagma quando la sproporzione supera i limiti di un decimo del prezzo complessivamente consentito, emerge con facilità ove si consideri che

Del resto, la scelta legislativa di addossare al committente il sopravvenuto aumento del costo dei materiali o della manodopera deriva essenzialmente dalla circostanza che il contratto *de quo* ha per oggetto una prestazione con carattere individuale, che normalmente non può esser ricollocata nel mercato. L'*opus*, infatti, è diretto a soddisfare le esigenze personali del committente, come dimostrato dalla circostanza che a quest'ultimo è attribuito il potere di ingerirsi nell'attività dell'appaltatore e di modificare unilateralmente l'opera<sup>170</sup>. Il rischio che l'appaltatore difficilmente possa ricollocare l'oggetto del contratto sul mercato diventa estremamente più forte nell'ipotesi di appalto di servizi, ove l'appaltatore è tenuto a fornire uno specifico servizio, determinato secondo le esigenze del committente, in un determinato momento storico, sempre individuato in base alle necessità del committente.

Alla luce di tali considerazioni, appare chiara la scelta del legislatore di prevedere una eccezione al principio dell'invariabilità del prezzo.

In questo senso, la disposizione di cui all'art. 1664, comma 1, c.c. può essere intesa come applicazione del più generale principio di cui all'art. 1467 c.c., norma quest'ultima che contempla come rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta la risoluzione del contratto. Orbene, le due norme si pongono in rapporto di *species a genus*, laddove la variazione del costo dei materiali o della manodopera in misura eccedente un decimo il prezzo complessivamente convenuto, rappresenta una ipotesi speciale di eccessiva onerosità. Il rimedio della risoluzione contrattuale avrà pertanto un'applicazione marginale, limitata ai casi in cui non sia possibile ricondurre l'evento imprevisto all'interno del perimetro dell'art. 1664, comma 1, c.c.<sup>171</sup>.

---

L'appalto è un contratto commutativo e non aleatorio, così G. MUSOLINO, *Onerosità e difficoltà dell'esecuzione*, in AA. VV., *Trattato dei contratti*, D. Valentino (a cura di), Torino, 2011, p. 108.

<sup>170</sup> Osserva T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 1110, il contratto di appalto ha ad oggetto un'attività imprenditoriale che consistere non in un *dare*, in un immettere nel mercato, piuttosto in un *facere*, nell'eseguire opere o servizi dotati di una specifica individualità su commissione del committente e «subordinatamente» all'esercizio da parte del committente medesimo di poteri determinativi di vigilanza e variazione sull'opera da eseguire.

<sup>171</sup> *Ex multis*, A. LUMINOSO, *Codice dell'appalto privato*, in *Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali annotati con la dottrina e la giurisprudenza*, A. LUMINOSO (a cura di), Milano, 2010, p. 467; *Contra* T. MAUCERI, *o.c.*, p. 1104, il quale non considera le disposizioni di cui agli artt. 1467 e 1664, comma 1, c.c. rispettivamente norma generale e norma speciale, bensì due diversi modelli di disciplina. In tal modo, l'Autore può concludere per una lettura restrittiva della prima fattispecie normativa e per l'applicazione della rinegoziazione obbligatoria del prezzo a quei rapporti contrattuali in cui una delle due prestazioni sia identica o simile a quella dell'appaltatore, come ad esempio il contratto d'opera.

Si segnala, che un'isolata posizione interpretativa ha sostenuto la possibilità di estendere l'obbligo di negoziazione anche fuori dai limiti impressi dal codice, sulla base della buona fede *in executivis*<sup>172</sup>.

Segnatamente, si è affermato che tale risultato è raggiungibile rideterminando limitativamente l'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. Detta norma rappresenta un regime di gestione delle sopravvenienze totalmente distinto da quello di cui all'art. 1664 c.c., in quanto mentre l'uno si conforma a un modello «consensualistico», poiché alla facoltà di ricondurre il contratto ad equità è affiancato il potere di risolvere il contratto, l'altro si conforma ad un modello «conservativo», nel senso che all'appaltatore, in cui favore è previsto il rimedio, è sempre assicurato il diritto alla continuazione del rapporto contrattuale.

I due rimedi, tuttavia, non si pongono in termini di regola/eccezione. La circostanza per la quale l'art. 1467 c.c. è inserito all'interno della normativa sul contratto in generale, mentre l'art. 1664 c.c. concerne il contratto d'appalto non può costituire un criterio di valutazione gerarchia delle norme, posto che decisivo in termini di valutazione non è il luogo in cui il legislatore ha collocato una disposizione, bensì il tipo di problema che il legislatore ha compreso e risolto<sup>173</sup>. Conseguentemente, le due discipline sono volte a risolvere problemi distinti: l'art. 1467 c.c. è un rimedio al rischio in caso di «scambi puntuali», intesi quali scambi in cui non è presente una duratura interferenza nelle sfere patrimoniali dei contraenti né alcun reciproco condizionamento della loro programmazione economica; l'art. 1664

---

Fuori da queste, tuttavia, non ritiene che agli altri rapporti di durata si possa estendere una protrazione del vincolo contrattuale, la quale potrebbe costituire una minaccia alle esigenze di flessibilità e mobilità delle strategie delle imprese di piccole dimensioni, che ben possono, ove lo vogliano, derogare al regime dispositivo.

<sup>172</sup> Il riferimento è alla posizione di M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 470, il quale partendo dal presupposto che i soggetti del mercato sono membri di una comunità che si pongono in relazione tra loro con spirito di reciprocità e solidarietà, sostiene che la logica del puro scambio debba far posto a una logica associativa, ove i contraenti sono immaginati come soggetti che collaborano al fine di ottenere un risultato comune. In tal modo, le parti non sarebbero più tenute a definire *ex ante* l'intero regolamento contrattuale, posto che lo spirito collaborativo e solidale che anima i contraenti determina una rimodulazione del programma negoziale a seconda delle sopravvenienze che andranno a sorgere nell'arco della durata del rapporto.

<sup>173</sup> Sostiene l'Autore che il dispositivo interpretativo regola/eccezione è proprio di una rappresentazione essenzialistica dell'ordinamento tramontata insieme alla metafisica di cui è figlia. Il sistema giuridico moderno, invece, si sviluppa intorno a tipi di problemi giuridici ed ai relativi rimedi. In questo sistema la disciplina generale cessa così di essere la regola e le discipline dei singoli contratti cessano di essere eccezioni; così M. BARCELLONA, *o.c.*, p. 496.

c.c., in contrario, è destinato a governare la distribuzione del rischio nei c.d. «scambi integrativi», la cui esecuzione presuppone o comporta una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti o un reciproco condizionamento degli ulteriori programmi economici.

La presente posizione, benché suggestiva, non è condivisibile.

Da un lato non può si può negare che l'art. 1664 c.c. costituisca una disciplina speciale rispetto all'art. 1467 c.c., poiché l'aver previsto tale disciplina all'interno di quel determinato tipo contrattuale è indice della *voluta legis* di stabilire un obbligo di rinegoziazione esclusivamente al fine di tutelare l'impresa appaltatore dal rischio di sopravvenienze, ricomprese entro certi limiti, ma non certo di attribuire un diritto potestativo alla rinegoziazione a tutti gli scambi integrativi<sup>174</sup>.

Il rimedio manutentivo della revisione del prezzo viene, così, limitato alla sola ipotesi dell'appalto, ove il legislatore ha avvertito l'esigenza di tutelare l'appaltatore dal sorgere di eventi imprevedibili connessi all'elemento «tempo» che costituisce un elemento indefettibile dell'appalto. Tra la stipulazione del contratto e l'effettiva esecuzione del servizio può trascorrere un lasso di tempo di notevoli dimensioni, il che implica il rischio del mutamento delle circostanze esistenti. Ciò ha indotto a una esplicita previsione della regola *rebus sic stantibus*, finalizzata all'adeguamento e alla conservazione del contratto. Estendere la revisione coatta del prezzo a fattispecie non espressamente previste, è frutto di una lettura miope del sistema normativo, che garantisce alle parti contrattuali sì di conservare il rapporto, ma sempre fermo restando la facoltà di scioglierlo al modificarsi delle condizioni originariamente previste.

---

<sup>174</sup> Conferma l'interpretazione in termini di *genus/species* la giurisprudenza della Suprema Corte, la quale afferma che l'art. 1664 c.c. è norma speciale rispetto all'art. 1467 c.c., la cui applicazione è impedita nel contratto di appalto per le fattispecie contemplate dal primo dei summenzionati articoli, in quanto non è prevista la risoluzione del contratto, ma solo la revisione dei prezzi o, nel caso di cui al 2° comma, il diritto dell'appaltatore a un equo compenso; così Cass., 31 dicembre 2013, n. 28812, in *Mass.*, 2013, 959.

### **1.7. L'oggetto nei contratti di *outsourcing*, gli obblighi di informazione e la tutela dell'imprenditore debole.**

Il contratto di *outsourcing*, in quanto contratto atipico, necessita di una disciplina convenzionale estremamente dettagliata, in grado di definire con precisione l'oggetto del contratto, con particolare riguardo alle prestazioni dovute dal fornitore, il livello di servizio, i tempi di realizzazione della soluzione, le responsabilità, eventuali clausole penali, nonché le modalità di risoluzione della crisi.

Sicuramente, le maggiori difficoltà incontrate dalle parti riguardano l'esatta determinazione delle prestazioni cui è obbligato il fornitore.

Come in precedenza affermato, i contratti *de quibus* costituiscono solitamente dei contratti collegati o dei contratti misti, caratterizzati, quindi, da una molteplicità di prestazioni che fanno capo al fornitore, mentre sul committente graverà esclusivamente l'obbligazione pecuniaria.

La complessità dell'oggetto ha fatto sì che la prassi commerciale indichi nei contratti unicamente le principali attività che dovranno essere svolte, rimettendo agli allegati tecnici e a un manuale operativo la puntuale determinazione di tali attività, nonché le procedure di esecuzione.

Posto che nel settore informatico si assiste a una rapida evoluzione delle tecnologie, si anticipa fin da subito che è quanto mai opportuna la previsione di clausole che consentano al fornitore di apportare delle variazioni alle risorse di cui si avvale nell'esecuzione del contratto. Naturalmente, queste modifiche dovranno essere preannunciate al cliente e non dovranno diminuire il livello di qualità pattuito.

Si rende, dunque, fondamentale, la previsione di un adeguamento contrattuale ai possibili mutamenti di fatto che possono incidere sul rapporto contrattuale e sulla qualità delle prestazioni. A tal fine, appare preferibile l'inserimento di clausole contenenti norme di comportamento, attraverso le quali i contraenti, in via convenzionale, adeguano il rapporto fra esse corrente alla mutata situazione di fatto<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Osserva A. RICCIARDI, *L'outsourcing strategico, o.c.*, p. 115 che, attraverso l'esatta determinazione dell'oggetto contrattuale, è necessario «prevedere il prevedibile e gestire l'imprevisto»; per l'Autore, in questa ipotesi ci si trova di fronte a un *incomplete contract*, il quale risulta pienamente ammissibile nel diritto italiano, posto che in virtù dell'art. 1372 c.c. il contratto ha forza di legge fra le parti, le quali nella loro autonomia potranno stabilire un codice di comportamento sull'eventuale

Accade spesso che, in presenza di rapporti contrattuali complessi, le parti prediligano il ricorso a contratti «flessibili» che permettano il differimento a un momento successivo della gestione dei mutamenti di fatto che si possono verificare a causa della durata del negozio, dando vita a ciò che taluni definiscono contratto successivamente incompleto<sup>176</sup>.

In queste ipotesi il contratto, al momento della sua conclusione è sicuramente completo, posto che non esistono lacune; l'incompletezza attiene, invece, a un momento successivo, in quanto le lacune si manifestano posteriormente alla conclusione del contratto<sup>177</sup>. Non si pone, dunque, alcun problema di validità del contratto, poiché al momento della conclusione l'oggetto è perfettamente determinato; nelle sole ipotesi di c.d. incompletezza iniziale occorrerà valutare se l'oggetto del contratto sia determinabile<sup>178</sup>. Solitamente, la complessità dei rapporti

---

rinegoziazione del contratto. L'Autore, nell'ammettere la validità di un siffatto regolamento contrattuale non affronta, tuttavia, il problema dell'incertezza dell'oggetto, che potrebbe apparire non sufficientemente determinato.

<sup>176</sup> Sul punto, autorevole dottrina ha precisato che la stabilità del rapporto, con riguardo ai contratti di durata, è assicurata, piuttosto che tramite un rigido contenuto delle clausole contrattuali, attraverso la previsione di procedure che consentano di gestire il rapporto senza interromperlo laddove sorgano circostanze che potrebbero generare un conflitto, così D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., p. 525. Nello stesso senso si veda anche A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, p. 92, che l'incompletezza contrattuale ha assunto il ruolo di rimedio all'impossibilità o all'eccessiva onerosità di una preventiva regolamentazione dell'accordo.

<sup>177</sup> Si tratta di un'ipotesi d'incompletezza deliberata successiva. In particolare, giova osservare che l'incompletezza può essere subita, quando le parti non regolano un determinato aspetto del rapporto al momento della conclusione del contratto, a causa di una dimenticanza ovvero della volontà di rimettere alla legge l'integrazione del contratto; e deliberata, ipotesi questa che si verifica allorché le parti sono che una parte del contenuto dovrà essere in seguito determinata e, pertanto, prevedono che le lacune saranno colmate attraverso un successivo accordo, in via unilaterale da una sola parte, ovvero rimettendo la decisione a un terzo arbitratore, ai sensi dell'art. 1349 c.c. L'incompletezza intenzionale, inoltre, può essere immediata, ove già al momento della conclusione del contratto esistano delle lacune che le parti prevedono espressamente di colmare in un momento successivo, ovvero successiva, nell'ipotesi le lacune sorgano in una fase successiva al perfezionamento contrattuale; in questo senso E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 9.

<sup>178</sup> Nei contratti d'impresa immediatamente incompleti difficilmente si potrà parlare d'invalidità, poiché non si ha mancanza dell'oggetto ma unicamente la sua determinabilità. Tuttavia, il negozio, ancorché valido, produrrà effetti limitatamente alle parti complete, così senso E. GUERINONI, *o.c.*, p. 120, il quale però non esclude a priori che il contratto possa essere considerato completamente inefficace in quanto «in attesa di completamento», ove le parti da completare comportino una sostanziale inefficacia dell'intero contratto. Interessante, poi, l'osservazione di quanti hanno rilevato che nei contratti d'impresa difficilmente si avrà un contenuto determinato, in quanto per tali contratti «da regola fisiologica è quella della determinabilità dell'oggetto». Si è, pertanto, paventato un ritorno della distinzione tra contratti civili ad oggetto determinato e contratti commerciali ad oggetto determinabile; così G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del contratto*, II, G. Vettori (a cura di), Milano, 2006, p. 22, il quale ha altresì precisato che ai contratti civili, comprensivi anche di quelli dei consumatori, si riferisce il principio di essenzialità dell'originaria determinazione dell'oggetto, sia per le

tra imprese spinge le parti a stipulare contratti che abbiano un contenuto determinabile, anche attraverso il ricorso a fonti extracontrattuali, ma la determinabilità dell'oggetto è cosa ben diversa dalla sua assenza, di tal che soltanto quando le parti non abbiano indicato alcuno strumento per la successiva determinazione il contratto sarà viziato da nullità. La carenza di determinazione, dunque, non costituisce un indice di incompletezza del processo formativo del contratto<sup>179</sup>.

Nella fattispecie in esame le parti sovente introducono una clausola sul c.d. *jus variandi*, ossia una clausola di riapertura condizionata al verificarsi delle sopravvenienze. Tuttavia, ritenere che la previsione di siffatta clausola dia vita ad un contratto incompleto è una conclusione che appare criticabile<sup>180</sup>.

Il contratto incompleto può essere considerato tale soltanto se al momento della conclusione dell'accordo la volontà contrattuale non sia ancora completa<sup>181</sup>.

---

ragioni connesse alla necessità della forma solenne, sia per la qualifica professionale dell'estensore del contratto (il notaio, normalmente chiamato a stipulare i contratti civili, tra cui *in primis* le vendite immobiliari in virtù della propria funzione anti-processualistica difficilmente lascerà spazio all'incompletezza); diversamente, i contratti commerciali l'oggetto del contratto sarà quasi sempre determinabile, come si rinvia dalla disciplina offerta dal codice civile per i contratti di impresa nominati (quali somministrazione, appalto, contratto d'opera, ecc.) dove si prevede espressamente il ricorso a fonti endocontrattuali, ma anche extracontrattuali, di determinazione dell'oggetto. Condivide l'idea che nei contratti d'impresa il problema dell'incompletezza sia ridimensionato dalla esigenza della sola determinatezza D. VALENTINO, *o.u.c.*, p. 518. Sul bipolarismo contratti civili - contratti dell'impresa si v. anche G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 861 il quale nega l'autonomia concettuale alla categoria denominabile «contratti d'impresa».

<sup>179</sup> Discorso diverso va, invece, effettuato nell'ipotesi in cui le parti abbiano raggiunto un accordo su parte, ma non sull'intero assetto contrattuale. Sul punto si v. D. VALENTINO, *Globalizzazione economica e disorder law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror-image rule*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 431, la quale distingue chiaramente gli accordi in cui le parti volutamente non disciplinano alcuni aspetti essenziali del contratto, rinviando a successive integrazioni, i quali possono essere definiti appunto contratti incompleti, dagli accordi caratterizzati dallo scambio di consensi relativamente ai soli punti essenziali, ma non anche agli aspetti marginali.

<sup>180</sup> Osserva, tuttavia, F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo della rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 87, che la previsione di clausole di gestione del rischio nei contratti di durata lasciano comunque trasparire un'idea d'incompletezza del contratto. Tuttavia, secondo l'Autore, l'invalidità di negozio incompleto sarebbe frutto di un'interpretazione eccessivamente rigorosa degli artt. 1346 e 1428 c.c. rivolti più alle fattispecie di scambio a esecuzione istantanea e di contratto traslativo, piuttosto che al contratto a esecuzione protratta nel tempo.

<sup>181</sup> Limpidamente, D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., la quale chiarisce che si ha incompletezza del contratto quando le parti non hanno contemplato la possibilità di adeguare o determinare il contenuto in funzione di prevedibili circostanze sopravvenute, non controllabili dai contraenti medesimi, idonee a incidere sull'equilibrio contrattuale.

Difficilmente si potrà ritenere che un negozio originariamente completo lo divenga successivamente, ove al verificarsi di taluni eventi si assista ad una sua modifica. L'adeguamento contrattuale sembra, infatti, rendere il contratto sì flessibile, ma non certo incompleto<sup>182</sup>.

Segnatamente, le clausole di revisione da inserire nel contratto di *outsourcing*, al fine di renderlo maggiormente flessibile e adattabile alle circostanze che si dovessero in seguito presentare, sono la clausola revisione prezzi e la clausola di revisione dei parametri di servizio.

La prima trova applicazione soprattutto in materia di appalti e forniture contratti da una p.a., posto che l'art. 115 del decreto legislativo del 12 aprile 2006 n. 163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, prevede che in tutti i contratti a esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debba essere inserita una clausola di revisione periodica del prezzo. La clausola ha natura imperativa<sup>183</sup>, di tal ch  sarà necessariamente inserita in tutti i contratti di *outsourcing* stipulati da enti pubblici, mentre nei contratti fra imprese private la relativa previsione sar  rimessa alla volont  delle parti contrattuali. Anche nella successiva direttiva 2014/24/CE, che abroga la precedente direttiva 2004/18/CE,   prevista la modifica del contratto senza necessit  di indizione di una nuova gara, a conferma dell'opportunit  di tale strumento nel commercio comunitario<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Cos  A. SCARPELLO, *o.c.*, p. 95, il quale chiarisce l'eventuale modifica del rapporto contrattuale risponde pi  a logiche di opportunit  e di soddisfazione degli interessi di una parte che alla necessit  di rimediare alla sopravvenuta incompletezza. In senso conforme la dottrina pi  tradizionale, secondo la quale il requisito della determinatezza o determinabilit  deve essere presente al momento dell'efficacia del negozio. *Contra* A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, p. 32 secondo il quale un contratto con clausola di riapertura deve essere inteso come successivamente incompleto, poich  la rideterminazione di parte del contenuto contrattuale attiene a un elemento volitivo. Il contratto flessibile, secondo l'Autore, andrebbe collocato invece in una zona intermedia fra contratto completo ed incompleto.

<sup>183</sup> Cfr. C. Stato 24 gennaio 2013, n. 465, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, p. 204; Cons.giust. amm. sic., 18 novembre 2009, n. 1106, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, p. 2659; *contra* C. Stato 2 settembre 2013, n. 4349, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2013, n. 2547, secondo la quale non ha luogo la «revisione dei prezzi, nel caso in cui il contratto di appalto preveda espressamente la natura fissa ed invariabile dei prezzi, escludendone la revisione; in tal caso, infatti, tale univoca qualificazione contrattuale dell'appalto come «a prezzo chiuso» esclude l'applicabilit  della disciplina in materia di revisione dei prezzi».

<sup>184</sup> La possibilit  di modifica dei contratti in corso di validit    prevista dall'art. 72 della direttiva 2014/21/CE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE..

Quanto alla clausola di revisione dei parametri di servizio, invece, si precisa che le parti possono scegliere se mantenere il *Service Level Agreement* costante per tutta la durata del rapporto contrattuale, ovvero prevedere una eventuale rinegoziazione a seguito del trascorrere di un determinato periodo di tempo ovvero al verificarsi di circostanze sopravvenute.

La possibilità che il contenuto del contratto sia rivisitato nel corso del rapporto presuppone innanzitutto una posizione di relativa parità delle parti<sup>185</sup>.

Invero, in tema di contratti ad oggetto informatico c'è sempre il rischio che tra i contraenti vi sia una situazione di squilibrio tecnologico, una disparità di conoscenze informatiche determinata da una minore competenza in materia di chi commissiona i servizi rispetto a chi li fornisce e/o dall'inaccessibilità a dati inerenti il prodotto<sup>186</sup>.

Detto squilibrio tecnologico, dunque, non va inteso tanto quale dipendenza economica<sup>187</sup>, bensì quale asimmetria informativa tra le imprese<sup>188</sup>. Naturalmente, la parte contrattuale dotata di maggiori conoscenze non deve essere necessariamente

---

<sup>185</sup> Osserva F. SCAGLIONE, *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. it.*, 2008, p. 250, che «al di fuori dell'ipotesi di abuso di soggezione economica o morale, in presenza di un mercato merceologico e geografico contraddistinto da un certo grado di concorrenzialità, la libertà di determinare i termini dell'accordo in senso più vantaggioso per entrambe le parti dipende essenzialmente dalla esatta conoscenza delle condizioni di offerta praticate sul mercato».

<sup>186</sup> Cfr. F. LAZZARELLI, *o.c.*, p. 76, secondo la quale tale situazione, che scaturisce dalla natura stessa dei prodotti o dei servizi negoziati, è comune alla quasi totalità dei rapporti informatici, tanto da aver assunto la veste di una componente strutturale. Nello stesso senso E. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p. 13, la quale osserva che frequentemente l'uguaglianza fra le parti contraenti è una mera finzione. La disuguaglianza informativa aumenta con il trascorrere del tempo a causa della maggiore complessità del traffico giuridico e economico. Le cause delle asimmetrie informative, secondo l'Autrice, vanno così ricondotte da un lato alla diversificazione dei beni e dei servizi, a un punto tale che appare difficile avere una visione d'insieme del settore di mercato che interessa, dall'altro, la nascita di nuove figure contrattuali e la proliferazione di clausole generali del contratto hanno aggiunto maggiore difficoltà alla possibilità di informarsi sul contenuto contrattuale.

<sup>187</sup> Invero, la sussistenza di una dipendenza economica è ravvisabile non tanto nel contratto di *outsourcing*, quanto piuttosto nei contratti di fornitura di sistemi informatici, ove la *software house* si rifiuta di fornire il codice sorgente, costringendo così l'impresa committente a rivolgersi unicamente a essa per qualsiasi operazione sul tipo di programma.

<sup>188</sup> Sulla diversa posizione contrattuale in cui possono venirsi a trovare le imprese e sulla tutela del c.d. imprenditore debole, che ha spinto parte della dottrina a ipotizzare una nuova categoria definita «terzo contratto» v. *retro* § 1.2.

identificata con l'impresa di maggiori dimensioni, sebbene questo sia il caso piú frequente<sup>189</sup>.

Il diverso grado di conoscenza dei servizi informatici non implica necessariamente un danno a carico dell'impresa committente. Questo piuttosto si verificherà nella denegata ipotesi in cui l'*outsourcer* si approfitti della proprio posizione ponendo in essere comportamenti speculativi, abusando della propria posizione contrattuale<sup>190</sup>. Conseguentemente, soltanto nell'ipotesi in cui l'impresa fornitrice dei servizi adotti comportamenti opportunistici, tesi a conseguire un vantaggio ingiusto sarà necessario ricorrere a dei rimedi giudiziali correttivi volti al ripristino dell'equilibrio contrattuale<sup>191</sup>.

Ad ogni modo, sembra opportuno prevenire i possibili danni provocati dall'asimmetria informativa in via convenzionale. In questo senso sembra opportuno fare ricorso alla trasparenza<sup>192</sup>, e in particolare, attraverso il generale dovere di

---

<sup>189</sup> Cfr. M. PIERGIOVANNI, *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2000, p. 124.

<sup>190</sup> L'asimmetria informativa, in quanto costituisce un costo di transazione che rende il mercato inefficiente, è una delle cause del fallimento del mercato, così E. BOCCHINI, *Sostituzione giuridica nell'attività impresa e asimmetria informativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 345, secondo il quale il compito del diritto commerciale, inteso come diritto del mercato è quello di eliminare, o quanto meno ridurre, le cause di asimmetria informativa del mercato che ne provocano il fallimento, favorendo così una allocazione non solo ottimale, ma anche equa delle risorse. L'Autore osserva, altresì, che il fallimento del mercato non è dovuto unicamente alla disparità di conoscenze, ma alla «razionalità limitata per deficit informativo e opportunismo» ed è questo il fenomeno che il legislatore deve affrontare nella scelta delle strategie normative, rivolte a una giuridicamente equa ed economicamente ottimale allocazione delle risorse. Sulle asimmetrie informative quali cause di fallimento del mercato si v. anche P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 651, secondo il quale la disegualianza conoscitiva crea danni alla società nella misura in cui ostacola l'instaurazione di un mercato, ovvero riducono il volume dei possibili scambi.

<sup>191</sup> Come limpidamente osserva F. LAZZARELLI, *L'equilibrio contrattuale nelle forniture dei sistemi informatici*, cit., p. 85 si ha iniquità del rapporto unicamente nell'ipotesi in cui l'abuso di tecnologico del contraente forte si combina con il danno subito dal contraente debole; soltanto quando ricorrano detti elementi e siano debitamente accertati nascerà l'esigenza di individuare strumenti riequilibrativi, che siano adeguati al tipo di difetto da rimuovere e alla fase negoziale in cui esso si manifesta. In questo senso, l'Autrice chiarisce che spesso l'uso distorto della superiorità tecnologica avviene nel momento esecutivo del rapporto, come nell'ipotesi in cui la *software house* che non abbia fornito all'impresa committente il codice sorgente, si rifiuti di rinnovare il contratto di assistenza e di fornire la chiave di accesso, costringendo in tal modo il cliente ad acquistare un nuovo sistema.

<sup>192</sup> Emblematiche al riguardo le parole di C. CASTRONOVO e S. MAZZAUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 393: «trasparenza è termine che efficacemente esprime riassume la agevole penetrabilità, in termini di conoscenza e comprensione da parte di chi ne abbia interesse, di dati, situazioni; e si attaglia per questo al tipo di relazione e dunque al modello di contrattazione, prima ancora che al singolo contratto, tendendo piuttosto a condizionare a monte il modo di stare sul mercato dell'operatore, potenziale contraente».

informazione, il quale rappresenta il correttivo più semplice delle asimmetrie informative<sup>193</sup>.

Appare doveroso specificare al riguardo, che generalmente il dovere di informazione viene riferito ai contratti con i consumatori, in quanto si considera che un soggetto il quale esercita una attività d'impresa sia dotato delle conoscenze idonee alla conclusione di un equo contratto.

In realtà, è facile osservare che soprattutto in relazione ai contratti ad oggetto informatico la diversità di conoscenza è un fenomeno molto più che probabile, di talché sembra preferibile ritenere che anche nei contratti c.d. *b2b* si debba parlare di disuguaglianza informativa<sup>194</sup>.

Tenuto conto, infatti, che il committente nella maggior parte dei casi non possiede una conoscenza informatica adeguata alla manifestazione di consenso consapevole, il fornitore sarà tenuto a rendere noti tutti i dati utili per una corretta

---

<sup>193</sup> La configurazione dei doveri d'informazione quale categoria specifica è frutto di una lenta evoluzione legata soprattutto ai cambiamenti sociali ed ai beni oggetto del mercato che assumono di volta in volta maggiore complessità; di tanto ne è testimonianza la circostanza per la quale il dovere di informazione inizialmente veniva considerato unicamente in relazione alla responsabilità contrattuale e non come una realtà autonoma; così M. REYES CORRIPIO-GIL DELGADO, *o.c.*, p. 141. Successivamente, attraverso il ricorso alla clausola generale della buona fede, il dovere di informazione non viene utilizzato unicamente per reprimere condotte fraudolente, quanto piuttosto per imporre un modello di comportamento ispirato all'idea di lealtà e cooperazione, finalizzato alla protezione del contraente debole. Si assiste così alla nascita di numerose norme – prime fra tutte l'art. 153 Trattato CE che riconosce il diritto all'informazione per la salvaguardia dei propri interessi – che sanciscono il c.d. *duty of disclosure*. Sulla tematica, si v. P. GALLO, *o.c.*, p. 647, il quale afferma che l'informazione dal punto di vista economico rappresenta un bene al pari di tutti gli altri ed anzi costituisce uno dei beni maggiormente importanti nella società contemporanea; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p.189; ID., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 294, secondo il quale il mercato non si riduce a mera offerta di beni, ma a offerta di dati suggestivi emotivi e conoscitivi, conseguentemente la scelta fra le merci è preceduta ed accompagnata da una fase psichica e conoscitiva ed implica un criterio di confronto ed un giudizio di preferenza; G.M. UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 370, per il quale la buona fede si concretizza in obblighi contrattuali specifici (fra i quali rientrano senza dubbio gli obblighi informativi) che trovano il proprio fondamento nell'economia del contratto e sono volti a far sì che anche gli interessi dell'altra parte, relativi al rapporto economico diviso dai contraenti, siano salvaguardati.

<sup>194</sup> Del resto, come osserva M. REYES CORRIPIO-GIL DELGADO, *o.c.*, p. 239, una delle caratteristiche del contratto informatico è «*el caracter neófito*» del committente, che negozia su una materia estranea alla propria attività professionale. Questa condizione di profano può portare spesso a equivoci sulle caratteristiche del sistema informatici che necessita, di talché avrà una forte difficoltà nella comprensione e nella determinazione dell'oggetto del contratto. Volendo usare le parole dell'Autrice «*aunque este pueda conocer el funcionamiento o la utilidad que persigue con el equipo o el software que contrata, es algo bien distinto a dominar la seguridad informática, la capacidad de los equipos o la calidad del software; actividades que requieren una formación especializada*». Tuttavia, continua specificando che non sempre le parti dei contratti informatici si contraddistinguono in termini di *profesional-profano*, poiché se nella maggioranza delle ipotesi ci si trova di fronte a un fornitore professionista informatico, può accadere anche che il fornitore sia un *simple distributor*, maggiormente specializzato nell'arte di vendere che nel settore informatico.

determinazione della volontà<sup>195</sup>. Tali informazioni dovranno essere non soltanto di «qualità», ma dovranno essere in grado di salvaguardare gli equilibri del mercato, e segnatamente del mercato concorrenziale<sup>196</sup>.

L'importanza degli obblighi informativi con particolare riguardo al campo dell'informatica è sancita anche dalla direttiva 83/2011/UE, recepita in Italia con d. lg. 21 febbraio 2014 n. 21, impone al fornitore di beni o servizi *online* di prestare al destinatario del bene dettagliate informazioni<sup>197</sup>. Orbene, questa disciplina, sebbene imponga oneri inderogabili esclusivamente a salvaguardia del consumatore, è indice della circostanza che l'informazione e la trasparenza costituiscono il primo strumento a tutela di colui che si trova in una posizione di debolezza. L'importanza dell'informazione rileva proprio in quanto permette all'imprenditore debole di porsi sullo stesso piano di colui che si trova in una situazione di supremazia conoscitiva, che potrebbe sfociare in un abuso della propria posizione.

Più che dovere di informazione, si dovrebbe, pertanto, discorrere di *devoir de conseil*, inteso quale specificazione dell'obbligo di informazione, che consente all'impresa servita non soltanto di essere informata sulle caratteristiche del prodotto, ma altresì di essere posta al corrente delle alternative in grado di soddisfare le proprie esigenze<sup>198</sup>.

Dallo squilibrio conoscitivo, dunque, nasce un generale dovere di protezione della parte debole del rapporto contrattuale e genera a carico del fornitore e a

---

<sup>195</sup> Sul punto v. D. VALENTINO, *I contratti d'informattizzazione d'azienda*, cit., p. 414, la quale chiarisce che affinché le informazioni ottengano un risultato positivo, è necessario che il destinatario riesca a comprendere la materia. Non rileva, dunque, la quantità delle informazioni, quanto piuttosto la qualità, nel senso che devono essere in grado di far prendere al soggetto sui sono dirette una decisione consapevole. Appare chiaro allora che il miglior modo per disinformare è quello di fornire al destinatari 'troppe informazioni' o comunque informazioni eccessivamente specifiche.

<sup>196</sup> Cfr. R. SENIGAGLIA, *Informazione contrattuale nella net economy e trasparenza del mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 234.

<sup>197</sup> In particolare, l'art. 49 del citato provvedimento dispone l'obbligo di fornire informazioni dettagliate, tra l'altro, in merito alle caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi; l'identità del professionista; l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e i dati necessari per contattarlo; il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive; le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte del professionista; in caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 54, comma 1, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B;

<sup>198</sup> In questo senso, D. VALENTINO, *o.l.n.c.*, la quale chiarisce, tuttavia, che il *devoir de conseil* non deve tradursi in una vera e propria consulenza, la quale esorbita dai doveri di cui all'art. 1337 c.c.

beneficio del committente un obbligo di informazione, espressione del piú generale obbligo di collaborazione e solidarietà, in grado di ristabilire l'equilibrio e di garantire una consapevole espressione di volontà. Il ché impone non soltanto che le clausole contrattuali siano redatte in maniera chiara, cosí da rendersi intelligibile sul piano grammaticale, ma anche che le stesse siano intelligibili sul piano degli effetti e delle conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dal contratto<sup>199</sup>.

D'altro lato, non bisogna dimenticare che il committente fa affidamento sul lavoro professionale dell'*outsourcer*, affidamento degno di protezione e che impone il comportamento del fornitore secondo buona fede, sia nella fase precontrattuale, che durante l'esecuzione del rapporto.

Il ricorso alla clausola generale di buona fede, a tutela dell'imprenditore debole, non si limita, tuttavia, all'imposizione di obblighi informativi. Infatti, laddove detti doveri non siano sufficienti a raggiungere lo scopo, sar  possibile far ricorso alla categoria dell'abuso del diritto<sup>200</sup>.

La teorica dell'abuso del diritto affronta la questione del conflitto d'interessi tra le parti nello svolgimento di un determinato rapporto contrattuale. È in questo senso che il divieto di abuso va ricondotto alla clausola generale della buona fede, posto che tende a ristabilire all'interno del regolamento contrattuale l'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 cost.<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Cfr. M. REYES CORRIPIO GIL-DELGADO, *o.c.*, p. 232, secondo la quale «*el desequilibrio subjetivo es un factor clave en la exigencia de informaci3n precontractual y se relaciona in forma directa con la emergencia de responsabilidad civil en los contratos inform3ticos. El desequilibrio genera deberes de protecci3n de la parte debil de la relaci3n jur3dica e instaura a cargo del proveedor y en beneficio de usuario una obligaci3n de informaci3n que se encuadra en el marco de una colaboraci3n intersubjetiva*». Sulle esigenze di chiarezza e trasparenza non soltanto sul piano grammaticale, ma anche e soprattutto sul piano funzionale si è espressa recentemente, benché con riguardo ai contratti con i consumatori, la Corte giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, Kaslere Kaslern /OTP Jelz logbank Zrt, in *Contratti*, 2014, p. 853, con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, la quale chiarisce che la mera comprensibilit  lessicale diviene inutile se non la parte debole non viene posta nella consapevolezza degli effetti giuridici ed economici che dal contratto derivano.

<sup>200</sup> Si v. sul punto P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 206, il quale mette in evidenza che le parole che compongono tale espressione sembrano a prima vista contraddittorie tra loro, posto che per diritto deve essere inteso la libert  che una norma giuridica garantisce all'individuo; mentre per abuso s'intende che l'esercizio di tale libert  pu3 dare luogo a responsabilit : di tal ch  un atto lecito diviene fonte di responsabilit . Sulla difficult  nel ritenere abusiva una condotta avvenuta in esercizio di una prerogativa concessa da una norma, si v. altres  C. CUADRADO PÉREZ, *La moderna configuraci3n de la doctrina del abuso del derecho*, Navarra, 2014, p. 66.

<sup>201</sup> Cos  T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti fra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 345, la quale osserva che «al valore che la legge conferisce alla giustizia dello scambio nei

Del resto, che l'abuso del diritto vada ricondotto alla clausola generale della buona fede emerge chiaramente dall'ordinamento spagnolo, ove l'art. 7 del *Código civil* dispone, al primo comma, che i diritti devono essere esercitati in maniera conforme a buona fede, mentre al secondo condanna l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale del diritto medesimo, prevedendo che qualora un'azione o un'omissione, volontaria, che manifestamente superino i limiti del normale esercizio del diritto e provochino un danno a terzi, daranno luogo a un corrispondente indennizzo ovvero all'adozione di misure giudiziali o amministrative, volte ad impedire la persistenza di tale abuso<sup>202</sup>

Se il divieto di abuso del diritto sembra tutelare il contraente debole dal compimento di azioni pretestuose da parte del fornitore o dell'*outsourcer*, va rilevato che non poche sono le critiche che lo hanno colpito, sulla base soprattutto della circostanza che esso rappresenta una minaccia alla certezza del diritto e rappresenti una contraddizione logica. Critiche queste che ad oggi, tuttavia, sembrano superate alla luce dell'osservazione che in realtà l'abuso comporta solo un'apparente conformità del comportamento al soggetto al contenuto del relativo diritto<sup>203</sup>.

Un passo in avanti verso la tutela dell'imprenditore debole è stato fatto con la l. sulla subfornitura, legge 18 giugno 1998, n. 192, la quale, alla luce della circostanza che il subfornitore si trova in una posizione di dipendenza economica e tecnologica

---

rapporti fra imprenditori corrisponde la conferma del ruolo della buona fede quale regola privilegiata nel garantire la trasparenza e l'efficienza dei rapporti contrattuali nell'economia di mercato»; P. RESCIGNO, *o.c.*, p. 232; F. LAZZARELLI, *o.u.c.*, p. 92; M. PIERGIOVANNI, *o.c.*, p. 141, il quale rileva che l'abuso del diritto, in cui rientra il concetto di abuso di dipendenza economica deve essere inteso piuttosto che come superamento dei limiti del potere, quale criterio di valutazione, avente lo scopo di sanzionare condotte che si pongono in contrasto con le clausole generali di buona fede e correttezza.

<sup>202</sup> Sul rapporto fra buona fede ed abuso del diritto v. M. DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, *art. 7*, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, I, vol. 1, M. Albaladejo (diretto da), Madrid, 1992, p. 895, la quale sente la necessità di separare e differenziare la buona fede dall'abuso del diritto. Quest'ultimo, infatti presuppone un comportamento contrario a buona fede, ma tale comportamento da solo non è sufficiente a determinare abuso di diritto. La buona fede impone un comportamento in senso positivo, mentre l'abuso del diritto è considerato in maniera negativa attraverso la previsione di una sanzione. Pertanto, la distinzione fra buona fede ed abuso di diritto emerge dai requisiti che li delimitano e dalle conseguenze giuridiche.

<sup>203</sup> In particolare, ritiene superata la categoria dell'abuso del diritto F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 76, per il quale questa figura non ha più ragion d'essere, in quanto, per definizione, il diritto soggettivo arriva fin dove inizia la sfera giuridica della solidarietà. Critica questa condivisa altresì da J.A.MARTÍNEZ MUÑOZ, *¿Abuso del derecho?*, Madrid, 1998, p. 156, il quale non soltanto ritiene che l'abuso del diritto comporti una forte incertezza giuridica, ma, altresì, che la categoria costituisca una contraddizione logica e che non possa essere ammessa per evidenti difficoltà pratiche, soprattutto in tema di prova; nonché da G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgamo*, in *Contratti*, 2011, p. 653, secondo il quale l'abuso del diritto costituisce un'opzione concettuale della buona fede.

rispetto al soggetto committente, impone una serie di limitazioni alla autonomia privata. Nello specifico, la citata legge impone una maggiore trasparenza nella contrattazione, ove viene prescritto, tra l'altro, l'obbligo di fornire in forma scritta le informazioni necessarie affinché venga espresso un consenso consapevole. Ma la regolamentazione in tema di subfornitura rileva soprattutto per aver sanzionato con la nullità qualsiasi patto con cui si realizzi un abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice<sup>204</sup>. Il divieto è espressamente previsto nell'art. 9, articolo che ha cura, altresì, di definire lo stato di dipendenza economica quale situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. Naturalmente, come prevede la summenzionata disposizione lo stato di dipendenza economica va valutato in concreto.

Mentre le altre norme dettate in materia di subfornitura hanno un ambito di applicazione più o meno ristretto, il divieto di abuso di dipendenza economica si ritiene comunemente applicabile anche a contratti fra imprese diversi dalla subfornitura: la norma in oggetto riveste, secondo un'opinione sicuramente condivisibile<sup>205</sup>, portata generale.

Si può, dunque, pacificamente affermare che anche al contratto di *outsourcing* sia applicabile la tutela di cui all'art. 9, l. 192 del 1998.

Diversamente, le ulteriori norme dettate a protezione della parte debole del contratto di subfornitura non troveranno un'estensione generalizzata e, pertanto, non potranno valere a tutelare la parte debole del contratto in esame.

---

<sup>204</sup> Cfr. F. Lazzarelli, *o.n. c.*, p. 136;

<sup>205</sup> Così, G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 887, secondo cui la norma, che aspira ad avere portata generale nel sistema giuridico italiano, innova il quadro delle limitazioni all'autonomia contrattuale delle parti; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti fra imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 345; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 1999, p. 196, secondo la quale, pur essendo collocato nell'ambito della subfornitura la norma ha portata generale, come si desume dalla circostanza che l'articolo in cui è contenuta la norma in nessuno dei suoi tre comma si esprime in termini di «committente» e «subfornitore», come, invece, avviene nelle restanti disposizioni; desume la portata estensiva della norma, sempre facendo riferimento al tenore letterale di questa anche F. PARMIGGIANI, *Controllo e dominio nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 222;

### **1.8. L'esternalizzazione nella pubblica amministrazione: la linea confine tra *in house providing* e *outsourcing*.**

Le considerazioni effettuate in merito all'oggetto del contratto di *outsourcing* e alle tutele sopra descritte in favore della parte debole del rapporto contrattuale devono essere tenute ferme per qualsiasi forma di esternalizzazione di un determinato settore aziendale, a prescindere dalla circostanza che il soggetto committente rivesta natura privata o pubblica.

Tuttavia, nel caso in cui il committente sia un ente pubblico<sup>206</sup> sarà necessario valutare quando la gestione del servizio informatico da parte di una diversa società

---

<sup>206</sup> Al riguardo appare opportuno precisare che il legislatore volontariamente non ha speso nessuna norma al fine dell'esatta qualificazione di un ente come pubblico. L'art. 1 TU sul pubblico impiego e l'art. 4 l. 70/75 rappresentano le uniche norme che forniscono referenti normativi al riguardo. La prima individua il concetto di ente pubblico in termini settoriali per identificare le p.a. datrici di lavoro; la seconda, invece, afferma il principio di legalità ai fini sia della creazione di un ente pubblico sia della conversione in ente pubblico di un preesistente soggetto privato. Ciò che *in primis* differenzia un ente pubblico da quello privato è il potere pubblicistico: anche quando l'ente pubblico svolge attività largamente o esclusivamente privatistica l'ente in commento detiene sempre il potere di autoregolamentazione e quindi di dettare le regole fondamentali della propria organizzazione interna. L'autotutela rappresenta una delle principali manifestazioni del potere pubblicistico. La p.a., infatti, ha il potere di rimediare da sola ai conflitti e di risolvere unilateralmente le controversie che possono opporla ai privati nonché, ai sensi degli artt. 21 *quinques* e 21 *nonies* l. 241 del 1990, revocare e annullare i provvedimenti illegittimi. Sebbene il legislatore abbia attribuito un ampio potere di autoregolamentazione agli enti pubblici, rispetto ai privati, di contro, a differenza di questi ultimi, la libertà di azione dell'ente pubblico soggiace a diverse limitazioni. Gli enti pubblici, infatti, sono sottoposti a controlli di varia natura diretti a valutare la legittimità dell'attività svolta e l'interesse pubblico perseguito. Quest'ultima affermazione rimanda alle leggi 19 e 20 del 1994 le quali assoggettano gli enti pubblici al controllo della Corte dei Conti. Nonostante gli ultimi interventi legislativi diretti ad ampliare la libertà negoziale degli enti pubblici, si tratta tutt'ora di un potere negoziale molto debole, soprattutto in ordine alla scelta dell'interlocutore essendo sottoposta a vincoli, regole e limiti pubblicistici diretti al rispetto del principio di trasparenza nella scelta del *partner* negoziale. L'art. 2, l. 400/88 individua un ulteriore limite per gli enti pubblici: il potere di annullamento straordinario del governo centrale di annullare qualsiasi atto amministrativo posto in essere da un ente pubblico (a eccezioni delle regioni) per ragioni di unità nazionale, vale a dire interessi pubblici essenziali. Infine, un ultimo limite riguarda la disponibilità dei beni. Anche in ambito comunitario non viene offerta una nozione di ente pubblico scolpita in modo univoco dalla legge, bensì una nozione variabile di ente pubblico attraverso il c.d. principio «dell'effetto utile». Tale principio permette che un ente sia definito pubblico o privato a seconda della disciplina settoriale coinvolta, con la conseguenza che, almeno nei settori toccati da interventi comunitari ci possa essere un ente pubblico qualificabile come tale solo in questi campi, mentre invece, nella generalità della sua azione non interessata da questa specifica nozione, permanga come un soggetto meramente privatistico.

dia effettivamente luogo all'*outsourcing* e quando, invece, ci si trovi di fronte all'*in house providing*<sup>207</sup>.

Con l'*outsourcing* l'ente Pubblico affida a una società terza la gestione di un determinato settore, che, nel caso d'interesse, è il settore informatico.

Con l'*in house providing*, in contrario, si ha l'autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, il che avviene quando quest'ultima, non ricorre al mercato, ma acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a soggetti esterni tramite gara<sup>208</sup>. Il perseguimento dell'interesse pubblico e delle risorse necessarie per il suo raggiungimento avviene, così, attraverso un'attività di tipo interno: non è presente alcuna forma di esternalizzazione; mancando una relazione intersoggettiva non vi può essere contratto.

L'*in house providing* costituisce, in un certo senso, una deroga al principio della libera concorrenza, ed esenta l'amministrazione-committente dall'instaurazione di una procedura a evidenza pubblica in caso di appalti pubblici di lavori, servizi, forniture a soggetti diversi dall'ente pubblico che richiede il servizio.

La mancata applicazione della procedura ad evidenza pubblica ha reso questa modalità di affidamento particolarmente controversa, tanto da divenire oggetto di una serie di interventi giurisprudenziali e, in particolare, la corretta delimitazione della fattispecie è frutto dell'evoluzione della giurisprudenza europea.

La Corte di Giustizia europea ha, innanzitutto, individuato i due i criteri di qualificazione dell'affidamento *in house*: la p.a. deve esercitare sull'ente che si occupa della fornitura del servizio un «controllo analogo» a quello esercitato sui propri servizi e lo svolgimento da parte del fornitore di gran parte della propria attività in favore dell'amministrazione medesima<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Non si può prescindere da una corretta distinzione fra *outsourcing* e *in house provisioning*, in quanto il fenomeno dell'esternalizzazione interessa le p.a. con la stessa intensità con cui interessa le imprese pubbliche, così M.J. VAQUERO PINTO, *Otros: gestión y servicios profesionales*, cit., p. 3971.

<sup>208</sup> L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel panorama europeo nel Libro Bianco, Commissione Europea sugli appalti pubblici, COM (1998) 143, Bruxelles 11 marzo 1998, ove viene chiarito che per appalti *in house* devono essere intesi «quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata».

<sup>209</sup> Tali criteri vengono forniti in ambito giurisprudenziale dalla nota sentenza della Corte giust., 18 novembre 1999, c-107/98, Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale

Il requisito del controllo analogo deve essere inteso quale «rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, a una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario»<sup>210</sup>.

Così, la giurisprudenza europea è giunta ad escludere la necessaria applicazione delle norme in tema di evidenza pubblica anche qualora un soggetto pubblico attribuisca la gestione di uno specifico servizio a una diversa società sulla quale l'amministrazione eserciti un controllo analogo congiuntamente ad altri enti pubblici. I modelli associativi commerciali, infatti, non alterano in alcun modo i meccanismi di

---

(AGAC) di Reggio Emilia, in <http://curia.europa.eu>, in cui si è dato leggere che al ricorrere di tali requisiti, non solo non si ha esternalizzazione, ma non si ha neanche contratto, in quanto il controllo analogo quello esercitato sui propri servizi da parte dell'amministrazione sulla società<sup>209</sup> fornitrice dei servizi, priverebbe quest'ultimo della propria autonomia: manca, dunque, una relazione intersoggettiva che dà luogo a un contratto. Tuttavia, non si ritiene requisito necessario quello per il quale l'aggiudicatario della fornitura del servizio non sia un soggetto autonomo rispetto all'amministrazione, ben potendo quest'ultima svolgere il c.d. controllo analogo anche su soggetti pubblici terzi. In tal modo si è espressa la giurisprudenza comunitaria, la quale ha statuito la non obbligatorietà dell'indizione di una gara pubblica, conformemente alle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, anche nell'ipotesi in cui l'affidatario sia un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, purché siano soddisfatte le condizioni del controllo analogo e dello svolgimento della maggioranza della propria attività verso l'amministrazione medesima, così Corte giust., 17 luglio 2008, c-371/05, *Commiss. Ce c. Gov. Italia*, in *Urb. app.*, 2008, p. 1401, con nota di C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, il quale limpidamente afferma che l'affidamento diretto è ammesso tutte le volte in cui un Ente pubblico affida la gestione di un servizio, al di fuori del sistema della gara, a una società esterna la quale costituisca una «derivazione» o *longa manus* dell'ente stesso. I requisiti forniti dalla sentenza *Teckal* sono stati positivizzati nell'ordinamento spagnolo all'art. 24 della *Ley* 30 ottobre 2007, *de Contratos de sector públicos*, il quale dispone che «*A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores o stentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirle se encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entina pública de la que dependan*». Come osserva F. PLEITE GUARDAMILLAS, *El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de contratos del sector público. Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores*, Madrid, 2010, p. 141, una delle novità della norma è la presunzione di controllo analogo, presunzione, tuttavia, che rischia di porsi in contrasto con l'interpretazione restrittiva del requisito propria della giurisprudenza europea. In ogni caso, l'affidamento *in house* nell'ordinamento spagnolo è consentito unicamente nell'ipotesi in cui il valore del servizio sia pari o inferiore a 4.845.000 euro. Stesso limite era stato previsto dalla disciplina italiana, che con l'art. 4 d.l. 138/2012 negava l'*in house providing*, ove il valore del servizio fosse stato superiore a euro 200.000,00. La norma, tuttavia, venne dichiarata costituzionalmente illegittima (cfr. Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 199, in *Giust. it.*, 2013, p. 275, con nota di G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*) in quanto riproduttiva della disciplina di cui all'art. 23-bis, d.l. 112/2008, conv. in l. 133/08, abrogato con referendum del 12 e 13 giugno 2011.

<sup>210</sup> La definizione è fornita dalla Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie 19 ottobre 2001, n. 12727, in G.U.R.I., 13 novembre 2001, n. 264.

controllo; non è rilevante che il controllo sia individuale, quanto piuttosto che sia effettivo. Ancorando la nozione di controllo analogo alla partecipazione maggioritaria nella società che gode dell'attribuzione del servizio, si rischierebbe di svuotare il concetto stesso di controllo analogo. Per l'aggiudicazione diretta occorre, pertanto, che il controllo sia funzionale, strutturale ed effettivo, ma non necessariamente individuale<sup>211</sup>.

Discussioni sono sorte sulla presenza del fenomeno di *outsourcing*, quando il controllo sia effettuato congiuntamente da persone pubbliche e persone private. In quest'ultimo caso, si parla di società miste, il cui capitale sociale è detenuto in parte da soggetti pubblici e in parte da soggetti privati. Orbene, i giudici di Lussemburgo hanno negato che la p.a. possa esercitare un controllo analogo a quello sui propri servizi sulle società miste, in quanto la partecipazione di privati al capitale fa sì che la società affidataria si muova secondo logiche d'impresa e non in vista del perseguimento dell'interesse pubblico<sup>212</sup>. Soluzione poi abbandonata, come si vedrà, dalla più recente direttiva in tema di contratti pubblici, recepita in Italia con il d.lg. 18 aprile 2016, n. 50<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> Sulla coerenza fra la gestione *in house* e le società pluripartecipate. *ex multis* Corte giust., 29 novembre 2011, c-182/11 e 183/11, Econord S.p.a. c. comuni di Cagno e Varese e comuni di Solbiate e Varese, in *Urb. app.*, 2013, p. 307, con nota di F. LEGGIADRO, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*, in senso conforme si esprime anche la giurisprudenza amministrativa, la quale, nel ribadire che il controllo deve essere effettivo, chiarisce che «il requisito del controllo analogo deve essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, essendo quindi sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente», così Cons. St., 8 marzo 2011, n. 1447, in *Urb. app.*, 2011, p. 957, con nota di F. LEGGIADRO, *Gli affidamenti in house alle società pubbliche partecipate*.

<sup>212</sup> La problematica dell'affidamento diretto alle società miste è stata esaminata scrupolosamente dalla Corte giust., 11 gennaio 2005, c-26/03, Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermis che Restabfall, in *Urb. app.*, 2005, p. 288, con nota di R. DE NICTOLIS, *La Corte Ce si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, la quale ha evidenziato come la presenza di interessi privati distoglie dal perseguimento dell'interesse pubblico e, pertanto, non si può parlare di controllo analogo a quello esercitato dalla p.a. sui propri servizi.

<sup>213</sup> Il d.lg. 50/2016 prevede, infatti, all'art. 5, che non si applichi la disciplina sugli appalti pubblici aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o privato, quando vi sia il requisito del controllo analogo; oltre l'80% dell'attività della controllata sia dedicato allo svolgimento dei compiti ad essa affidati dalla controllante; la controllata non presenti partecipazione diretta di capitali privati, fatta eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dal legislatore nazionale e che non eserciti un'influenza dominante. Il citato decreto ha così innovato la disciplina dell'*in house*, anche mediante l'istituzione presso l'Anac di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di società *in house*, allo scopo di garantire adeguata pubblicità e trasparenze nei contratti pubblici.

Sul presupposto che l'affidamento *in house* costituisca una deroga al principio di concorrenza e trasparenza del mercato, la giurisprudenza ha dato al requisito di cui sopra una lettura restrittiva e, pertanto, ha limitato l'affidamento diretto esclusivamente a quegli enti che possano essere considerati interni alla pubblica amministrazione, ma non certo ai terzi privati, relativamente i quali vigono le disposizioni sulla concorrenza nel mercato. L'affidamento diretto a società miste avrebbe, infatti, l'effetto di falsare il gioco della concorrenza.

Si è ritenuto, inoltre, che si rientri nell'ipotesi di *outsourcing* nell'ipotesi in cui la società affidataria sia sì interamente partecipata da soggetti pubblici, ma abbia una vocazione commerciale. Detta vocazione è stata individuata attraverso i seguenti indici: ampliamento dell'oggetto sociale ad altri settori; previsione di clausole statutarie che prevedano l'obbligatoria apertura della compagine sociale a soggetti privati, fuori dai casi ora ammessi; possibilità per l'affidatario di svolgere la propria attività anche all'estero; conferimento al consiglio di amministrazione di amplissimi poteri che può esercitare autonomamente<sup>214</sup>.

Appare chiaro, allora, che il concetto di controllo analogo non sia equivalente al concetto di posizione dominante. Esso presuppone qualcosa in più rispetto a quest'ultimo, e in particolare una dipendenza strutturale che si verifica quando l'amministrazione ha il potere di designare i membri del consiglio di amministrazione e di influire sulle scelte strategiche. Pertanto, se dallo statuto dell'ente emergono degli indici, seppur differenti da quelli di cui sopra, da cui è possibile dedurre che il venir meno del controllo analogo, sarà necessario ricorrere alla procedura a evidenza pubblica.

---

<sup>214</sup> Così Corte giust., 13 ottobre 2005, c-485/03, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 3, con nota di C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, ove si è dato alla nozione di controllo analogo una lettura interpretativa globale. I giudici di Lussemburgo non si preoccupano, infatti, di fornire i criteri oggettivi per stabilire quando si resti nel perimetro dell'*in house providing* e quando, invece, si ricada nell'*outsourcing* piuttosto esprime un diverso principio, in virtù del quale occorre valutare tutti gli indizi nella loro complessità al fine di stabilire il grado di autonomia dell'operatore economico. Osserva compiutamente J.J.PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Madrid, 2008, p. 125, che nella sentenza *Stadt Halle* la giurisprudenza comunitaria fornisce un'interpretazione teologica del concetto di controllo analogo, in quanto ritiene la partecipazione di privati comporta una deviazione dell'attività dell'ente dai suoi fini, meramente pubblicistici. Diversamente, con la sentenza *Parking Brixen* realizza «una interpretación estructural», perfettamente razionale, se si tiene conto che la Corte ha basato la propria decisione su presupposti di fatto, quali la partecipazione al capitale della società affidataria di sole imprese pubbliche e, pertanto, la mancanza di un interesse di tipo individuale.

Sempre in tema di distinzione fra *outsourcing* e *in house providing* occorre dare atto di un'ulteriore questione, affrontata dalla Corte di Giustizia nella c.d. sentenza *Carbotermo*, ossia il tema del controllo indiretto.

Segnatamente, i giudici lussemburghesi hanno astrattamente riconosciuto come legittimo che il controllo venga effettuato solo indirettamente sull'affidataria, attraverso l'intermediazione di una società interamente detenuta dall'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, hanno chiarito che la circostanza per la quale il controllo indiretto sia esercitato mediante una *holding* interamente controllata dall'ente pubblico, non è sufficiente a legittimare l'affidamento diretto, ove il consiglio di amministrazione non abbia effettivi poteri gestori<sup>215</sup>.

La Corte di giustizia, dunque, restringe l'ambito del controllo analogo attraverso una lettura sostanziale e non formale del concetto medesimo. Si cadrà, così, nel perimetro dell'*outsourcing*, tutte quelle volte in cui l'amministrazione non possa esercitare sull'affidataria una reale influenza sulle scelte decisionali e strategiche, ma assuma nei confronti dell'affidataria la medesima posizione dei soci di maggioranza privi di poteri amministrativi.

Ancóra, i giudici europei si preoccupano di precisare il contenuto del secondo requisito richiesto dalla sentenza *Teckal*, lo svolgimento, da parte della società affidataria, della parte più importante della propria attività verso l'ente, c.d. requisito del collegamento funzionale o operativo. Per godere dell'affidamento diretto la società affidataria dovrà esercitare quasi esclusivamente la propria attività verso la pubblica amministrazione, mentre la possibilità di intraprendere rapporti contrattuali con diverse persone fisiche o giuridiche deve essere del tutto marginale<sup>216</sup>. I criteri per verificare la sussistenza di siffatto requisito sono sia quantitativi che qualitativi. A essere determinante è il fatturato, e in particolare il fatturato che, per usare le parole

---

<sup>215</sup> Cfr. Corte giust., 11 maggio 2006, c-340/04, *Carbotermo S.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio, AGESP S.p.a. e Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI)*, in *Urb. app.*, 2006, p. 1047, con nota di P. LOTTI, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, il quale, nel condividere i principi enunciati dal giudice europeo, chiarisce che l'esigenza di ridurre la portata applicativa dell'*in house providing*, il quale ritiene che coerentemente con l'assetto concorrenziale imposto dalla normativa europea, la Corte ha relegato l'*in house providing* a un'ipotesi eccezionale, svuotandola di fatto di ogni portata applicativa.

<sup>216</sup> Sul punto, si v. G. GUZZO, *Società miste ed affidamenti in house, nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009, p. 92 secondo il quale già da una analisi letterale della pronuncia al vaglio, che utilizza l'espressione «sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione» è facile dedurre che il concetto di prevalenza va identificato con il concetto di esclusività.

della stessa Corte, «l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni». Inoltre, qualora si tratti di controllo analogo congiunto, l'attività dell'impresa affidataria dovrà essere svolta in maniera prevalente/esclusiva nei confronti di tutte le amministrazioni controllanti, complessivamente considerate<sup>217</sup>.

Con riferimento al requisito del collegamento funzionale o operativo è intervenuta recentemente la già citata direttiva 24/2014/CE, la quale recepisce l'evoluzione giurisprudenziale sul tema e fornisce alcuni elementi di specificazione<sup>218</sup>.

La direttiva in esame, dopo aver confermato che l'affidamento diretto è ammesso quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'aggiudicataria un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, si concentra sul requisito del collegamento funzionale o operativo e afferma che almeno l'80% dell'attività della persona giuridica controllata deve essere dedicato ai compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da persone giuridiche comunque controllate dalla medesima amministrazione aggiudicatrice. Viene in tal modo fornito un criterio oggettivo per valutare quando la società affidataria eserciti prevalentemente la propria attività presso l'amministrazione committente.

La direttiva 24/2014/CE introduce, inoltre, un altro elemento di novità: l'apertura all'ingresso dei privati nella società affidataria.

Nello specifico, si ammette la partecipazione nella persona giuridica controllata di capitali privati quando detta partecipazione non comporti né un controllo né un diritto di veto. Dunque, la partecipazione di privati nella compagine sociale dell'affidataria non comporta automaticamente l'obbligo della procedura a evidenza pubblica, ma sarà necessario valutare gli effettivi poteri gestionali di cui gode il socio persona privata<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Sottolinea la portata innovativa di tale decisione P. LOTTI, *o.c.*, laddove evidenzia che il giudice europeo dà rilevanza a un collegamento di tipo funzionale, piuttosto che territoriale, collegamento che può manifestarsi in via bilaterale, quando vi è un'unica amministrazione che detiene il controllo analogo, ovvero in via multilaterale, quando si è in presenza di più enti controllanti.

<sup>218</sup> La direttiva 24/2014/CE e la direttiva 23/2014/CE sull'aggiudicazione dei contratti di concessioni sono le prime a codificare in ambito europeo, con norme gemelle, i requisiti della sentenza *Teckal*.

<sup>219</sup> Il giudice amministrativo ha negato che la direttiva in commento possa essere considerata self-executing, posto che è ancora in corso il termine per l'attuazione da parte degli Stati membri, pertanto,

Resta sullo sfondo un ultimo interrogativo: l'*in house providing* costituisce un'eccezione alla regola generale dell'*outsourcing* ovvero è una modalità di gestione avente anch'essa carattere generale?

Non è, infatti, indifferente ritenere che resti nella discrezionalità dell'ente pubblico scegliere fra l'esternalizzazione o l'affidamento diretto, ove ne ricorrano le condizioni ovvero che le pubbliche amministrazioni abbiano l'obbligo di rivolgersi al mercato per la fornitura dei servizi di cui necessitano, e quindi che il ricorso alla società *in house* rappresenti un'eccezione alla regola generale. In quest'ultimo caso, infatti, l'affidamento diretto sarà ammissibile unicamente ove non sia agevole, soprattutto in termini economici, il ricorso al mercato.

La questione, invero, è stata risolta ancora una volta dalla giurisprudenza comunitaria la quale ha chiarito che le norme in tema di procedura a evidenza pubblica non impongano il ricorso al mercato, ma semplicemente implicano che qualora a esso si ricorra, venga instaurata una gara ispirata ai principi di libera concorrenza e trasparenza<sup>220</sup>. Non vi è, infatti, alcun obbligo per le pubbliche amministrazioni di rivolgersi a terzi per la fornitura dei servizi di cui necessitano. È ferma la possibilità di adempiere i propri doveri, al fine del raggiungimento dell'interesse pubblico, attraverso mezzi propri e risorse interne, fra le quali rientrano senz'ombra di dubbio le società *in house*.

Alla luce di quanto fin ora esposto, appare chiaro che la scelta fra *in house providing* e *outsourcing* e la corretta qualificazione della gestione di un determinato servizio da parte di una diversa società sono questioni di non poco momento, posto che profonde sono le differenze che derivano fra le due fattispecie.

---

al momento non vi è un dovere di immediata applicazione ed un obbligo di interpretazione conforme, ma unicamente il divieto di porre in essere interpretazioni che possano pregiudicare gli scopi prefissati con l'emanazione della direttiva medesima. Sulla base di tali considerazioni ha escluso che sia immediatamente operativa la possibilità di partecipazione di capitali privati *in house*, così Cons. St., 26 maggio 2015, n. 2660, in *Foro amm.*, 2015, c. 5.

<sup>220</sup> Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04, Associaz. naz.autotrasp. viaggiatori c. Com. Ba, in *Giust.it.*, 2006, p. 2173, con nota di E. ROLANDO, *Gestione dei servizi pubblici locali: affidamento «in house» o procedura ad evidenza pubblica? La scelta agli Enti locali*. L'Autore nel commentare la sentenza al vaglio, che rimette la decisione tra l'affidamento diretto e la procedura ad evidenza pubblica alla discrezionalità dell'Ente pubblico, enfatizza il ruolo di quest'ultimo, sostenendo che, nell'ambito delineato dalla Corte di Giustizia, giunge ad assumere il ruolo di «creatore e regolatore del mercato». L'opinione avversa è stata sostenuta da parte della dottrina, che afferma la natura residuale dell'*in house providing*, alla luce della circostanza che l'affidamento diretto costituisce una deroga alla normativa sulla libera concorrenza nel mercato, così C. ALBERTI, *La società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Istituzioni del federalismo: Rivista di studi giuridici e politici*, 2011, fasc. 2, p. 23.

Sembra opportuno, a questo punto, ai fini di una maggiore completezza espositiva, esaminare, seppur brevemente alcune delle differenze che interessano le due diverse modalità di gestione in commento. Come piú volte accennato, la distinzione fra *outsourcing* e affidamento *in house* non attiene al contenuto del contratto o agli obblighi d'informazione, bensì alla fase relativa alla formazione del contratto, la quale a sua volta incide su aspetti di profondo interesse del contratto di *outsourcing*, quale la possibilità di revisione del contratto in presenza di circostanze sopravvenute.

Con specifico riguardo al primo degli aspetti soprammenzionati, occorre precisare che la fase di formazione del contratto è alquanto differente rispetto le imprese private. Il procedimento relativo la formazione di un contratto stipulato da un soggetto pubblico deve infatti essere ricondotto a due fasi completamente distinte fra loro: la prima disciplinata dal diritto amministrativo, chiamata a evidenza pubblica<sup>221</sup>, la seconda regolamentata dalle norme di diritto privato<sup>222</sup>.

La procedura a evidenza pubblica, sulla spinta del diritto comunitario<sup>223</sup>, è volta a garantire la tutela di un duplice interesse: quello della p.a., consistente nella stipulazione di un contratto che garantisca le migliori prestazioni a un prezzo economicamente piú vantaggioso, e quello imprenditoriale alla libera concorrenza del

---

<sup>221</sup> L'espressione è ricondotta a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 2ª ed., Milano, 1988, p. 797, il quale chiarisce le ragioni pratiche che hanno indotto il legislatore a introdurre tale fattispecie contrattuale, le quali possono essere rinvenute nella necessità di porre un freno agli abusi dei fornitori dello stato, ed in particolare quelli militari, ed altresì per una ragione di coerenza con il sistema di diritto amministrativo e segnatamente con il principio di legalità.

<sup>222</sup> *Contra* G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990, p. 79, il quale non scompone i contratti ad evidenza pubblica in due fasi distinte, bensì li considera «atti amministrativi negoziali», ossia atti a regime amministrativo ma a contenuto negoziale, in quanto valgono a esprimere il consenso della pubblica amministrazione ed a fondere con il consenso della controparte, giungendo così alla conclusione dell'accordo.

<sup>223</sup> Il rapporto fra diritto nazionale e diritto comunitario non è considerato idilliaco dalla dottrina unanime. Non è mancato, infatti, chi ha rilevato i molteplici problemi che l'adattamento del sistema italiano degli appalti pubblici a quello comunitario ha creato nel tempo; cfr. E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA. VV., *I contratti di appalto pubblico*, C. Franceschini (a cura di), Torino, 2010, p. 29, il quale osserva che mentre per il diritto comunitario il contratto di appalto pubblico non è altro che un negozio di diritto privato preceduto da una fase di attribuzione meramente strumentale, nel sistema italiano l'appalto è suddiviso in due fasi, di cui la prima, la procedura di attribuzione, di matrice spiccatamente pubblicistica, la seconda di natura privatistica. Sulla diversità di ragioni fra l'ordinamento interno e l'ordinamento comunitario sottese all'adozione di una procedura ad evidenza pubblica si v. anche B. COSSU, *Le procedure ad evidenza pubblica*, in AA. VV., *Il contratto*, P. Fava (a cura di), Milano, 2012, p. 2200, secondo la quale mentre il diritto italiano mira alla convenienza amministrativa ed al piú economico utilizzo delle risorse finanziarie pubbliche impiegate, nella legislazione comunitaria prevalgono ragioni di garanzia dell'opportunità imprenditoriale, sia sotto il profilo della libertà di stabilimento che della libertà di prestazione di servizi.

mercato e a tal fine è caratterizzata da una serie di obblighi cui deve sottostare la pubblica amministrazione nella scelta della controparte contrattuale, soprattutto in tema di appalto, che, come sopra chiarito, rappresenta la figura contrattuale tipica cui può essere ricondotto l'*outsourcing*.

Orbene, la fase pubblicistica ha inizio con la delibera a contrarre, assunta dall'impresa appaltante, la quale successivamente pubblica il bando di gara, cui fa seguito l'aggiudicazione, provvisoria e definitiva, l'approvazione e la stipulazione del contratto. Inizia, così, la fase regolamentata dal diritto privato, che attiene all'esecuzione del rapporto<sup>224</sup>.

### **1.9 Segue. Appalti pubblici e *ius variandi*.**

Sebbene l'esecuzione del rapporto debba sottostare alle regole di diritto privato, le direttive comunitarie dettate in tema di appalti prevedono una disciplina speciale, di cui l'ente pubblico dovrà tener conto ove voglia esternalizzare l'intero settore informatico. Il diritto europeo, infatti, nel tentativo di armonizzare il diritto amministrativo dei diversi Stati membri, ha inciso su diversi aspetti contrattuali, prevedendo una disciplina *ad hoc*.

È il caso dello *ius variandi*.

Preliminarmente, giova osservare che i contratti amministrativi rappresentano il primo settore in cui si manifesta un'apertura verso la rinegoziazione nel caso in cui sorgano delle sopravvenienze, basti pensare al R.D.L. 20 giugno 1915 n. 890, il quale ha conferito alla pubblica amministrazione la facoltà di sostituire «con apprezzamento insindacabile» clausole o pattuizioni non più eseguibili<sup>225</sup>.

Attualmente, il codice dei contratti pubblici prevede all'art. 106 una disciplina che sembra richiamare quella, in precedenza esaminata in tema di contratti privati, di cui all'art. 1664 c.c. Entrambe le disposizioni prevedono, infatti, la revisione del

---

<sup>224</sup> Cfr. B. COSSU, *o.c.*, p. 2200.

<sup>225</sup> Così P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 340, il quale ha osservato che mentre nei sistemi di *Common law* non vi è una disciplina specifica per i contratti amministrativi e pertanto a essi si applicano le normali regole dettate in materia di appalto, nei paesi di *Civil law* la prima erosione dell'originaria assolutezza delle obbligazioni contrattuali si è avuta nel settore dei contratti pubblici.

prezzo nel caso in cui i costi per l'esecuzione dell'opera o del servizio aumentino in misura notevole nel corso del rapporto. Tuttavia, fra le norme in commento vi è una differenza di non poco momento: l'art. 106 è norma indisponibile. Non è, dunque, ammessa la possibilità per la p.a. committente di escludere pattiziamente siffatta revisione, a differenza di quanto, invece, avviene nell'ipotesi di appalto contratto tra imprese private. L'inderogabilità della norma è dovuta a esigenze di tutela della stazione appaltante, che potrebbe risentire eccessivamente dello squilibrio di potere economico esistente fra gli enti pubblici e le persone giuridiche di diritto privato<sup>226</sup>.

In ogni caso, dette variazioni saranno ammissibili e non richiederanno una nuova procedura di affidamento, nel caso in cui la modifica sia resa necessaria a causa di circostanze impreviste o imprevedibile per i contraenti e non venga alterata la natura generale del contratto. Il presente limite è previsto in conformità con quanto stabilito nell'art. 1661 c.c., ove, come in precedenza esaminato, ammettono le sole variazioni che rientrino nel perimetro della natura dell'opera<sup>227</sup>.

Posto che il codice dei contratti pubblici sembra interessarsi al tema delle variazioni<sup>228</sup>, allora, è lecito domandarsi se nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica sia affermato un più generale principio di rinegoziazione.

La risposta all'interrogativo presuppone un ponderato bilanciamento di interessi.

Da un lato, infatti, vi è l'interesse alla conservazione del contratto, il quale può trovare il proprio fondamento nel principio di economicità di cui agli artt. 1, l. 241

---

<sup>226</sup> Sull'inderogabilità della revisione prezzi nei contratti pubblici si è espressa la giurisprudenza tradizionale, dichiarando la nullità di qualsiasi patto teso a escludere o modificare la disciplina legale, in quanto si tratta di una norma imperativa, così Cons. giust. amm. Sic., 24 novembre 1988, n. 191, in *Giur. amm. sic.*, 1989, p. 24. Sul punto, chiarisce inoltre T.A.R. Umbria, 07 giugno 2008, n. 247, in *Urb. App.*, 2008, p. 1176, il quale ha statuito che la necessità di ricorrere a varianti e sopportare maggiori costi e ritardi nella realizzazione delle opere deve fare i conti con la circostanza che la correttezza del progetto esecutivo a base della gara è volta a garantire parità di trattamento tra i concorrenti, messi in grado di presentare offerte omogenee quanto all'oggetto contrattuale, e a evitare distorsioni sotto il profilo della ricaduta sulla spesa pubblica

<sup>227</sup> Altro limite di tipo quantitativo, volto a prevenire comportamenti fraudolenti delle imprese aggiudicatrici che pur di concludere il contratto offrivano prezzi notevolmente bassi, salvo poi prolungare la prosecuzione dell'opera e richiedere una maggiorazione del corrispettivo, è quello del 5% del prezzo di aggiudicazione per ogni anno previsto per l'ultimazione dei lavori, c.d. contratto a prezzo chiuso.

<sup>228</sup> Si precisa che per rinegoziazione deve essere intesa la modifica del regolamento contrattuale nel corso della sua esecuzione e non la modifica di singole clausole dell'offerta contrattuale, in quest'ultima ipotesi è evidente che non vi può essere adeguamento del contratto in quanto nessun contratto è concluso.

del 1990 e 2, d. lg. 163 del 2006. Dall'altro, invece, occorre tener conto del principio di libera concorrenza, che penetra l'intera disciplina dei contratti ad evidenza pubblica, ma soprattutto la fase iniziale, ossia quella dell'aggiudicazione della gara.

Poiché la gara è aggiudicata dall'impresa che offre un servizio o un'opera economicamente più vantaggiosa, un'eventuale rinegoziazione del contratto, che renda il servizio o l'opera offerti meno vantaggiosi di quanto inizialmente previste o che addirittura la rendono tale offerta meno vantaggiosa di quelle presentate dalle altre imprese, può essere ritenuta lecita?

La giurisprudenza amministrativa<sup>229</sup> sembra orientata verso l'immodificabilità delle condizioni contenute nella proposta aggiudicataria. Un'eventuale revisione del contenuto negoziale, infatti, andrebbe ad incidere proprio su ciò che ha determinato la legittimazione dell'impresa a contrarre con la pubblica amministrazione.

In altri termini, la rinegoziazione delle condizioni contrattuali avrebbe quale effetto quello di trasformare una procedura a evidenza pubblica in una procedura negoziata<sup>230</sup>. E ciò non solo quando la revisione sia in senso favorevole alla stazione appaltante, ma altresì nell'ipotesi in cui si tratti di modifiche *in peius*, poiché qualsiasi modifica di un elemento essenziale comporta la distorsione della procedura a evidenza pubblica, dato che a diverse condizioni di fatto corrisponde un diverso sviluppo della gara e probabilmente una diversa componente partecipativa alla gara medesima<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Cfr. Cons. Stato 13 novembre 2002 n. 6281, in *Urb. app.*, 2003, p. 577, secondo cui «la rinegoziazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione comporta una violazione delle norme inderogabili che presidono il corretto svolgimento delle procedure a evidenza pubblica (che vengono surrettiziamente trasformate in trattative private) e il suo risultato contrattuale è radicalmente nullo»; in senso conforme, *inter alios*, T.A.R. Lazio Roma 2006 n. 2883, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale, dopo aver precisato che le norme in tema di procedura di evidenza pubblica sia all'esigenza della p.a. di ottenere la fornitura di beni e servizi nella maniera più vantaggiosa, sia all'esigenza di tutti i soggetti di partecipare alla distribuzione delle risorse pubbliche attraverso la partecipazione a una gara svolta in regime di libera concorrenza, ha confermato la nullità della transazione con cui si modificano le condizioni dell'aggiudicazione, in quanto in violazione di norme imperative e non derogabili sulla capacità dell'Ente di appartenenza.

<sup>230</sup> In questo senso si sono espressi R. DE NICOTILIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, M.A. Sandulli, R. de Nicotlis e R. Garofali (diretto da), Milano, 2008, p. 1798, i quali sostengono che l'adeguamento negoziale alle evenienze sopravvenute alla conclusione del contratto altro non sarebbe che uno strumento distorsivo della stessa funzione della gara, in quanto i concorrenti dovrebbe inglobare nella gara nelle offerte il rilievo economico insito nella successiva rinegoziazione.

<sup>231</sup> La giurisprudenza amministrativa sostiene al riguardo che un mutamento degli elementi essenziali del contratto, quali il prezzo, anche se in diminuzione, comporta uno svilimento dell'intera

Nel negare cittadinanza agli strumenti manutentivi nei contratti pubblici si è fatto ricorso, altresì, alla presunta mancata capacità di agire dell'ente. Costituisce orientamento consolidato nella giurisprudenza amministrativa quello secondo il quale le persone giuridiche pubbliche, nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica, godono di autonomia negoziale nei limiti previsti dalla legge; conseguentemente, vi è una incapacità di agire per tutte le ipotesi che si discostano da quanto espressamente previsto, come nel caso di modifiche convenzionali a un contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione di una gara<sup>232</sup>.

Tuttavia, l'interrogativo, poiché presuppone un bilanciamento fra diversi principi, non ha ottenuto risposta unanime.

È maturato in dottrina un diverso indirizzo interpretativo che guarda con favore a un'apertura verso la rinegoziazione, seppur con certi limiti, partendo dall'analisi della norma racchiusa nell'art. 143 del previgente codice dei contratti pubblici, il d.lg. 163/2006. La norma, infatti, prevedeva, in tema di concessioni di lavori pubblici, la revisione del piano economico finanziario qualora la stazione appaltante imponga variazioni che incidano sul piano medesimo, ferma restando la facoltà di recesso in caso di mancata revisione. Orbene, questa dottrina, forte di un orientamento giurisprudenziale conforme<sup>233</sup>, ritiene che quanto previsto dalla norma *de qua* costituisca un «meccanismo generale», espressione di un sistema connotato da

---

procedura attraverso il mutamento delle condizioni di fatto su cui si sono basate le offerte, tali da alterare i risultati della gara, così *ex multis* Cons. Stato, 18 gennaio 2006 n. 126, in *Foro Amm. Cons. Stato*, 2006, p. 168; T.A.R. Lazio 24 febbraio 2005 n. 1467, in *Giust. amm.*, 2005, p. 202.

<sup>232</sup> Cfr. T.A.R. Lazio Roma 2006 n. 2883, *cit.*, il quale ha statuito che «per gli Enti Pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Ente ma è, invece, è strettamente correlata allo svolgimento da parte degli organi competenti di procedure concorsuali definite in modo compiuto dal legislatore. L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente riservato, nei rapporti tra soggetti privati, alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà di essi soggetti. In altri termini nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli Enti Pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti Enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati (Cons. Stato, Ad. Gen. n. 2 del 17 febbraio 2000)»; in senso conforme v. Cons. Stato 13 novembre 2002 n. 6281, *cit.*; Cons. Stato, 18 gennaio 2006 n. 126, *cit.*;

<sup>233</sup> Cfr. T.a.r. Toscana 30 novembre 2001 n. 1716, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale afferma che la normativa in commento recepisce il principio di conservazione dell'equilibrio economico-finanziario di quanto stipulato, attraverso il mantenimento delle condizioni e dei presupposti che lo determinano.

un'estrema flessibilità. Questo meccanismo generale, espressamente previsto per le concessioni di lavori pubblici, appare estremamente vicino alla disciplina civilistica di cui all'art. 1467 c.c., relativa ai contratti sinallagmatici a esecuzione periodica o continuata, di tal ch  si pu  concludere per l'applicabilit  della disposizione da ultimo citata anche ai contratti di appalto di opere o servizi pubblici<sup>234</sup>.

Detta posizione, bench  allo stato sia minoritaria, pu  essere condivisa anche tenendo conto delle recenti direttive europee. La gi  citata direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, nel considerando 107 afferma l'obbligatoriet  di una nuova procedura di appalto unicamente per le modifiche sostanziali al contratto iniziale, precisamente modifiche all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di propriet  intellettuale. Tali modifiche, infatti, secondo il legislatore europeo celano la volont  di modificare elementi essenziali del rapporto contrattuale, eludendo in tal modo la procedura a evidenza pubblica.

La direttiva 2014/24/UE fa per  salve quelle modifiche che comportano una riduzione del valore del contratto. Andranno, pertanto, previste, al fine di assicurare certezza giuridica, delle soglie «*de minimis*» al di sotto delle quali non sar  necessario l'espletamento di una nuova procedura volta alla conclusione di un diverso contratto di appalto. La disposizione, dunque, si pone in contrasto con la tesi, precedentemente esposta, secondo la quale va negata la possibilit  anche solo di una modifica in *peius* per il fornitore del servizio, in quanto comporterebbe una distorsione della gara, alterandone i risultati.

Ma la fonte comunitaria prevede anche altre ipotesi in cui vanno ammessi gli strumenti manutentivi.

Segnatamente, il legislatore europeo ha ammesso la modifica dell'originario contratto di appalto, qualora l'Amministrazione, nel corso del rapporto negoziale,

---

<sup>234</sup>   questa l'opinione di S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 512, il quale conclude per l'applicazione dell'art. 1467 c.c. ai contratti di appalto di opere o servizi pubblici, anche sulla base dell'apparente irrazionalit  fra la disciplina delle concessioni di pubblici lavori e quella dettata in tema di appalto. Per l'Autore, infatti, non avrebbe senso prevedere la rinegoziazione unicamente nelle prime fattispecie contrattuali citate non anche nelle seconde, in quanto le concessioni pubbliche sono caratterizzate da un grado di intensit  pi  intenso rispetto agli appalti.

necessiti di ulteriori servizi, complementari al servizio principale oggetto del contratto. I servizi complementari che potranno essere aggiunti in mancanza di una nuova gara sono destinati al rinnovo parziale oppure all'ampliamento di servizi, forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare materiali, lavori o servizi con caratteristiche tecniche differenti il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate.

Quel che più interessa però è il considerando 109 del provvedimento europeo, ove viene espressamente preso in considerazione l'insorgere di eventi imprevedibili, nel corso di un appalto a lungo termine, ritenendo necessario in questa ipotesi una «certa flessibilità»<sup>235</sup>. Precisa, quindi, che per eventi imprevedibili devono essere intesi quegli eventi che neanche una diligente e ragionevole preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto prevedere, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. L'adeguamento del contratto, tuttavia, sarà ammesso unicamente nell'ipotesi in cui non comporti una modifica della natura generale dell'appalto, ad esempio ove vengano modificati i servizi oggetto dell'appalto medesimo ovvero un cambiamento del tipo di appalto, poiché in questo caso si presume un'alterazione del risultato della gara.

Ancóra, sul punto, è d'obbligo un riferimento al recente d.l. 24 aprile 2014 n. 66, convertito in legge 23 giugno 2014 n. 89, rubricato «misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale»<sup>236</sup>. In un'ottica di riduzione della spesa pubblica l'art. 8, comma 8, del citato provvedimento prevede la facoltà, in capo alle amministrazioni, di ridurre per il limite massimo del 5%, i corrispettivi previsti per i contratti di fornitura già in essere, tra cui rientrano senza ombra di dubbio i contratti

---

<sup>235</sup> Testualmente il considerando 109 della direttiva 2014/18/CE statuisce che «in questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto».

<sup>236</sup> Il d.l. 24 aprile 2014 n. 66 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 95 del 24 aprile 2014 ed è entrato in vigore il giorno medesimo di pubblicazione. La fonte di cognizione della legge di conversione, invece, è la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 143 del 23 giugno 2014.

di *outsourcing*, lasciando alle parti altresì la facoltà di rinegoziare il contenuto del regolamento contrattuale.

Quanto alla p.a. viene, però, bilanciato dal riconoscimento del diritto di recesso in capo al fornitore di beni o servizi. Più in dettaglio, la nuova normativa prevede che qualora l'amministrazione effettui la riduzione dell'importo contrattuale, l'*outsourcer* si trovi di fronte a un'alternativa: richiedere la modifica delle condizioni contrattuali, la quale, tuttavia, necessita del consenso della p.a., ovvero recedere dal contratto entro trenta giorni dalla comunicazione della manifestazione della volontà di operare una riduzione<sup>237</sup>. Il provvedimento in esame, benché mostri una sostanziale apertura alla rinegoziazione dei contratti conclusi mediante procedura a evidenza pubblica, non può essere utilizzato per sostenere le argomentazioni dell'una o dell'altra tesi dell'interrogativo che ci occupa.

Il tema che della rinegoziazione nei contratti di fornitura di servizi, e in particolare nell'*outsourcing* di servizi informatici, presuppone il sorgere di nuove circostanze, che modifichino lo stato di fatto su cui si basa il contratto medesimo. La fattispecie di cui all'art. 8, comma 8, d.l. 24 aprile 2014 n. 66, invece, prevede la facoltà di modifica unilaterale di una delle prestazioni contrattuali, il corrispettivo per la fornitura del servizio, a prescindere dalla sopravvenienza di alcuna nuova circostanza. Né la crisi economica dello Stato può essere assimilata a un evento sopravvenuto, in quanto presente già da diversi anni ormai, tanto da escludere che anche un aggravamento possa essere considerato evento imprevedibile, tale da incidere sui presupposti contrattuali<sup>238</sup>.

Al di là della normativa da ultimo citata, comunque, si può concludere nel senso di una sensibile apertura da parte della più recente legislazione verso il tema dell'adeguamento contrattuale al sorgere di evenienze imprevedibili. Conseguentemente, può essere condivisa la preferenza verso la conservazione del rapporto contrattuale in luogo della sua cessazione, attraverso un certo grado di

---

<sup>237</sup> In caso di esercizio del diritto di recesso, le Amministrazioni, nelle more delle procedure per i nuovi affidamenti, potranno stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro di Consip S.p.A., a quelle di centrali di committenza regionale o tramite affidamento diretto nel rispetto della disciplina europea e nazionale sui contratti pubblici, così da assicurare la disponibilità di beni e servizi necessari alla loro attività.

<sup>238</sup> L'idoneità della crisi economica ad assurgere a circostanza perturbativa straordinaria e imprevedibile è stata a lungo esaminata dalla giurisprudenza spagnola, sul punto v. *infra* § 2.3.

flessibilità, di fonte sia negoziale, quale principio dell'autonomia privata, sia legale, quale espressione della clausola generale di buona fede<sup>239</sup>.

Se la funzione della rinegoziazione, come meglio verrà esplicitato nel prosieguo, è quella di ripristinare l'originario equilibrio economico-giuridico del contratto in corso non può esservi il rischio di una elusione della *par condicio*: l'adeguamento agli eventi sopravvenuti non ha lo scopo di novare il contratto stipulato attraverso una procedura ad evidenza pubblica, bensì unicamente quello di riportare le prestazioni al loro originario equilibrio, così come individuato attraverso la procedura pubblicistica<sup>240</sup>.

Naturalmente le considerazioni sopra svolte valgono per il caso in cui le modifiche coinvolgano elementi non essenziali del contratto. Un adeguamento contrattuale di siffatti elementi darebbe vita ad un diverso contratto di fornitura o di *outsourcing*, per cui occorrerà procedere con una nuova gara.

---

<sup>239</sup> Sul ruolo della clausola generale di buona fede all'interno della gestione delle sopravvenienze v. *infra* cap. II

<sup>240</sup> In questo senso si sono espressi R. CHIEPPA e V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 555, secondo i quali è proprio attraverso la funzione degli obblighi manutentivi che è possibile superare l'obiezione relativa alla lesione della concorrenza. Gli Autori, inoltre, nell'ammettere gli obblighi di revisione, anche laddove non siano espressamente previsti nel contratto, affermano che essi risponde perfettamente alle esigenze di tutela dell'interesse pubblico, in quanto da un lato la continuità del rapporto contrattuale consente una riduzione dei costi; dall'altro, viene garantito anche l'appaltatore, il quale non dovrà subire la perdita dei propri investimenti.

**CAPITOLO SECONDO**  
***OUTSOURCING E CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE***

## 2.1. La continua evoluzione del bene informatico e la problematica delle sopravvenienze

Il contratto di *outsourcing*, e, piú in generale, i contratti di fornitura di sistemi informatici si caratterizzano, stante le riflessioni svolte in precedenza, per la loro natura di contratti a medio e lungo termine. Ciò impone di affrontare questioni di particolare interesse collegate a tale natura, questioni tanto piú accentuate nelle fattispecie in esame rispetto alla generale categoria di contratti di durata, dalla peculiarità dell'oggetto del contratto: la fornitura di sistemi *edp*<sup>241</sup>.

I beni informatici rappresentano notoriamente beni in continua evoluzione. Vi è una continua implementazione della componente sia *hardware* che *software*<sup>242</sup>, circostanza questa che offre sicuramente alle imprese strumenti in grado di migliorare e ottimizzare l'attività economica; ma allo stesso tempo, tale incessante sviluppo dà vita a delle problematiche. Sovente, l'impresa che si affida a terzi per la gestione dei servizi informativi non tiene conto della circostanza per la quale tali servizi oggetto di *outsourcing*, che all'inizio del rapporto contrattuale presentano il giusto equilibrio fra costi/qualità con la controprestazione, possano risultare obsoleti e non competitivi allorquando ci si avvicini alla fase finale del contratto, portando, così, a un'alterazione nel rapporto sinallagmatico. Il problema relativo a tale alterazione assume un'importanza notevole, ove si consideri che il servizio prestato dall'*outsourcer* all'impresa *outsourcée* si pone in chiave strumentale all'esercizio dell'attività che costituisce l'oggetto principale dell'impresa committente. Qualsiasi carenza o

---

<sup>241</sup> Sull'influenza che il tempo ha riguardo il contratto v. A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 846, il quale con riguardo al mutamento delle circostanze in cui il contratto medesimo è stato concepito effettua una distinzione fra le sopravvenienze che si limitano a segnare una rottura dell'equilibrio del valore economico delle prestazioni, pur non travolgendo l'intero senso del contratto, e le sopravvenienze che non incidono unicamente sull'aspetto economico e, conseguentemente, rendono il contratto improseguibile.

<sup>242</sup> Lo sviluppo dei sistemi informativi rimanda in via immediata alla componente *software*, ma non bisogna dimenticare che anche la componente *hardware* è oggetto di continua implementazione. Del resto, lo stretto legame fra *hardware* e *software*, di cui si è ampiamente dato conto nelle precedenti pagine, impone, per un corretto utilizzo del sistema operativo, che anche la componente meccanica risulti aggiornata. L'installazione di un sistema operativo di ultima generazione su un *hardware* ormai non piú attuale, infatti, difficilmente può garantire una ottimale elaborazione del sistema medesimo.

interruzione del servizio, infatti, potrebbe riflettersi sui risultati economici dell'*outsourcing*<sup>243</sup>.

Di qui l'opportunità di analizzare l'incidenza dell'evoluzione dei beni informatici sui contratti di durata<sup>244</sup>. Poiché l'ordinamento soffre dell'assenza di una specifica disciplina in tema di esecuzione, risulta rimesso alla dottrina il compito di

---

<sup>243</sup> Cfr. C. VACCÀ, *La responsabilità per inadempimento del prestatore di servizi: attuali tratti ed evoluzione della disciplina*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, U. Draetta e C. Vaccà (a cura di), Milano, 1992, p. 136.

<sup>244</sup> La dottrina che si è occupata dell'argomento ha precisato che il concetto di durata va riferito al rapporto piuttosto che al contratto, precisamente non al negozio come fonte del rapporto, ma al rapporto come effetto del negozio, in quanto la caratteristica della durata attiene non alla formazione, bensì all'esecuzione del contratto, fermo restando che non ogni contratto la cui esecuzione si prolunghi nel tempo può essere definito contratto di durata, come ad esempio i contratti a esecuzione differita, così G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 145. L'Autore, tuttavia, esclude che il contratto di appalto rientri fra i contratti di durata, sulla base della considerazione che in quest'ultima fattispecie negoziale l'interesse contrattuale è soddisfatto soltanto allorché si perfezioni e si concluda l'atto di adempimento e solo dal risultato finale dell'attività solutoria. In questo senso l'appalto – ma non l'appalto di servizi – viene qualificato come «contratto a esecuzione prolungata». Diversamente, nei contratti di durata il carattere duraturo dell'interesse è soddisfatto con la durata del rapporto e non con la durata dell'atto giuridico. Giunge, così, a sostenere che il tempo non soltanto è caratteristica dei rapporti di durata, ma anche «esclusiva» di tali rapporti. *Contra* M. RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 2006, p. 271 ss.; C. GIANNATASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu Messineo, 1977, p. 139. Giova ricordare l'opinione di G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, p. 24, secondo il quale la distinzione fra contratti di durata e contratti a esecuzione prolungata non ha rilevanza in merito alla gestione delle sopravvenienze. Per l'Autore a prescindere dalla circostanza che il tempo caratterizzi o meno l'intero contratto, piuttosto che soltanto la fase esecutiva, il trascorrere del tempo in ogni caso altera l'equilibrio contrattuale e ne impedisce la perfetta attuazione, frustrando così l'interesse delle parti. Da notare, inoltre, la distinzione effettuata da M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 145, secondo il quale tra *relational contracts* e contratti di durata vi è un rapporto di *genusa species*, in quanto i contratti di durata hanno caratteristiche relazionali, nel senso che all'interno si creano dei vincoli di reciprocità ed indipendenza. L'Autore, inoltre, considera i contratti di durata, altresì, dei contratti incompleti, a causa dell'azione incontrastabile del tempo nella vita del rapporto. Sul contratto relazionale v. altresì M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione negoziale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 619, la quale precisa che il *relational contract* fa perno su due caratteri dei *long term contracts*: il carattere dell'estensione temporale e la natura associativa. Il primo rende il contratto più sensibile all'influenza dei fattori esterni. Si crea, così, un legame fra contratto ed «ambiente», che pone il problema dell'adattamento del contratto ai mutamenti di circostanze che possono avere ripercussioni «forti» sulla sua esecuzione. L'altro carattere distintivo di queste figure contrattuali, invece, lo si ravvisa nella circostanza che si crea un rapporto continuativo, in cui si esprime il valore giuridico della solidarietà frai contraenti, i quali risultano uniti da un vincolo più affine a quello instaurato dai contratti associativi che non dai contratti di scambio. Si pone in atteggiamento critico verso la dottrina del *relational contract*, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 473, il quale la considera un «mero espediente per proclamare un obbligo di rinegoziazione, il cui unico senso consiste nell'approdo all'adeguamento giudiziale del contratto», pur mancando di definire le condizioni in presenza delle quali tale intervento appare giustificato. Per una rivisitazione dei contratti di durata v. A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 527, il quale, partendo dal presupposto che ciò che rileva è il ruolo dell'elemento tempo riguardo al soddisfacimento dell'interesse, giunge alla conclusione che durevole è il risultato che il contratto programma e conseguentemente la realizzazione del diritto o della diversa situazione giuridica cui è affidata la tutela dell'interesse medesimo.

indagare sulle modalità in cui la componente temporale possa incidere nel rapporto contrattuale.

Ciò che preme chiarire fin da ora, e in via preliminare, è che il trascorrere del tempo è direttamente strumentale alla soddisfazione dell'interesse durevole del creditore. Nei contratti di durata, ciò che riveste rilevanza causale non è tanto la durata dell'adempimento, quanto, piuttosto, la durata del soddisfacimento dell'interesse tutelato dal contratto<sup>245</sup>. La funzione assunta dal tempo è, pertanto, duplice: da un lato rappresenta un elemento essenziale e strutturale dell'operazione; dall'altro misura l'interesse delle parti<sup>246</sup>. Interesse, questo, rivolto non soltanto a conseguire la prestazione in un dato momento, ma anche a che l'attività sia diretta a rendere possibile l'adempimento per tutta la durata del rapporto. Ed è proprio l'esatto perseguimento dell'interesse dei contraenti a essere posto a rischio nel momento in cui tra la stipulazione del contratto e la sua esecuzione sopraggiungano fattori esterni, volti a influire sull'operazione divisata, le c.dd. sopravvenienze perturbative<sup>247</sup>. In questi casi, l'alternativa è fra la caducazione del contratto e il suo mantenimento<sup>248</sup>. Si delinea, così, lo scontro fra due noti principi<sup>249</sup>: il principio *pacta sunt servanda*<sup>250</sup> e il principio *rebus sic stantibus*<sup>251</sup>.

---

<sup>245</sup> In questi termini si esprime F. LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità contrattuale*, Napoli, 2012, p. 57, secondo il quale i rapporti diacronici sono caratterizzati non soltanto dal criterio temporale oggettivo della durata, ma soprattutto dalla «reale trama degli interessi delle parti».

<sup>246</sup> Cfr. G. MARASCO, *o.c.*, p. 21, il quale, nell'indagare la funzione del tempo, osserva che l'interesse dei contraenti è un interesse «duraturo» rivolto a una esecuzione secondo il programma temporale convenuto.

<sup>247</sup> Il tema è affrontato limpidamente da C. DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusola rebus sic stantibus*, Valencia, 2003, p. 176, la quale scrive in proposito che «El cumplimiento de la obligación contraída resulta ser más oneroso por el eladvinimiento de certa causas imprevisibles o no prevista por los contratantes que ocasionan una mayor dificultad de cumplimiento, circunstancias con las que no se contaba inicialmente y que alteran la dinámica contractual en cuanto a que se produce una ruptura del equilibrio inicial entre los contratantes [...] Todas esas posibles causas de ruptura del equilibrio con la consiguiente mayor dificultad de cumplimiento se multiplican cuanto mayor es la duración de las relaciones contractuales y cuando más compleja son éstas».

<sup>248</sup> Osserva sul punto R. BOCCHINI, *I contratti di somministrazione e distribuzione*, cit., p. 228, che la scelta fra rimedi manutentivi e risolutivi non può prescindere da una valutazione della duplicità di interessi, quello delle parti e quello della collettività.

<sup>249</sup> In questo senso A.E. FREYTES, *La frustración del fin del contrato*, Córdoba, 2011, p. 16, il quale ha osservato che «[s]e plantea entonces una inevitable colisión entre dos principios que gozan de antiguo reconocimiento en el derecho: el respeto fiel e incondicional a las convenciones libremente acordadas y su fuerza obligatoria (“pacta sunt servanda”), y el condicionamiento de esta fuerza obligatoria a que persistan idénticas circunstancias a las existentes al momento de contratar (“rebus sic stantibus”)». Contra G. MARASCO, *o.c.*, p. 9, il quale considera il conflitto tra il principio *pacta sunt servanda* e quello *rebus sic stantibus* soltanto apparente, poiché i due principi sono destinati a integrarsi tra loro.

<sup>250</sup> Per un'analitica analisi della clausola *pacta sunt servanda* si v. P. GALLO, *Soppravvenienze contrattuali*, cit., p. 106, il quale effettua una ricostruzione storica ed al riguardo, chiarisce che nel diritto romano le

Preliminarmente a tale analisi, giova chiarire che il concetto di sopravvenienza non deve essere confuso con quello dell'errore. La differenza fra le due fattispecie è notevole: l'errore si riferisce a situazioni preesistenti al perfezionamento del contratto, mentre la sopravvenienza attiene a un qualcosa di successivo. L'uno comporta l'eliminazione del negozio, l'altro lascia spazio a un rimedio manutentivo<sup>252</sup>. Né la sopravvenienza può essere considerata quale erronea valutazione dei sacrifici che ciascuna parte contrattuale deve sopportare<sup>253</sup>, poiché le parti al momento della conclusione del contratto sono ben consapevoli dei costi e delle utilità che dal contratto derivano. Il sopraggiungere di circostanze impreviste non attiene al momento genetico del rapporto: la volontà manifestata dall'*outsourcee* e dall'*outsourcer* non presenta vizi di sorta. Non si tratta di valutare la consapevolezza dei soggetti coinvolti, quanto piuttosto di valutare in che misura e in quali modalità la modifica delle circostanze possa influire sulle prestazioni che ricadono sul committente o sull'*outsourcer*. Le sopravvenienze, dunque, incidono sulla fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Il tema delle sopravvenienze appare, pertanto, strettamente legato a quello del rischio, poiché sulle parti grava il pericolo che il loro interesse non si realizzi a causa di molteplici ed eterogenei fattori, estranei alla responsabilità dei contraenti

---

soprapvenienze contrattuali assumevano rilevanza unicamente ove comportassero una oggettiva impossibilità ad adempiere. Nell'epoca intermedia, con le rivoluzioni francese e soprattutto industriale, ove si diffonde il principio 'libero scambio in libero mercato', la clausola *pacta sunt servanda*, inizia a subire le prime deroghe, ma esclusivamente in presenza di condizioni tacite che riconducevano alla volontà delle parti la cessazione dell'efficacia vincolante del contratto, in presenza di eventi sopravvenuti. Si arriva, così, alle codificazioni del XX secolo, dove si assiste a strumenti più raffinati per la gestione del rischio contrattuale. Sulla rilevanza del principio in esame nel diritto internazionale v. P. FOIS, *I valori fondamentali del «nuovo» diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 24, il quale rileva come detto principio, a differenza di quanto avveniva del diritto internazionale classico, appare ignorato, pur riconoscendo che le indagini relative alla natura ed agli effetti della clausola *rebus sic stantibus* risalgono a un periodo che precede il sorgere del diritto internazionale contemporaneo.

<sup>251</sup> In generale sulla clausola *rebus sic stantibus* v. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *o.c.*, p. 31 ss.; C. OSTI, *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1, e la prosecuzione del discorso in *Appunti per una teoria della "soprapvenienza"*. *La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 e 647. Per contro, sostiene che la disciplina della risoluzione sull'eccessiva onerosità costituisca un superamento della teorica della clausola *rebus sic stantibus*, P. GALLO, *o.u.c.*, p. 160, il quale afferma che il regime di diritto comune basato sulla citata clausola continui a trovare applicazione in Italia soltanto al di fuori dell'ambito contrattuale.

<sup>252</sup> Sul rapporto fra sopravvenienze ed errore v. P. GALLO, *o.c.*, p. 268 ss.

<sup>253</sup> È questa la tesi sostenuta da A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 56.

medesimi<sup>254</sup>. Non ci si può esimere, dunque, dallo svolgere alcune considerazioni sulla gestione di tale rischio<sup>255</sup>, alla luce del bene oggetto del contratto di *outsourcing*, e sulle ricadute che tale oggetto abbia nell'equilibrio sinallagmatico di un rapporto di durata.

Posto che l'equilibrio contrattuale deve essere inteso con riferimento al potere negoziale delle parti, piuttosto che al contenuto in sé della negoziazione<sup>256</sup>, assume

---

<sup>254</sup> Cfr. A. GIAMPIERI, *Rischio contrattuale in Common law*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 590; sul rapporto fra sopravvenienze e rischio contrattuale v. G. ALPA, *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. giur.*, XL, 1989, p. 1146, secondo il quale con l'espressione rischio contrattuale ci si riferisce sia al rischio dell'inadempimento, sia «al rischio della diminuita soddisfazione economica dell'affare, per la preesistenza o la sopravvenienza di circostanze, previste, prevedibili o non previste e non prevedibili che non comportano inadempimento in senso tecnico ma sconvolgimento dell'economia originaria dell'affare»; ID., *Rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 619; nonché F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. dei contratti*, V. Roppo (a cura di), Milano, 2006, p. 495, il quale afferma che «sopravvenienze e rischio sono concetti pressoché inscindibili, nella logica comune posso essere accomunati al punto da essere utilizzati, nel linguaggio corrente, in modo promiscuo. Per i giuristi, invece, il concetto di (sopravvenienze e) «rischio» appare, anche qui, quasi istintivamente connesso alla stessa dinamica contrattuale». Secondo l'Autore, infatti, il contratto non soltanto rappresenta un mezzo giuridico di scambio e circolazione dei beni, ma, altresì, strumento di allocazione dei rischi, i quali, proprio in virtù dell'accordo patrimoniale, da mero fatto assumono rilevanza nei rapporti giuridici fra le parti. Nello stesso senso F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 8, il quale, pur osservando che il rischio contrattuale non attiene esclusivamente al campo dell'esecuzione del contratto, sostiene che nel concetto di rischio vi rientrano anche le sopravvenienze che non danno luogo a impossibilità, ma che alterano la convenienza originaria del contratto, in quanto creano una maggiore onerosità della prestazione. Più in generale sulla nozione di rischio contrattuale, contratto e impresa 1986, E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 1705; G. DI GIANDOMENICO, *La nozione di alea nei contratti*, in *Nuova giur. civ.*, 1989, II, p. 280.

<sup>255</sup> Nega l'idea che la riallocazione del rischio possa essere decisa dal giudice G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 938 sulla base della considerazione che in tal modo si limiterebbe in maniera eccessiva l'autonomia privata, in quanto si sottrarrebbe alle parti la possibilità di gestire il rischio contrattuale.

<sup>256</sup> In questo senso si esprime A. SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014, p. 109. In generale, sull'equilibrio sinallagmatico e sull'equivalenza delle controprestazioni v. L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, 2ª ed., Milano, 1963, rist., p. 282, per il quale l'equivalenza fra le reciproche controprestazioni va intesa non in senso oggettivo, ma quale coincidenza di apprezzamenti soggettivi fra le utilità marginali. Apprezzamento che presuppone che lo scambio sia ritenuto utile nella misura in cui riserba un margine di utilità, tale da rendere sopportabile il sacrificio della propria prestazione. Che l'equilibrio fra le controprestazioni possa essere interpretato a prescindere dalle condizioni di mercato relative a un bene, quanto piuttosto tenendo conto degli interessi non patrimoniali delle parti, è assunto dimostrato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 387, il quale osserva che l'equilibrio contrattuale deve sussistere anche nei contratti con obbligazioni di una sola parte. Condivide la lettura dell'equilibrio contrattuale in termini soggettivi G. MARASCO, *o.c.*, p. 31; *contra* F. SANTORO-PASSARELLI, *o.c.*, p. 184, per il quale nei contratti corrispettivi trova applicazione il principio di adeguatezza del sacrificio patrimoniale in relazione al sacrificio della controparte. Sui criteri per individuare l'equilibrio contrattuale si v. S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 309, il quale osserva che la 'ragionevolezza' diviene espressione dell'esigenza di salvaguardare l'equilibrio fra le reciproche controprestazioni inserite nel contratto programma ovvero per realizzare l'equilibrio che il contratto, per ragioni esterne, non ha raggiunto. Sul punto v. altresì E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2012, p. 137, secondo la quale anche nella regolamentazione fra privati la

rilevanza preminente individuare il momento in cui deve sussistere tale equilibrio. In altri termini, ciò che interessa ai fini della presente indagine è capire se l'equivalenza fra le prestazioni debba essere presente esclusivamente al momento della conclusione del contratto, ovvero se esso debba sussistere per tutta la durata del rapporto contrattuale.

Se per la prima soluzione spinge il brocardo latino *pacta sunt servanda* – il quale sembra essere stato positivizzato nel disposto di cui all'art. 1372 c.c., ove è statuito che il contratto ha forza di legge fra le parti<sup>257</sup> – tuttavia, la volontà dei contraenti nella maggior parte dei casi sembra andare nella direzione opposta<sup>258</sup>. I contraenti da un negozio di durata si aspettano, infatti, la massima flessibilità così da evitare, soprattutto, l'ingerenza esterna da parte dell'organo giudiziale<sup>259</sup>. Appare, dunque, preferibile ritenere che l'equilibrio sinallagmatico fra le prestazioni debba persistere per tutta la durata del rapporto contrattuale, non essendo sufficiente che esso sia presente nella sola fase del perfezionamento del negozio. Del resto, tale conclusione appare conforme con le norme codicistiche dettate in tema di impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità<sup>260</sup>. Norme, queste ultime, intese quali codificazioni del principio, espresso dal brocardo latino *rebus sic stantibus*.

Per lungo tempo, nel panorama italiano le circostanze che si pongono fra il momento della conclusione del contratto e la fine della vicenda contrattuale sono

---

ragionevolezza può e deve essere considerata un principio di valenza costituzionale, su cui poggiano altri principi, tra cui il bilanciamento degli interessi fra le parti.

<sup>257</sup> Osserva A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, p. 21, che il tenore letterale dell'art. 1372 c.c. lascia intendere che alle parti sia rimessa la disponibilità del contenuto economico del contratto, ma non di quello giuridico.

<sup>258</sup> Che la volontà delle parti sia quella di garantire l'equilibrio sinallagmatico per tutta la durata del rapporto contrattuale, appare dimostrato dal sempre più frequente inserimento nei regolamenti negoziali di clausole di revisione prezzo. In ogni caso, il legislatore non manca di accordare tutela alle parti qualora gli squilibri attengano al momento genetico; emblematica, al riguardo è la disciplina sulla rescissione, che mira a proteggere gli interessi di chi contrae a condizioni inique per stato di bisogno o di pericolo.

<sup>259</sup> Cfr. M. GRANIERI, *o.c.*, p. 236.

<sup>260</sup> G. MARASCO, *o.c.*, p. 31, il quale limpidamente scrive che «l'equilibrio sinallagmatico, inteso come rapporto di valore che le parti conferiscono alle attribuzioni reciproche e che induce ciascuna di esse alla contrattazione, è protetto dall'ordinamento giuridico, che reagisce agli accadimenti che ne determinano una notevole alterazione». Nello stesso senso v. anche D. RUSSO, *Sull'equilibrio dei contratti*, Napoli, 2001, p. 43, per il quale il rimedio della *reductio*, pur non essendo in grado di ristabilire l'originario assetto di interessi, comunque riporta il valore delle prestazioni all'interno dell'alea normale, ossia dell'equilibrio soggettivo.

state relegate a variabili endogene del rapporto e conseguentemente trascurate<sup>261</sup>. Attualmente, però, il mutamento delle circostanze non è piú un fenomeno ignorato<sup>262</sup>, né può esserlo con riguardo al contratto di *outsourcing* o fornitura di sistemi informatici, ove le parti sentono fortemente l'esigenza di tener conto dei mutamenti tecnologici e del mercato verificatisi nel corso del rapporto contrattuale. Non a caso, frequenti sono le clausole che prevedono una rinegoziazione di termini e condizioni, ma soprattutto del *Service Level Agreement* e del piano qualità<sup>263</sup>.

Si avverte, dunque, l'esigenza di conferire al mutamento delle circostanze contrattuali la giusta rilevanza, ma non nel senso di limitare la libertà contrattuale, quanto piuttosto di evitare che vi siano sopraffazioni di una parte nei confronti dell'altra. Il mantenimento della proporzionalità fra le controprestazioni, in questo senso, non deve essere inteso quale strumento lesivo della autonomia negoziale, posto che mira a raggiungere un giusto punto di equilibrio fra l'esigenza di certezza del diritto e di giustizia sostanziale<sup>264</sup>.

Naturalmente, non tutti i mutamenti possono essere considerati rilevanti in maniera tale da incidere sull'adempimento delle prestazioni; si considerano tali soltanto quelle che interferiscono in maniera negativa con l'interesse di una parte, aggravandone i sacrifici e diminuendone le utilità<sup>265</sup>. Sarà, dunque, rimesso all'operatore del diritto individuare i criteri mediante i quali è possibile individuare le modifiche delle circostanze in grado di incidere sul rapporto contrattuale. L'evento

---

<sup>261</sup> In questo senso si è espresso M. GRANIERI, *o.c.*, p. 219.

<sup>262</sup> Una crescente attenzione verso l'adeguamento contrattuale si è verificata con la guerra del golfo, ove l'embargo imposto contro l'Iraq ha messo le imprese italiane nell'impossibilità di eseguire contratti di fornitura conclusi con le imprese irachene, sul punto *ex multis* R. ROLLI, «Guerra del Golfo» ed embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore, in *Contr. impr.*, 1997, p. 115.

<sup>263</sup> Al riguardo occorre distinguere la rinegoziazione contrattuale dalla revisione: mentre quest'ultima provoca una modifica interna al rapporto, la rinegoziazione comporta una innovazione radicale, ed è questo il motivo per il quale trova applicazione soltanto in ipotesi residuali, quando le altre forme di revisione non siano in grado di garantire la continuazione del rapporto, così R. TOMMASINI, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione*, in AA. VV., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, R. Tommasini (a cura di), Torino, 2003, p. 19.

<sup>264</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 353, secondo il quale la proporzionalità si inserisce in un processo di trasformazione del principio di legalità, costituendo un momento normativo di particolare rilevanza assiologica, che contribuisce a recuperare coerenza ed efficienza, al sistema giuridico e corretta competitività concorrenziale al mercato, nel giusto equilibrio tra libertà e solidarietà, tra libertà e meritevolezza dei contenuti.

<sup>265</sup> Così E. LA ROSA, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in AA. VV., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 243.

da prendere in considerazione deve avere il carattere straordinario e imprevedibile<sup>266</sup>. Straordinario, nel senso che non si ripete facilmente nel tempo; imprevedibile, anche ove si utilizzi la normale diligenza, tenuto conto, naturalmente, che poiché *l'outsourcing* rientra nei contratti fra imprese, la prevedibilità in oggetto è maggiore rispetto a quella riscontrabile nell'uomo medio<sup>267</sup>. Quest'ultimo requisito è particolarmente rilevante.

Prendendo le mosse dall'analisi economica del diritto si deve negare che circostanze sopravvenute prevedibili possano incidere sul rapporto contrattuale, tanto da richiederne un adeguamento del contenuto, in quanto i rischi prevedibili devono rimanere a carico del contraente che poteva prevederli, poiché la regolamentazione di tale sopravvenienza risulta *ictu oculi* antieconomica<sup>268</sup>. Discorso diverso, invece, va fatto per i rischi imprevedibili; in tal caso, una rivisitazione del contenuto delle prestazioni appare quanto mai ragionevole.

---

<sup>266</sup> Si è posto l'interrogativo se l'adeguamento della *lex contractus* sia necessariamente legato al verificarsi di circostanze straordinarie ed imprevedibili o meno. Sembra preferibile dare una risposta positiva, sia in virtù del generale principio dell'autonomia privata, sia perché una posizione estremamente rigida, che ricollega la rottura del vincolo negoziale esclusivamente al sopraggiungere di eventi dotati del carattere della straordinarietà ed imprevedibilità, rischierebbe di rendere inattuabili gli interessi dei contraenti, così M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato: patologie dei contratti e rimedi*, cit., p. 314.

<sup>267</sup> Cfr. F. BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, cit., p. 285. Nello stesso senso, G. MARASCO, *o.c.*, p. 16, secondo il quale la misura della prevedibilità deve essere valutata sia in relazione al tipo contrattuale adottato dalle parti, sia in relazione al contenuto effettivo del contratto medesimo. Che il tipo contrattuale possa essere assunto quale criterio di distribuzione del rischio è assunto condiviso da E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in AA. VV. *Trattato dei contratti*, E. Gabrielli (a cura di), Torino, 2006, p. 1574, il quale sostiene che il tipo contrattuale possa fornire un valido elemento di interpretazione, così da consentire la valutazione della compatibilità fra l'assetto d'interessi originariamente previsto e quello attuale, alla luce della complessiva operazione economica divisata dai contraenti. *Contra* F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 33, il quale evidenzia l'inopportunità di fare riferimento al tipo contrattuale, in stante la sempre maggiore diffusione di contratti atipici. In termini generici si esprime, invece, R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, 3<sup>a</sup> ed., in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2004, p. 710, il quale afferma che sul contraente grava l'onere di «prevedere»; non è richiesta, infatti, la concreta possibilità di prevedere, ma l'astratta prevedibilità, la quale va misurata alla stregua dell'uomo medio; v. anche P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al Codice civile* A. Scialoja e G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1975, p. 456, il quale pone l'attenzione sulla differenza fra prevedibilità ed inevitabilità, precisando che quel che è prevedibile può essere sia evitabile sia inevitabile, come dimostrato dalla circostanza che in alcune occasioni il legislatore richiede soltanto la prevedibilità.

<sup>268</sup> Cfr. G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, cit., p. 791, nonché R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 455.

Nel tentativo di delineare i possibili confini, all'interno dei quali le sopravvenienze assumono rilevanza, non ci si può esimere dall'effettuare alcune riflessioni circa la c.d. alea normale del contratto<sup>269</sup>.

Essa è costituita dal rischio delle variazioni di costi e di valori che non supera i limiti della normalità, determinato dalle oscillazioni del mercato, di cui i contraenti sono ben consapevoli al momento della conclusione del contratto. Si tratta, dunque, di un elemento comune a tutte le fattispecie negoziali, che incide sull'assetto degli interessi delle parti, alterando il valore economico di una prestazione, pur non mutando la funzione dell'operazione economica<sup>270</sup>.

Emerge, dunque, con evidenza che il mutamento delle circostanze da tenere in considerazione, in ipotesi di *outsourcing* di servizi informatici, è quello relativo all'alea giuridica del contratto, fermo restando che qualora l'*outsourcée* e l'*outsourcer* abbiano inteso stipulare un contratto aleatorio non ci si potrà dolere del mutamento delle circostanze e tentare il ricorso a un rimedio risolutivo o manutentivo.

Ma quali sono i rischi che rientrano nell'alea normale del contratto e quali, invece, nell'alea giuridica?

Uno dei criteri per risolvere il quesito è quello quantitativo. Al riguardo, l'art. 1664 c.c., norma dettata in materia di appalto, ma, come in precedenza precisato,

---

<sup>269</sup> La nozione di normale alea contrattuale è stata oggetto di un attento studio da parte della dottrina, al riguardo si v. A. PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo ed alea*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1250, il quale ha osservato che è estremamente difficile per la dottrina individuare la linea di confine fra alea normale ed alea giuridica, in quanto non esiste una nozione giuridica di alea; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 710; ID. *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, cit., p. 1705; ID., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 570; ID., *Alea*, in *Encicl. giur.* Treccani, Roma, vol. I, p. 5, il quale distingue l'alea dal rischio contrattuale, reputando che la prima costituisca un fenomeno più ristretto rispetto al secondo, in quanto individua la distribuzione del rischio all'interno del singolo contratto; M. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, p. 223; DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 302, il quale distingue l'alea normale del contratto dall'«alea normale illimitata», in cui l'oscillazione può giungere all'infinito, pur non rendendo il contratto aleatorio. Tale distinzione è condivisa, altresì, da L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 135, il quale precisa che vi sono contratti per i quali opera una sorta di presunzione assoluta di insuperabilità della soglia dell'alea normale; ancora in generale sul concetto di alea v. C. MENICHINO, *Contratti commutativi e alea convenzionale*, in *Contratti*, 1993, p. 532; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 492; F. GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, *passim*; V. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, *passim*; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, *passim*; ID., *Dai contratti aleatori dell'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296.

<sup>270</sup> In questo senso, E.M. PIERAZZI, *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 254, il quale in ciò coglie la differenza fra alea normale ed alea giuridica, precisando che quest'ultima si pone come elemento caratterizzante dell'intera categoria, in mancanza del quale il contratto perderebbe il suo tratto distintivo

applicabile anche all'appalto di servizi e quindi all'*outsourcing*, dispone che gli incrementi dei costi non superiori a un decimo rientrano nell'alea normale; essi pertanto devono essere sopportati dall'*outsourcer*.

Il criterio quantitativo, però, da solo non risulta essere sufficiente a individuare i rischi che le parti sono tenute ad assumersi con la stipulazione del contratto. L'incremento dei costi potrebbe, infatti, essere sí notevole, ma dovuto a fenomeni contingenti, di tal ché anche se superiore al decimo rientrano nell'alea normale del contratto. Si è giunti, così, alla conclusione che si rientri nell'alea normale in tutte le ipotesi in cui le parti sarebbero comunque tenute a sopportare il mutamento delle circostanze, anche qualora le vesti di *outsourcee* e di *outsourcer* siano rivestite da altri soggetti<sup>271</sup>.

Ciò posto, di fronte a un mutamento delle circostanze, le alternative percorribili appaiono tre<sup>272</sup>.

In primo luogo, è possibile che le parti escludano che le esse possano assumere rilevanza al momento dell'esecuzione del contratto. In altri termini, entrambe le parti restano obbligate all'esecuzione della propria prestazione, anche qualora vi si verificano eventi che rendano eccessivamente gravoso l'adempimento dell'obbligazione. Si tratterebbe di una clausola applicativa del brocardo *pacta sunt servanda*. Normalmente, in un contratto di *outsourcing* una clausola di questo genere determina l'assunzione del rischio in capo all'*outsourcer*, il quale si vede costretto a prestare il proprio servizio, anche se ciò comporti un ampliamento delle risorse economiche e umane messe a disposizione del committente. Ma, se tale considerazione appare corretta nell'ipotesi in cui gli eventi sopravvenuti attengano ai costi, lo stesso non può dirsi ove l'*outsourcee* abbia la necessità di modificare i livelli di servizio. Esaminando la fattispecie da questo diverso angolo prospettico, il rischio non sembra più gravare sull'*outsourcer*, quanto piuttosto sull'*outsourcee*, il quale resta pregiudicato dalla rigidità dello strumento negoziale adottato<sup>273</sup>.

---

<sup>271</sup> In questo senso P. GALLO, *o.c.*, p. 402, il quale ha chiarito che rientrano nell'alea normale del contratto tutti quegli oneri aggiuntivi, che a prescindere dalla quantità, siano del tutto contingenti, dovute a circostanze fortuite e dei quali, pertanto, non è possibile tener conto.

<sup>272</sup> Queste tre soluzioni sono state attentamente esaminate in via generale per ogni tipologia negoziale da P. GALLO, *o.c.*, p. 385.

<sup>273</sup> È, inoltre, possibile che si opti per la completa assunzione del rischio delle sopravvenienze in capo a una sola parte contrattuale, il ché comporta la trasformazione del contratto commutativo in

Una diversa soluzione implica che, in presenza di un mutamento delle circostanze, il contratto non venga eseguito. È questa, l'applicazione più rigida del principio *rebus sic stantibus*: in questo caso, le parti possono rifiutare l'adempimento della prestazione senza che ciò comporti il risarcimento dei danni. Tale soluzione determina l'assunzione del rischio da parte di entrambi i contraenti.

Infine, è ben possibile che le parti convengano la revisione del contratto.

È questa la soluzione che maggiormente tutela entrambi i contraenti, i quali potranno di volta in volta valutare le alterazioni verificatesi e adeguare il rapporto a tali alterazioni. Sembra, dunque, fortemente consigliabile che le parti nello stipulare i contratti di fornitura e di *outsourcing* dei servizi informatici riescano a ottenere dallo strumento contrattuale utilizzato la più ampia flessibilità del proprio rapporto, così da modellarlo a seconda delle esigenze sopravvenute. Bisogna prevedere in via preventiva la modificabilità del contratto, la quale non può prescindere né da una causa che giustifichi tale modifica e né dall'accordo delle parti<sup>274</sup>.

Naturalmente, le clausole di modificazione del contratto assumono rilievo giuridico unicamente ove si preveda un 'obbligo' a rinegoziare, mentre tale rilevanza deve essere esclusa nell'ipotesi in cui sia prevista la mera facoltà<sup>275</sup>. Ma se in astratto il contenuto precettivo sembra facilmente individuabile, nella prassi spesso le clausole contrattuali possono assumere un significato ambiguo, con il rischio di creare contrasti fra le parti. In tali casi, spetterà all'interprete determinare la natura facoltativa o meno del comportamento rinegoziativo, svolgendo un'attenta analisi volta a ricostruire la volontà, sia sulla base del tenore letterale della clausola, che sulla base del comportamento complessivo dei contraenti<sup>276</sup>.

---

contratto aleatorio, in questo senso F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 505, il quale richiamando una non recente giurisprudenza (Cass. 23 giugno 1984), ammette la validità di siffatta operazione nella misura in cui gli eventi siano previsti con un certo grado di specificità e le parti si dimostrino consapevoli della rinuncia agli strumenti di tutela offerti per i contratti commutativi, quale la risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

<sup>274</sup> G. AMORE, *o.c.*, p. 12;

<sup>275</sup> Cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 711, il quale chiarisce che neanche possono essere considerate clausole di rinegoziazione quelle clausole che stabiliscono in maniera dettagliata come debba essere adeguato il contratto al verificarsi del mutamento delle circostanze. Precisa, inoltre, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit. p. 776, che neanche può parlarsi di rinegoziazione ove le parti intendano ridiscutere un contratto a esecuzione istantanea, poiché in tal caso non si modificano gli effetti per ottenere delle prestazioni diverse, piuttosto si crea una nuova realtà che va a modificare quella creato con il primo accordo.

<sup>276</sup> Così V.M. CESARO, *o.c.*, p. 44 s.

## 2.2. Il problema delle sopravvenienze nei Principi Unidroit e nei Principi di diritto europeo dei contratti.

Il mutamento delle circostanze incide notevolmente sul traffico commerciale, non soltanto nazionale, ma anche comunitario e internazionale<sup>277</sup> e, per tale motivo, si è cercato di fornire una disciplina adeguata nell'ipotesi di squilibrio contrattuale dovuto a mutamento delle circostanze, che non si limiti a tutelare il consumatore, ma che sia rivolto anche alle imprese, a prescindere dalla loro dimensione.

In tal senso, l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato – UNIDROIT<sup>278</sup> – ha emanato i *Principles of international Commercial Contracts*, i quali rappresentano un codice scientifico internazionale, in cui sono enucleati i principi generali del diritto dei contratti e la prassi contrattuale internazionale<sup>279</sup>. Si assiste, dunque, a una sorta di codificazione della *lex mercatoria*: non a caso i suddetti principi trovano applicazione quando le parti convengono che il contratto sia regolato dai principi generali del diritto, dalla *lex mercatoria, et similia*<sup>280</sup>. I Principi Unidroit, infatti,

---

<sup>277</sup> In argomento osserva D. CORAPI, *o.c.*, p. 27 s., il quale la nuova considerazione di eventuali squilibri economici originari del contratto e l'elaborazione di clausole volte a regolamentare le successive modifiche delle obbligazioni dedotte in contratto sono il frutto di una esigenza sempre più sentita di sicurezza dei traffici commerciali.

<sup>278</sup> L'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato è un'organizzazione internazionale, fondata nel 1926 dalle Nazioni Unite e con sede a Roma, volta all'armonizzazione, in via non legislativa, del diritto privato ed al coordinamento delle diverse legislazioni nazionali. Lo scopo dell'organizzazione, comunemente chiamata UNIDROIT, emerge dall'art. 1 dello Statuto, ove viene sancito che lo scopo di creare una legislazione uniforme di diritto privato sarà raggiunto attraverso la redazione di progetti di legge, di convenzioni internazionali ed elaborazioni di studi di diritto comparato, così da giungere a un diritto unitario.

<sup>279</sup> Afferma F. MARRELLA, *Lex mercatoria e principio unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2000, p. 33, che l'Istituto internazionale, sorto con lo scopo di unificare convenzionalmente il diritto fra i diversi stati aderenti, ha svolto «un'opera di *unificazione scientifica* di un diritto del commercio a vocazione universale mai tentata fino ad oggi».

<sup>280</sup> Sulle diverse problematiche inerenti alla applicazione diretta ed a quella indiretta dei principi Unidroit v. F. ADDIS, *Note introduttive ai Principi Unidroit*, in AA. VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, G. Vettori (a cura di), Padova, 1999, p. 928 ss., il quale con riferimento alla applicazione diretta - derivante da una clausola di rinvio espressa inserita nel contratto al momento della sua conclusione - osserva che sarebbe improprio ritenere che si tratti di un rinvio di diritto internazionale, in quanto essi non costituiscono una fonte legislativa. Da ciò ne consegue che non possono derogare le norme imperative del diritto nazionale, in quanto operano come meri precetti frutto di autonomia privata. Maggiori problematiche crea l'applicazione indiretta, ove si fa riferimento ai principi generali del diritto ed alla *lex mercatoria*, in quanto «l'equazione *lex mercatoria* o simili e Principi Unidroit rimane un'aspirazione la cui fondatezza è tutta da verificare». L'Autore, pertanto, suggerisce di effettuare una statistica dei casi di applicazione, così da poter concludere nel senso di una norma interpretativa in grado di conferire certezza all'equazione *lex mercatoria* e simili uguale a principi Unidroit. Sul punto si è espressa la Corte di arbitrato internazionale della Camera di Commercio e dell'industria della Federazione russa, con lodo del 5 novembre 2002, n. 11/2001, in *unilex.info*, ove, in una controversia avente ad oggetto una prestazione di servizi, il Tribunale arbitrale ha deciso sulla base dei Principi

si caratterizzano per il loro carattere non vincolante; rappresentano piuttosto strumenti di *soft law*, stante l'assenza del carattere autoritativo<sup>281</sup>. Ciononostante, i Principi Unidroit hanno trovato una grande diffusione nel commercio internazionale, diffusione in parte dovuta alla constatazione dei contraenti che i principi e le regole tradizionali proprio degli ordinamenti nazionali risultano inadeguati alle nuove esigenze.

Un ambito in cui il 'codice' Unidroit sembra tutelare meglio le parti, di quanto non facciano gli ordinamenti nazionali, è quello inerente la protezione dell'imprenditore contraente debole, in ogni fase del contratto, sia in quella della conclusione, sia in quella dell'esecuzione.

Precedentemente, si è avuto modo di soffermarsi sulle asimmetrie conoscitive presenti tra *outsourcer* e *outsourcee*, qualora l'esternalizzazione abbia ad oggetto sistemi informativi<sup>282</sup>. Orbene, proprio alla tutela dell'imprenditore debole sono rivolti l'art. 3.10 nell'originaria versione del 2004, attualmente confluito nell'art. 3.2.7, e l'art. 6.2, nei quali è contenuta la disciplina della *gross disparity* e della *hardship clause*.

Con la locuzione *gross disparity* si indica il contratto o la clausola contrattuale con cui si attribuisce a una parte un vantaggio eccessivo rispetto all'altra, tale da non rendere il contratto medesimo conforme agli ordinari criteri di correttezza del commercio. In tale ipotesi, la parte svantaggiata può richiedere al giudice l'annullamento del contratto ovvero l'adattamento<sup>283</sup>.

---

Unidroit, posto che nel contratto le parti avevano convenuto l'applicazione dei principi generali della *lex mercatoria*.

<sup>281</sup> In generale sugli strumenti di *soft law* v. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato*, Padova, 2008, p. 3, il quale chiarisce che la locuzione in oggetto allude a un complesso fenomeno di atti e fatti *latu sensu* normativi, caratterizzati in negativo dalla mancanza del carattere autoritativo. Che i Principi Unidroit costituiscano degli strumenti di *soft law* è opinione sostenuta, *ex multis*, da M.J. BONELL, *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti. I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006, p. 6; ID., *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 621, il quale rileva che la scelta di emanare un codice a efficacia non vincolante deriva dalla circostanza che i negoziati per la stipulazione della Convenzione di Vienna hanno dimostrato che più in là di tale Convenzione non ci si poteva spingere a livello normativo.

<sup>282</sup> V. retro § 1.7.

<sup>283</sup> Si riporta il testo dell'art. 3.10: (1) Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori,

(a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e

Il principio, dunque, tende a tutelare la parte che riceva uno svantaggio iniquo dalla conclusione del contratto<sup>284</sup>. Tale svantaggio deve essere eccessivo – benché non venga fornita alcuna indicazione quantitativa – e ingiustificabile, secondo la valutazione dei fattori indicati dal secondo comma dell’articolo in commento, quali ad esempio la dipendenza economica e l’approfittamento dello stato di bisogno<sup>285</sup>.

Quest’ultimo fattore, in particolare, può ispirare qualche affinità fra la disciplina della *gross disparity* e l’istituto della rescissione, di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c., tuttavia, le differenze che investono i due istituti sono notevoli: sia con riguardo ai presupposti<sup>286</sup> sia con riguardo ai rimedi. Ai fini dell’indagine che qui si svolge, relativa allo squilibrio contrattuale tra *outsourcer* e *outsourcee*, le differenze dei rimedi offerti dalla *gross disparity* e la rescissione appaiono di una rilevanza notevole. Si osserva, infatti, che l’ordinamento nazionale ha adottato come rimedio la risoluzione, fermo restando la possibilità per la parte avvantaggiata di riportare il contratto a equità. Diversamente, l’Istituto internazionale ha preferito ricorrere all’annullabilità del contratto, conferendo, inoltre, tanto alla parte svantaggiata, quanto alla controparte alla quale sia stato notificato l’avviso di annullamento, la possibilità di

---

(b) la natura e lo scopo del contratto.

(2) Su richiesta della parte che ha diritto all’annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

(3) Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l’avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l’altra prontamente dopo aver ricevuto l’avviso e prima che quest’ultima abbia agito facendovi affidamento. Le disposizioni di cui all’articolo 3.13 (2) si applicano con le opportune modifiche.

<sup>284</sup> Cfr. M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l’art. 3.10 dei principi Unidroit*, in *Contr.impr./Eur.*, 1997, p. 164, secondo la quale a base del movimento di uniformazione del diritto del commercio internazionale è stata posta la promozione di rapporti equi.

<sup>285</sup> Chiarisce I.L. NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim.*, 2014, p. 1454, che l’ingerenza giudiziale non si pone in contraddizione con il rispetto dell’autonomia delle parti, come dimostrato dalla circostanza che esso è giustificato soltanto quando lo svantaggio sia eccessivo e non giustificato.

<sup>286</sup> Con riguardo ai presupposti, il campo di applicazione risulta essere più ristretto rispetto alla *gross disparity clause*. Giova ricordare che l’istituto della rescissione tutela la parte che abbia stipulato un contratto in stato di pericolo (art. 1447 c.c.) ovvero in stato di bisogno (art. 1448 c.c.). In tale ultimo caso, tuttavia, occorre altresì che vi sia l’approfittamento dell’altro contraente e la lesione subita dalla parte svantaggiata sia *ultra dimidium*, ossia di valore superiore alla metà. Sui profili dell’entità della lesione patrimoniale, dell’approfittamento, dello stato di bisogno v. P. PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 485 ss.

richiedere al giudice l'adattamento del contratto ai criteri di correttezza propri del commercio internazionale<sup>287</sup>. Ed è questo l'aspetto maggiormente rilevante.

La possibilità di ottenere un adeguamento della *lex contractus* mostra la propensione dell'Istituto Internazionale verso i rimedi manutentivi, piuttosto che verso la caducazione del contratto, come dimostrato anche dal richiamo alla buona fede e correttezza<sup>288</sup>.

I principi Unidroit, dunque, hanno fatto propria un'esigenza molto sentita nella prassi del commercio internazionale che è quella di prevedere il potere correttivo del giudice<sup>289</sup>. Ove la revisione sia stata richiesta dalla parte svantaggiata e la controparte non concordi in merito alla revisione contrattuale, spetterà al giudice scegliere tra i due rimedi offerti<sup>290</sup>.

Tale soluzione si pone in linea con il principio espresso nei successivi art. 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.3, in ordine alla *hardship clause*. Nello specifico, dette disposizioni prevedono che, al verificarsi di circostanze turbative dell'originario equilibrio contrattuale, tali da rendere estremamente gravosa, ma non impossibile, l'esecuzione della prestazione e sorte successivamente alla conclusione del contratto, l'adempimento non sia più esigibile e la parte svantaggiata richieda la rinegoziazione del contratto<sup>291</sup>.

Naturalmente non tutte le sopravvenienze sono in grado di incidere sull'efficacia del contratto, ma lo sono unicamente quelle che alterano sensibilmente l'equilibrio contrattuale e che siano inimpugnabili e imprevedibili<sup>292</sup>.

---

<sup>287</sup> Osserva C. PARRINELLO, *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori: riflessioni sui principi Unidroit*, in AA. VV., *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 450 che è proprio la circostanza per la quale l'adattamento possa essere richiesto sia dalla parte svantaggiata che da quella avvantaggiata dallo squilibrio contrattuale a testimoniare la forza dell'adeguamento.

<sup>288</sup> Cfr. C. PARRINELLO, *o.c.*, p. 452.

<sup>289</sup> Così C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 160.

<sup>290</sup> La soluzione emerge dal commento ufficiale ai principi Unidroit, reperibile sul sito [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

<sup>291</sup> Già dalla collocazione sistematica, che vede l'*hardship clause* inserita nel capo relativo all'adempimento, emerge il *favor* dell'Unidroit verso la conservazione del contratto, così D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 35 s.

<sup>292</sup> Sui requisiti dell'*hardship* v. G. MARASCO, *o.c.*, p. 62 ss., il quale soffermandosi in particolare sul carattere della non immutabilità chiarisce che la sopravvenienza deve essere esterna, non riferibile alla condotta di uno dei contraenti e porsi al di fuori del loro controllo ragionevole. Inoltre, giova ricordare che, come precisato anche dal commento ufficiale, reperibile sul sito [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), l'*hardship* assume rilevanza soltanto con riguardo alle prestazioni non ancora eseguite, mentre per quelle eseguite in maniera parziale riguarderà la parte della prestazione ancora da eseguire, mentre se

Il contenuto della clausola al vaglio è rimessa all'autonomia delle parti, le quali potranno liberamente determinarne il contenuto<sup>293</sup>. Così, le *hardship clause* potranno avere un contenuto estremamente dettagliato e indicare con precisione sia i presupposti che le modalità con cui debba procedersi all'adeguamento contrattuale – fermo restando che tale precisione deve comunque lasciare margini di discrezionalità alle parti, altrimenti la clausola non sarà qualificabile quale *hardship*, ma piuttosto di adeguamento<sup>294</sup> – ovvero avere un contenuto generico e adattarsi a una molteplicità più ampia di situazioni<sup>295</sup>.

Qualunque sia la soluzione adottata dai contraenti, la struttura della clausola sarà nella maggioranza dei casi la medesima: innanzitutto dovranno essere individuate le sopravvenienze ritenute rilevanti; a ciò farà séguito la previsione degli effetti e delle modalità con cui procere alla rinegoziazione.

Con riguardo agli effetti, si precisa che essi vanno ravvisati nella sospensione dell'esecuzione del contratto e il diritto a ottenere la revisione delle prestazioni<sup>296</sup>. La sospensione è un rimedio soltanto temporaneo e non necessario: troverà applicazione nelle more della rinegoziazione e soltanto ove ricorrano circostanze straordinarie. In un contratto di *outsourcing* di sistema informatico, le parti, con particolare riguardo all'impresa servita, possono restare fortemente pregiudicate dall'inefficacia del contratto, di tal ché la sospensione del contratto potrà essere richiesta soltanto ove risulti ragionevole, sulla base dei mutamenti delle circostanze

---

ha già adempiuto non può invocare né l'aumento dei costi, né la diminuzione del valore della controprestazione. In generale, sull'incidenza delle sopravvenienze nel rapporto parzialmente eseguito v. E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 51 ss.

<sup>293</sup> Osserva A. GORNI, *L'adaptation convenuta dalle parti*, in AA. VV., *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, C. Vaccà (a cura di), Milano, 1992, pp. 47 ss, che una forte incidenza nella redazione delle clausole è rivestita dalla cultura giuridica dei contraenti, come dimostrato dalla circostanza che le clausole predisposte dai soggetti di cultura giuridica anglo-americana tendono a essere maggiormente dettagliate rispetto a quelle redatte da operatori continentali.

<sup>294</sup> Sulla distinzione fra clausole di rinegoziazione e clausole di adeguamento v. *infra* § 2.6

<sup>295</sup> Condivisibile appare l'osservazione di A.M. CASTRO e A.C. ZAPATA, *El hardship en los contratos internacionales*, in *Revista e-mercatoria*, 2005, p. 121 secondo le quali «lo importante es lograr una cláusula suficientemente balanceada como para dotar a las partes de una herramienta para encarar situaciones imprevistas, sin que ello constituya un riesgo de que se abuse de tal estipulación para propósitos distintos de aquellos que la inspiraron».

<sup>296</sup> Sono proprio gli effetti a determinare la differenza fra *force majeure* e *hardship clause*: la prima clausola, infatti, può prevedere la liberazione del debitore ovvero la sospensione dell'esecuzione; la seconda, invece, mira al ripristino dell'equilibrio contrattuale, ripristino che sarebbe inutile ove la forza maggiore renda impossibile l'oggetto del contratto, così G. MARASCO, *o.c.*, p. 70.

verificatisi. Del resto, la sospensione non automatica appare tanto piú condivisibile, laddove si consideri che potrebbe essere utilizzata quale strumento di abuso in danno della controparte<sup>297</sup>.

Con riferimento, invece, alle modalità con le quali ristabilire il perduto equilibrio negoziale, le parti dovranno individuare, in primo luogo con quali strumenti dovrà essere comunicato l'avvio della procedura di rinegoziazione; inoltre dovranno essere indicati i relativi termini e delle linee guida da eseguire nella revisione. In assenza di un'adeguata regolamentazione, le parti saranno tenute a mantenere una condotta conforme agli obblighi di correttezza. Si ricorda, infatti, che l'importanza della fornitura dei servizi informativi è tanto maggiore ove si consideri che l'*outsourcer* optando per l'esternalizzazione, rimette la gestione della totalità dei servizi IT all'*outsourcer*, con la conseguenza che lo scioglimento del vincolo contrattuale rappresenta la scelta economicamente meno vantaggiosa per l'*outsourcer*, il quale dovrà affrontare molteplici costi per la conclusione di un nuovo contratto di fornitura di servizi.

Nel caso in cui i contraenti non riescano bonariamente a superare i contrasti in ordine alla revisione, sarà necessario l'intervento del giudice-arbitro, al quale sono rimesse due alternative.

In primo luogo, il giudice potrà disporre la risoluzione del contratto. Questa soluzione, benché si ponga in linea con i tradizionali rimedi, conosciuti in particolare nei sistemi di *civil law*, non si mostra del tutto soddisfacente, soprattutto con riguardo alla fattispecie negoziale che qui ci occupa, di tal ché lo scioglimento del vincolo contrattuale dovrà essere considerata la soluzione residuale.

Il giudice, inoltre, potrà anche modificare il regolamento contrattuale, ripristinando il turbato equilibrio. È in questa previsione che si coglie l'importanza che il rimedio manutentivo assume nella prassi internazionale.

Il potere d'intervento del giudice rappresenta una novità, soprattutto con riguardo agli ordinamenti di *civil law*, sempre improntati sull'autonomia negoziale.

---

<sup>297</sup> Cfr. A. MADRID PARRA, *El cumplimiento*, in *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pumlona, 1998, p. 312, il quale osserva che ove si ammettesse che la semplice domanda di rinegoziazione sospenda l'efficacia del contratto sarebbe troppo agevole per la parte che non intenda eseguire la propria prestazione richiedere la rinegoziazione.

Invero, l'autonomia negoziale riveste un ruolo centrale anche nei Principi Unidroit, come emerge dall'art. 1.1 in cui è stabilito che le parti sono libere sia di scegliere se concludere o meno un contratto, che di determinarne il contenuto. Detta libertà viene temperata dalla buona fede, alla quale deve conformarsi il comportamento delle parti, dal momento della conclusione del negozio, fino alla sua completa ed esatta esecuzione<sup>298</sup>. Ed è proprio in ossequio alla *bona fide* che l'Unidroit ha cercato di incrementare la collaborazione fra i contraenti, al fine di non giungere alla soluzione meno conveniente, soprattutto in un contratto di *outsourcing* di sistemi informatici, lo scioglimento del vincolo negoziale<sup>299</sup>.

Resta, però, da tenere in considerazione che, se l'obbligo per le parti di rinegoziare il contenuto contrattuale è una soluzione ampiamente condivisibile, l'incidenza del giudice sul regolamento negoziale, non è stata accolta con favore dalla dottrina unanime, la quale ha suggerito di inserire nella clausola *hardship* i criteri ai quali il giudice deve attenersi<sup>300</sup>. Tuttavia, non può negarsi una clausola – come la *hardship clause* – accettata dal mercato globale, deve essere considerata meritevole anche nell'ordinamento italiano. Considerare immeritevole l'*hardship clause* significherebbe tenere fuori le imprese italiane o comunque le imprese che intendono investire nel mercato italiano dal commercio internazionale<sup>301</sup>. Del resto, l'operatività dei Principi Unidroit è rimessa alla volontà delle parti medesime, che nella loro autonomia possono anche deferire al giudice-arbitro il potere di incidere sul contenuto delle prestazioni, al fine di ripristinare l'originario equilibrio, ove i contraenti medesimi falliscano nell'intento.

---

<sup>298</sup> Rileva al riguardo l'art. 1.7, comma 2, il quale statuisce che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede non può essere escluso o limitato.

<sup>299</sup> Cfr. A. FRIGNANI e M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010, p. 309 s., secondo i quali la soluzione adottata dall'Unidroit riafferma i principi fondanti il diritto dei contratti, quale il principio generale *pacta sunt servanda*, ma allo stesso tempo prende atto dell'evoluzione della prassi internazionale e spinge verso una maggiore cooperazione dei contraenti.

<sup>300</sup> Così A. FRIGNANI e M. TORSELLO, *o.c.*, p. 310, i quali osservano che il giudice non sempre si trovi nella condizione di valutare le conseguenze economiche della gestione della sopravvenienza. Non condivide il potere rimesso al giudice neanche G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 138, la quale definisce l'adeguamento giudiziale una «forma eterodiretta di chirurgia contrattuale».

<sup>301</sup> Nello stesso senso G. GUIDA, T. DELLA MASSARA, M. DE POLI, M. DALLA PAOLA e L. MATERIA, *Le obbligazioni pecuniarie*, in AA. VV., *Trattato delle obbligazioni*, S. Patti e L. Vacca (a cura di), Padova, 2010, p. 292, i quali, pur ritenendo la clausola *hardship* «destabilizzante», finiscono per ammetterla, poiché negandone cittadinanza si richiederebbe di collocarsi fuori della più diffusa prassi internazionale.

Va, inoltre, ricordato che una previsione analoga è rinvenibile nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PECL)<sup>302</sup>.

L'art. 6:111 dei Principi Lando, infatti, prevede che in presenza di circostanze perturbative, non presenti alla conclusione del contratto e imprevedibili, la parte svantaggiata possa chiedere la rinegoziazione del contratto. Nell'ipotesi in cui le parti non riescano a trovare un accordo sul nuovo contenuto contrattuale, potranno adire il giudice, il quale provvederà all'adeguamento delle prestazioni alla mutata realtà; a differenza di quanto previsto dai Principi Unidroit, però, l'art. 6:111 non contempla l'eventuale sospensione dell'efficacia del contratto.

Ciò che colpisce dei Principi Lando rispetto ai Principi Unidroit è la rilevanza che in essi viene conferita alla clausola generale di buona fede. È vero che l'Unidroit ha cercato di ampliare la collaborazione fra le parti, e che tale collaborazione risponde ai canoni di buona fede e correttezza, tuttavia, nei PECL sembra assumere un ruolo ancora più marcato. Ciò si evince dall'art. 4:109, che richiamando la *gross disparity* conferisce alla parte che ha subito uno svantaggio iniquo di chiedere l'intervento del giudice, al quale spetta il compito di armonizzare il contratto, secondo la regolamentazione che avrebbero adottato i contraenti se avessero agito nel rispetto della buona fede<sup>303</sup>. Allo stesso modo, l'art. 6:111, in relazione al mutamento delle circostanze, pur non richiamando espressamente la buona fede, stabilisce che il giudice, nel disporre l'adeguamento della *lex contractus*, distribuisca tra le parti le perdite e i profitti, dovuti a siffatto mutamento, in maniera giusta ed equa.

Da quanto fin qui esaminato, emerge che gli strumenti manutentivi costituiscono un'esigenza molto sentita nella prassi del commercio internazionale. Ciononostante gli ordinamenti nazionali sembrano adagiarsi sui criteri tradizionali, quali lo scioglimento del vincolo contrattuale, mostrandosi reticenti a una codificazione della regola di rinegoziazione. La codificazione della rinegoziazione ha trovato riscontro soltanto nelle codificazioni più recenti di altri ordinamenti. Il legislatore argentino, ad esempio, nell'art. 1011 del nuovo *Código civil y comercial* ha

---

<sup>302</sup> Tali Principi furono elaborati, in ambito comunitario, dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti, presieduta dal giurista olandese Ole Lando nel 2001.

<sup>303</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Il contratto e l'obbligazione nei principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 892, il quale afferma che l'art. 4:109 «non fa altro che circuitare la buona fede alla stregua di procedimenti ermeneutici che partono dalla volontà delle parti e a questa finiscono col tornare».

previsto, che «*En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que la sin dujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*»<sup>304</sup>.

Ma se la positivizzazione della teoria dell'adeguamento del contratto ha trovato spazio nel codice civile argentino, lo stesso non può dirsi per gli altri ordinamenti di *civil law*.

### 2.3 Uno sguardo all'ordinamento spagnolo.

Un'indagine maggiormente approfondita del tema dell'adeguamento del contratto, impone di volgere lo sguardo anche ad altri ordinamenti, di *civil law*, ricchi di principi a comuni all'ordinamento interno, come ad esempio quello spagnolo.

Il legislatore iberico, forse per il sospetto che la teoria delle sopravvenienze possa attentare alla sicurezza dei traffici giuridici e al rispetto della volontà dei contraenti, non ha dedicato alcuna disposizione sulla revisione o risoluzione del contratto, al verificarsi di circostanze perturbative<sup>305</sup>.

Il tema è stato affrontato, però, dalla dottrina<sup>306</sup> e dalla giurisprudenza<sup>307</sup>, le quali hanno fatto ricorso al principio *rebus sic stantibus*, ravvisandone il fondamento

---

<sup>304</sup> Il nuovo *código civil y comercial de la Nación*, aprobado por la ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014 è entrato in vigore il 15 agosto 2015.

<sup>305</sup> Sostiene C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, o.c., p. 18, che «[l]a falta de positivación de las doctrinas citadas se ha justificado siempre por su consideración como un atentado al principio de seguridad jurídica y al respeto a la voluntad de los contratantes que impide que las partes puedan sustraerse al cumplimiento de las obligaciones asumida invocando dudosas dificultades sobrevenidas o pérdidas de interés en el contrato».

<sup>306</sup> *Ex multis*, L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 6ª ed., Navarra, 2007, pp. 1068, secondo il quale si può discutere in ordine ai presupposti ed i requisiti della sopravvenienza, affinché sia rilevante, ma non sul fatto che il mutamento delle circostanze determini una modifica del regime giuridico del rapporto contrattuale.

<sup>307</sup> *Ex multis*, *Tribunal Supremo*, de 21 febrero 2012, in *Repertorio de jurisprudencia aranzadi*, 2012, 4524.

giuridico sia nella clausola generale di buona fede sia impossibilità di realizzare la causa del contratto<sup>308</sup>.

In particolare, si è fatto riferimento alla buona fede oggettiva, intesa come strumento di integrazione contrattuale, ai sensi dell'art. 1258 *código civil*<sup>309</sup>, la quale stabilisce che le parti sono obbligate a tutto quanto previsto nel contratto e alle conseguenze che sono conformi a buona fede. La clausola generale assume, pertanto, un ruolo decisivo, ma nel caso di specie non quale canone ermeneutico, bensì quale strumento di integrazione<sup>310</sup>. In altri termini, diviene uno strumento necessario non per interpretare la volontà inespressa dei contraenti, ma per colmare i vuoti lasciati dai contraenti medesimi, cercando di capire qual è la modalità di ripartizione del rischio che avrebbero scelto, ove avessero previsto le sopravvenienze.

Emerge, dunque, la differenza fra interpretazione e integrazione, posto che la buona fede non rappresenta soltanto uno strumento di lettura della volontà delle parti, ma assume i tratti di una fonte eteronoma, la quale si aggiunge alla volontà dei contraenti; non dipende da questa, piuttosto ne diviene un'alternativa, qualora il regolamento contrattuale presenti delle lacune<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Osserva M. GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2014, p. 269, che «[d]e todas las teorías construidas para resolver el conflicto de la desnaturalización del contrato por circunstancias sobrevenidas, la de la cláusula rebus sic stantibus es la más antigua y el germen de todas las demás». Tra gli Autori che per primi si sono dedicati allo studio della clausola *rebus sic stantibus* cfr. L. Díez-PICAZO e P. DE LEÓN, *La cláusula "rebus sic stantibus"*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 1996, p. 669 ss.

<sup>309</sup> Il ruolo della buona fede è stato fortemente rivalutato negli ultimi anni, assumendo una rilevanza notevole non soltanto il relazione alle sopravvenienze, ma alla disciplina del contratto in generale; sulla portata della buona fede cfr. J. ATAZ LÓPEZ, *La buena fe contractual*, in AA. VV., *Tratado de contratos*, I, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, N. Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2009, p. 167 ss.

<sup>310</sup> Cfr. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *o.c.*, p. 143 ss., secondo la quale la buona fede si colloca nella stessa posizione della legge e degli usi come fonte del regolamento contrattuale, permettendo così di colmare delle lacune che sorgono durante la fase di esecuzione del contratto. Osserva, tuttavia, L.M. MARINEZ VELENCOSO, *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Madrid, 2003, p. 333, che attraverso il ricorso alla buona fede si cerca di integrare e correggere la volontà privata che ha dato vita al contratto, producendo effetti che non derivano da tale volontà, in quanto la volontà delle parti non sempre riesce a prevedere tutte le conseguenze che derivano dal contratto.

<sup>311</sup> Sulla portata integrativa della buona fede cfr. L. Díez-PICAZO, *Comentario del artículo 1258*, in *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 436 ss., il quale osserva che l'articolo in commento mostra come il contratto è regolato non soltanto dall'autonomia privata, ma anche da fonti eteronome, le quali dettano regole di condotta indipendenti dalla volontà dei contraenti; J. ROCA GUILLAMÓN, *Sub art. 1258*, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, XVII, cit., secondo il quale *el artículo 1258 código civil* contiene al suo interno un «valor integrador» il quale trova il proprio fondamento nella funzione sociale del contratto, con la conseguenza che la portata integrativa si sviluppa al margine del contratto medesimo e, stante la portata imperativa della norma, anche contro la volontà delle parti; M. GARCÍA CARACUEL, *o.c.*, osserva che da quando è stato modificato il *Título preliminar del Código Civil*, nel

Il giudice in questo modo potrà valutare quale sia la soluzione che maggiormente riesca a conciliare l'opportunità di conservazione del contratto, con il turbato equilibrio contrattuale, intervenendo sul regolamento stesso, modificandolo alla luce della clausola contrattuale di buona fede.

Benché sia radicato il riferimento alla buona fede oggettiva, la teoria delle sopravvenienze non ha mancato di richiamare il concetto di difetto funzionale della causa<sup>312</sup>.

Se da un lato, si afferma che in presenza di mutamenti delle circostanze, la buona fede impone ai contraenti di revisionare o risolvere il contratto, dall'altro non si è mancato di osservare che, ove si lascino immutate le obbligazioni, la causa negoziale – intesa quale funzione economico individuale – sarebbe difficilmente realizzabile. Per la realizzazione di tale funzione deve restare invariato non soltanto quanto positivizzato nelle regolamento contrattuale, ma anche tutto quello che le parti hanno tenuto presente, pur non esternalizzandolo<sup>313</sup>. Non si tratta, quindi, di integrare il contratto cercando di ricostruire la volontà delle parti, quanto piuttosto di valutare l'attualità degli interessi dei contraenti alla conservazione del negozio nei termini inizialmente stabiliti. Non si guarda al profilo oggettivo della prestazione, se sia divenuta eccessivamente onerosa o impossibile, quanto allo scopo che il contratto inizialmente stipulato si prefigurava di raggiungere e, in particolare, il contesto

---

1974, la clausola generale di buona fede, così come quella dell'equità e del divieto di abuso del diritto, hanno smesso di operare come principi che informano il diritto, per assumere il carattere di norma positiva, indispensabili per l'applicazione del diritto. La buona fede, dunque, contribuisce allo sviluppo giudiziale del diritto, aiutando il giudice nel suo lavoro di individuazione della norma da applicare al caso concreto. Nella dottrina italiana cfr. *ex multis* da F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 74, il quale ribadisce la diversità ontologica esistente fra integrazione ed interpretazione: la prima opera sul piano del rapporto; la seconda sul piano dell'atto di volontà.

<sup>312</sup> Osserva C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *o.c.*, p. 129, che la causa del contratto non rileva come elemento essenziale del contratto soltanto al momento del suo perfezionamento, ma deve persistere per tutta la durata del rapporto. La necessità che la causa non venga mai meno appare chiara ove si considerino i contratti di durata o quelli a esecuzione differita, nei quali non vi è coincidenza fra il momento perfezionativo e quello esecutivo del contratto.

<sup>313</sup> Cfr. L. DIEZ-PICAZO e A. GUILLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 10ª ed., Madrid, 2012, p. 255 ss., i quali chiariscono quando la base negoziale viene meno e, precisamente, sostengono che «*la base subjetiva del necocio desaparece cuando las circunstancias positivamente esperadas por ambas partes no lleen a existir o si extingue (si lo esperado era su persistencia). La obietiva en dos casos: cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se rompe de manera tal que ya no puede hablarse de controprestación (destrucción de la relación de equivalencia); cuando la finalidad común y obiectiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación sea todavía posible (frustración del fin)*»; nello stesso senso, L.M. MARTINEZ VELENCOSO, *o.n.c.*, p. 107.

circostanziale nel quale il contratto è venuto ad esistenza, accettato ma non esternato dalle parti, di modo che la sua venuta meno provoca la caduta del contratto e della ripartizione del rischio, così come pattuita originariamente<sup>314</sup>. Nell'ipotesi in cui le circostanze sopravvenute incidano sul contenuto delle obbligazioni in maniera tale da annullare l'interesse dei contraenti alla sua esecuzione, allora sarà necessario intervenire sul rapporto la cui causa appare 'frustrata'.

In questo contesto dottrinario, tuttavia, la giurisprudenza dei Tribunali spagnoli si è mostrata più cauta, assumendo una posizione fortemente restrittiva e negando nella maggioranza delle ipotesi la revisione giudiziale o la risoluzione del contratto. Per lungo tempo, il *Tribunal Supremo*, pur non negando in linea astratta e teorica l'ammissibilità della clausola *rebus sic stantibus*, di fatto ne negava l'applicazione nel caso concreto, sulla base della considerazione che le circostanze perturbative poste all'attenzione del giudice non erano tali da rompere l'originario sinallagma contrattuale<sup>315</sup>. La prima decisione registrata sul punto risale al 1940, quando con la sentenza del 14 dicembre, la Corte nega che l'aumento dei prezzi dovuti alla guerra possa giustificare una revisione o risoluzione contrattuale, in quanto «*la alteración de precios, debida a circunstancias más o menos transitorias, no ha llegado a dimensiones tan excepcionales que pueda considerarse desaparecido la base del negocio, ni cae dentro de lo totalmente imprevisible*»<sup>316</sup>. A partire da tale momento, si sono susseguite molteplici pronunce, che hanno interpretato in maniera rigorosa i requisiti della eccezionalità e della

---

<sup>314</sup> Cosí M. GARCÍA CARACUEL, *o.c.*, p. 281.

<sup>315</sup> Cfr. *ex multis*, *Tribunal Supremo*, de 14 diciembre 1993, n. 8668, in *www.poderjudicial.es*; *Tribunal Supremo* de 18 junio 2004, n. 4262, *ivi*, il quale non ammette l'applicazione della clausola *de qua*, in quanto da un lato ritiene discutibile che un aumento del prezzo delle abitazioni si consideri in Spagna un evento eccezionale, dall'altro, è ancora più discutibile che detta clausola si applica ad un contratto come quello al vaglio del giudice, caratterizzato da una cospicua corresponsione iniziale del prezzo, cui si aggiunge che il prezzo definitivo è determinato tenendo conto di fattori estranei alla volontà dei contraenti; Ritiene, invece, applicabile la *clausola rebus sic stantibus* il *Tribunal Supremo* 1 junio 2010, in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 2011, p. 479, con nota di L.M. MARTINEZ VELENCOSO, *Sentencia de 1 junio de 2010. Arrendamiento de cosas: frustración del fin del negocio*, ravvisando il requisito dell'imprevedibilità delle sopravvenienze, relativamente ad un contratto di locazione di due locali commerciali, nell'opposizione degli proprietari all'unione dei due locali medesimi. L'Autrice del commento, tuttavia, non condivide in questo caso l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*, sia perché l'opposizione alla riunione dei locali era facilmente prevedibile, sia perché dal contratto si evince chiaramente la distribuzione del rischio, che nel caso di specie doveva essere inteso a carico del conduttore.

<sup>316</sup> *Tribunal Supremo*, de 14 diciembre 1940, in *Repertorio de jurisprudencia aranzadi*, 1940, 1135.

imprevedibilità delle circostanze, così da escludere nei fatti un intervento giudiziale sul regolamento contrattuale<sup>317</sup>.

Questa lettura restrittiva della clausola *rebus sic stantibus*, ha trovato però, più recentemente, un arresto nel 2013, con le sentenze del 17 e 18 gennaio<sup>318</sup>. Tali decisioni hanno avuto il merito di mutare il precedente orientamento giurisprudenziale, che tendeva a un'interpretazione restrittiva di sopravvenienza rilevante, al fine di non concedere alle parti facili strumenti per eludere gli obblighi contrattuali. Il *Tribuna Supremo* arriva così a sostenere che «una recesión económica como la actual, de efectos profundos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos [...] una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla»<sup>319</sup>.

Anche questa volta, però, nei casi concreti posti al vaglio giudiziale non si ravvisano gli estremi per l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*.

Ma a distanza di alcuni mesi, con la sentenza del 23 aprile 2013 n. 3268, la Corte ritorna sul punto e applica la clausola *de qua*<sup>320</sup>. Il *Tribunal Supremo*, infatti, questa volta, ritiene che il ritardo nella consegna dell'abitazione e, soprattutto, la mancata concessione del mutuo ipotecario necessario per la surrogazione del prestito già contratto dal venditore, dovuta alla crisi economica – qui considerata come fatto notorio – costituiscano circostanze sopravvenute idonee a giustificare la risoluzione contrattuale. In particolare, il *Tribunal Supremo*, dopo aver rilevato che «se ha distinguido

---

<sup>317</sup> Recentemente cfr. *Tribunal Supremo*, de 27 abril 2012, in *Repertorio de jurisprudencia aranzadi*, 2012, 4717; *Tribunal Supremo*, de 20 noviembre 2009, *ivi*, 2009, 3187; *Tribunal Supremo*, de 28 septiembre 2006, *ivi*, 6389.

<sup>318</sup> Entrambe le sentenze sono consultabili sul sito [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

<sup>319</sup> Così *Tribunal Supremo*, de 17 enero 2013, cit.

<sup>320</sup> *Tribunal Supremo* de 26 abril 2013, in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 2016, p. 579, con nota di J.M. BUSTO LAGO, *Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla «rebus sic stantibus», frustración de las expectativas del comprador*. L'Autore osserva in maniera critica che mentre in epoca antecedente al 2008, la proroga del termine convenuto per la consegna dell'abitazione era divenuto una nota caratteristica del contratto medesimo e veniva considerato un ritardo ragionevole e niente affatto sintomatica dell'inadempimento, tuttavia, in seguito alla crisi economica, e con il calo dei prezzi, l'acquirente cerca qualsiasi mezzo legale per liberarsi delle obbligazioni contrattuali e cercare un'abitazione che abbia le stesse caratteristiche, ma a un prezzo inferiore.

la base del negozio *subjectiva*, como la *representación común* o lo que *esperan ambos contratantes*, que le has llevado a celebrar el contrato y *objetiva*, como la *circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa (concepto objetivo)* Todo ello se funda en el principio de la *buona fe*, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio», ha ritenuto che nel caso posto alla sua attenzione ci fossero gli estremi per dichiarare la risoluzione del contratto in quanto è venuta meno la base negoziale.

Il varco aperto dalle sentenze del 2013 è stato subito percorso dalla successiva giurisprudenza<sup>321</sup>. Nello specifico, nel 2014 sono state emesse altre decisioni che fanno concreta applicazione della clausola *rebus sic stantibus*. Il *Tribunal Supremo* prende atto del mutato orientamento, che da un atteggiamento cauto arriva a un'applicazione normalizzata e ribadisce, questa volta con riguardo a contratti di appalto, che la crisi economica iniziata nel 2008 possa valere come sopravvenienza imprevedibile e inevitabile, capace di generare un obbligo di revisione contrattuale. Si afferma così che «*la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide*»<sup>322</sup>. Il criterio delle prevedibilità, dunque, va valutato come possibilità di prevedere l'evento sopravvenuto nel caso concreto.

Ma a differenza di quanto statuito nel 2013, il *Tribunal Supremo* opta per la conservazione del contratto e, pertanto, per la revisione delle obbligazioni contrattuali.

Il nuovo orientamento giurisprudenziale considera, dunque, la recente crisi economica quale mutamento di circostanze rilevante, purché abbia delle effettive ripercussioni economiche sull'impresa. Nella prassi commerciale, del resto, una impresa in crisi potrebbe avere difficoltà a ottenere dei finanziamenti, con la

---

<sup>321</sup> Cfr. *Tribunal Supremo*, de 30 junio 2014, n. 333, in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es); *Tribunal Supremo*, de 15 octubre 2014, n. 591, in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 2015, p. 175, con nota di Á. CARRASCO PERRERA, *reivindicación y defensa de la vieja doctrina «rebus sic stantibus»*; nonché di G. MACANÁS, *Gastos extraordinario u ordinarios en el convenio regulador: respuesta incompleta a una pregunta errónea*. Nel commentare la sentenza del 15 ottobre Á. CARRASCO PERRERA, si interroga sulla possibilità di vietare, in forma convenzionale e *ex ante*, l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*, e giunge alla conclusione che sebbene sia possibile, qualora la clausola sia generica, si corre il rischio che dalla stessa derivi l'applicazione residuale della clausola *rebus*.

<sup>322</sup> Cfr. *Tribunal Supremo*, del 15 de octubre 2014, n. 591, cit.

conseguente difficoltà di tener fede agli impegni contrattuali assunti. Pertanto, appare condivisibile la più recente soluzione adottata dal *Tribunal Supremo* di ammettere la revisione/risoluzione del contratto anche nell'ipotesi in cui la sopravvenienza sia identificata con la crisi economica e la conseguente difficoltà di accesso al credito.

Naturalmente, le aperture della giurisprudenza verso una regolare applicazione della clausola *rebus sic stantibus* e un'interpretazione meno restrittiva del carattere della imprevedibilità consentono di affermare la liceità di un intervento giudiziale anche nel contratto di *outsourcing*, nell'ipotesi in cui la sopravvenienza non si identifichi con la crisi economica, ma con le mutate esigenze dell'impresa servita. È ben possibile che i livelli di servizi inizialmente pattuiti non siano più sufficienti a soddisfare le esigenze dell'*outsourcee* e che pertanto occorra intervenire sul regolamento contrattuale. Il nuovo atteggiamento giurisprudenziale consente ora di percorrere questa soluzione.

Resta, soltanto, da chiedersi come debba sostanziarsi tale intervento. Le alternative non possono essere che due: la risoluzione o la revisione contrattuale.

La giurisprudenza esaminata non appare unanime, posto che nel 2013 si è orientata verso la risoluzione, mentre nel 2014 ha provveduto a un adeguamento del contenuto delle prestazioni.

Si potrebbe, allora, sostenere che l'insorgere della sopravvenienza determini lo scioglimento del vincolo contrattuale, quando il rapporto obbligatorio sia di tipo sinallagmatico, mentre nell'ipotesi di obbligazione a carico di una sola parte e la lesione provenga da un'eccessiva onerosità sopravvenuta, il rimedio sia la revisione contrattuale<sup>323</sup>. Sembra, tuttavia, prevalere nella letteratura l'indirizzo di segno opposto, secondo il quale alla sopravvenienza perturbativa occorra reagire con una modifica del contratto, ricorrendo alla caducazione del rapporto soltanto in ipotesi

---

<sup>323</sup> L. Díez-PICAZO, *o.u.c.*, p. 1081, il quale sostiene che nel caso in cui il mutamento delle circostanze sia tale da turbare l'equilibrio di un contratto, in cui sia presente un rapporto obbligatorio di tipo sinallagmatico, alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza spetta la scelta fra il risolvere il contratto ovvero l'adempimento dell'originaria obbligazione. In giurisprudenza cfr. *Tribunal Supremo de 20 febrero 2001*, in *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2002, 2, p. 211, con nota di L.M. MARTINEZ VELENCOSO, *Derecho de superficie y cláusula rebus sic stantibus* (Comentario a la STS de 20 febrero 2001), ove si stabilisce, pur negando nel caso concreto l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*, che tale clausola consente soltanto una revisione del contratto e non anche la sua risoluzione o rescissione.

residuali<sup>324</sup>. Soltanto l'adeguamento delle obbligazioni alla mutata realtà sociale permette di realizzare gli interessi economici divisati dalle parti, che traggono maggior beneficio dalla continuazione del contratto, piuttosto che dalla sua risoluzione, la quale dovrebbe trovare spazio, soltanto in ipotesi eccezionali.

In questo ultimo senso, appare orientata anche la recente proposta di modifica del *Código civil*, la quale mira a modificare i titoli I e II del libro quarto del *Código Civil*, anche su ispirazione alle recenti acquisizioni europee e internazionali<sup>325</sup>. Nello specifico, la proposta pur lasciando inalterata la classica distinzione fra obbligazioni e contratti, mostra importanti novità in tema di contratto in generale, con particolare riguardo agli elementi essenziali, formazione, esecuzione e inadempimento. Ma nell'economia della presente indagine, quel che più interessa è l'art. 1213 della proposta, rubricato «*De la alteración extraordinaria de las circunstancias básica del contrato*»<sup>326</sup>. La proposta, infatti, non manca di considerare il problema delle sopravvenienze, codificando il principio *rebus sic stantibus* e stabilendo che nell'ipotesi di alterazione delle circostanze – avente i requisiti di eccezionalità e imprevedibilità – durante la fase di esecuzione del contratto, le parti convengano una revisione della *lex contractus*, ponendo la risoluzione in una posizione residuale.

---

<sup>324</sup> Cfr. J.M. BUSTO LAGO, *¿Cabe aplicar «rebus sic stantibus» en un contrato de compraventa como contrato de trato único?*, in AA. VV., *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovich*, Á. Carrasco Perera (a cura di), Navarra, 2015, p. 1724, il quale chiarisce che «[e]l reestablecimiento del equilibrio contractual roto se realiza mediante la modificación del contrato y, en casos excepcionales, mediante su resolución, sin arrostrar las consecuencia propias del incumplimiento y sin que proceda, en este último supuesto al reajuste de las prestaciones contractuales»; ID., *Acción de resolución de compraventa inmobiliaria*, cit., p. 591.

<sup>325</sup> Si tratta della Propuesta de Anteproyecto de la Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, aprobada por la Sección de Derecho Civil y Comisión General de la Codificación en el año 2008. In argomento v. P. SALVADOR CORDECH, *Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, in *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, n. 4; N. FENOY PICÓN, *La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento*, in *Anuario de derecho civil*, 2010, p. 47; ID., *La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación Parte Segunda: los remedios por incumplimiento*, *ivi*, 2011, p. 1481 ss.; M. GARCÍA CARACUEL, *o.c.*, p. 28449 ss.; J.M. BUSTO LAGO, *¿Cabe aplicar «rebus sic stantibus» en un contrato de compraventa como contrato de trato único?*, p. 1726;

<sup>326</sup> L'art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil dispone: «*Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*»

Il quadro spagnolo appena descritto mostra, dunque, negli ultimi anni un atteggiamento di apertura verso il fenomeno delle sopravvenienze, il quale, come si è avuto modo di accennare e si approfondirà in séguito, riveste un ruolo non secondario nei contratti di lunga durata, come quelli di *outsourcing* di sistemi informatici.

#### **2.4 Le soluzioni dell'ordinamento italiano tra risoluzione e rinegoziazione. L'integrazione equitativa.**

Evidenziate le soluzioni adottate dalla prassi internazionale e dall'ordinamento spagnolo al verificarsi di elementi perturbativi, merita di essere analizzata la posizione assunta dall'ordinamento italiano, al fine di valutare l'efficacia degli strumenti offerti.

Si è avuto modo di accennare in precedenza, come l'art. 1372 c.c., in ossequio a esigenze di stabilità e certezza, si renda espressione del brocardo latino *pacta sunt servanda*, in quanto sancisce che il regolamento contrattuale perfezionato abbia forza di legge fra le parti. Tale disposizione, dunque, non sembra che lasci ai contraenti la possibilità di adeguare le prestazioni da eseguire ai mutamenti sorti nelle more dell'esecuzione. La rigidità emergente dall'art. 1372 c.c. viene temperata dalla disciplina dettata in tema di impossibilità sopravvenuta (1463 c.c.)<sup>327</sup>, nonché di

---

<sup>327</sup> Per una ricostruzione teorica dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta v. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, 3ª ed., Milano, 1975, p.175, il quale ponendo l'attenzione sull'impossibilità imputabile al debitore, chiarisce che ove non vi possa essere imputazione l'obbligazione si estingue, mentre nel caso contrario non si estingue – benché ciò possa apparire illogico, posto che la possibilità della prestazione è uno dei requisiti dell'obbligazione – ma si 'trasforma' nell'obbligazione di risarcire il danno; nonché B. IANNOLO, *La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, II, p. 82; O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione (diritto civile)*, in *Encicl. giur.* Treccani, Roma, vol. XVI, 1989, p. 1.; C. CHESSA, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 523; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 43, il quale esclude che l'impossibilità sopravvenuta rientri fra le cause ammesse dalla legge di cui all'art. 1372 c.c., in quanto la risoluzione in tal caso opera automaticamente; L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, *ivi*, 1998, p. 547; SACCO R., *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Digesto civ.*, Torino, 1998, vol. XVIII, p. 53; PAGLIANTINI S., *Prevedibilità del fatto impeditivo, equilibrio subiettivo delle impugnazioni e recesso del contraente deluso: note a spunti in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 503; G.M. RICCIO, *eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2010; Sul rapporto fra impossibilità sopravvenuta e causa in concreto v. L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contratti*, 2008, p. 786; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p.151.

eccessiva onerosità (1467 c.c.)<sup>328</sup> della prestazione. Nelle norme appena citate, infatti, il legislatore si mostra consapevole della possibilità che eventi sopravvenuti incidano sulle prestazioni, tanto da renderle eccessivamente gravose se non addirittura impossibili. In tali eventualità, l'esatto adempimento della prestazione non è più esigibile<sup>329</sup>, di tal che non avrebbe senso ritenere che il contratto continui ad avere forza di legge fra le parti, piuttosto potrà essere/s'intenderà risolto. Si dà, dunque, rilevanza al momento funzionale del contratto, benché sia diverso il fondamento e l'operatività dei due rimedi<sup>330</sup>.

Invero, se la disciplina dettata in tema d'impossibilità sopravvenuta prevede necessariamente lo scioglimento del vincolo negoziale, tanto da avvenire *ipso iure*, in presenza di un'eccessiva onerosità sopravvenuta ai contraenti è rimessa un'alternativa. Poiché l'adempimento è astrattamente possibile, sebbene sia eccessivamente gravoso per una delle parti, quest'ultima può scegliere di richiedere o meno la risoluzione del contratto. All'altra parte, però, viene conferita un'ulteriore

---

<sup>328</sup> I rimedi della risoluzione del contratto e quello della rescissione, appartiene alla categoria dei diritti di impugnazione, comprensiva, altresì delle azioni di nullità, annullabilità, dalle quali, tuttavia, si distinguono in quanto non mirano alla eliminazione della rilevanza negoziale, ma alla eliminazione degli effetti finali, così R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2008, pp. 417 ss., il quale, sulla base della circostanza che tanto la risoluzione, quanto la rescissione colpiscono negozi inizialmente efficaci, qualifica dette azioni quali ipotesi di inefficacia in senso stretto. Merita, inoltre, di essere richiamata l'osservazione di E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in AA. VV., *Studi in onore di Ugo Majello*, I, M. Comporti e S. Monticelli (a cura di), Napoli, 2005, p. 758, il quale osserva che la disciplina della risoluzione e quella della modifica del contratto eccessivamente oneroso può trovare riscontro unicamente nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive; nel diverso caso in cui il contratto preveda obbligazioni a carico di una sola parte l'unico rimedio esperibile sarà quello della modificazione. La posizione è condivisa anche da R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., p. 701, il quale la differenza di disciplina si spiega in quanto, ove si ammettesse la risoluzione di un contratto stipulato ai sensi dell'art. 1333 c.c., verrebbe meno l'obbligazione di una parte, ma la controparte non otterrebbe alcun sollievo corrispondente. L'estensione del rimedio è, allora, possibile unicamente attraverso il ricorso agli artt. 1374 e 1375 c.c., i quali consentono di limitare la disciplina della risoluzione al caso della «*res infecta*», estendendola anche all'ipotesi di contratto unilaterale.

<sup>329</sup> Sul concetto di inesigibilità della prestazione v. O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali ed inesigibilità della prestazione*, Napoli, 2012, p. 18 ss., la quale sottolinea la distinzione fra due accezioni del termine inesigibilità, strettamente legate fra loro, ossia l'«inesigibilità quale criterio di giudizio» ed «inesigibilità quale vicenda del rapporto»: la prima, sulla base del bilanciamento dei principi, consente di valutare l'incidenza delle esigenze di tutela degli interessi esistenziali; la seconda indica una condizione della situazione creditoria, che impedisce al creditore di pretendere l'adempimento della prestazione.

<sup>330</sup> F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione dei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, p. 35.

facoltà: quella di ripristinare l'originario equilibrio contrattuale, evitando così la risoluzione, modellandolo sulle esigenze delle parti<sup>331</sup>.

Tale facoltà, tuttavia, non sembra possa trovare spazi applicativi al di fuori dei ristretti àmbiti dell'art. 1467 c.c.<sup>332</sup>. La normativa sull'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione si pone in chiave derogatoria rispetto a quanto disposto dall'art. 1372 c.c., il quale vincola le parti al rispetto di quanto previsto in sede contrattuale. Fuori dai casi espressamente previsti, non sarà rimessa *ex lege* la facoltà di intervenire sul contenuto delle prestazioni, così da riportarle all'originario equilibrio. Ciò non impedisce alle parti, nella loro autonomia privata, di convenire le modifiche ritenute opportune, ma si resta nell'àmbito dell'autonomia negoziale: l'ordinamento non garantisce un generale diritto/obbligo di adeguamento del contratto.

Alla luce di tali osservazioni, la disciplina sull'eccessiva onerosità della prestazione appare insufficiente, in quanto legata a limiti quantitativi e alla presenza di determinate condizioni, ma soprattutto antieconomica, posto che alle parti non resta che scegliere se proseguire nel rapporto contrattuale come originariamente delineato, pur in presenza di un forte squilibrio, ovvero risolverlo, salvo l'ipotesi che la parte non aggravata offra di riequilibrare le prestazioni<sup>333</sup>.

Nel tentativo di superare detti limiti la giurisprudenza ha fatto ricorso alla teoria della presupposizione<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> Diversamente da quanto accade nella rescissione, la riduzione ad equità prevista in caso di eccessiva onerosità della prestazione fa riferimento al concetto di alea normale: la modifica sarà equa unicamente nel caso in cui lo squilibrio venga ricondotto nei confini della normale alea contrattuale, così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in AA. VV., *I contratti in generale*, E. Gabrielli (a cura di), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 2ª ed., Torino, 2006, p. 1883.

<sup>332</sup> Sul punto v. M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 408, secondo il quale, al verificarsi di una sopravvenienza, qualsiasi rimedio che comporti lo scioglimento del vincolo contrattuale ha potenziali svantaggi, con la conseguenza che la risoluzione dovrebbe operare come rimedio residuale. Giova chiarire che la norma in commento non si pone a tutela del contraente, come invece dovrebbe accadere in presenza di un generalizzato rimedio manutentivo, ma a tutela del 'debitore', in quanto il legislatore ha compiuto un'equa distribuzione dei rischi, bilanciando in tal modo 'gli interessi privati', in questo senso R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, cit., p. 698.

<sup>333</sup> In questo senso, C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 235.

<sup>334</sup> Cass., 23 ottobre 2014, n. 22580, in *Mass.*, 2014, c. 790; Cass., 14 giugno 2013, n. 15025, *ivi*, 2013, c. 471; Cass., 18 settembre 2009, n. 20245, *ivi*, 2009, c. 1160; Cass., 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, p. 1079, con nota di M. AMBROSOLI, *La presupposizione in due recenti pronunce della suprema corte*.

Il termine presupposizione fu proposto inizialmente da Windscheid<sup>335</sup>, per il quale doveva essere intesa come una condizione non svolta del contratto, la quale ha influito sulla motivazione della volontà di un soggetto, tanto da fargli manifestare una volontà che diversamente non avrebbe manifestato, e il cui «venir meno assoggetta il negozio a un'eccezione che lo paralizza».<sup>336</sup> Costituisce, dunque, un presupposto oggettivo, e in particolare un presupposto specifico, in quanto è rappresentata dalle circostanze particolari alle quali il contratto è subordinato<sup>337</sup>.

In tal modo, tuttavia, si corre il rischio di dare rilevanza ai motivi a contrarre, i quali hanno rilevanza unicamente se rilevanti e comuni a entrambe le parti<sup>338</sup>. Al fine di superare tale limite, si è cercato di individuare la presupposizione quale rappresentazione comune delle parti di determinate circostanze, sulle quali si basa la volontà negoziale, c.d. teoria della base negoziale<sup>339</sup>. È necessario, tuttavia, che la presupposizione costituisca un presupposto oggettivo del contratto, ravvisabile in una situazione di fatto del tutto svincolata dalla volontà delle parti. In tal modo, si creava un forte legame fra sopravvenienze e presupposizione, attribuendo alla

---

<sup>335</sup> Per un'analisi della teoria della presupposizione sviluppata da Windscheid, v. V. PIETROBON, *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1991, XXIV, p. 2. La posizione dell'Autore tedesco era inizialmente condivisa anche dalla giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 28 gennaio 1995, n. 1040, in *App. urb. edil.*, 1996, p. 744; Cass., 13 maggio 1993, n. 5460, in *Giust. civ.*, 1994, I, p.1981, con nota di M. D'ANGELO, *Presupposizione e buona fede*; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.*, 1992, I, p. 2210, con nota di P. ODDI, *In tema di presupposizione*; Cass., 11 agosto 1990, n. 8200, in *Mass.*, 1990; Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Mass.*, 1989; Cass., 22 settembre 1981, n. 5168, in *Foro it.*, 1982, I, c. 104;

<sup>336</sup> Così R. SACCO, *La volontà*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 543.

<sup>337</sup> La distinzione fra presupposti oggettivi generali e presupposti oggettivi specifici è offerta da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 463 ss., il quale individua i presupposti oggettivi nelle condizioni di mercato e della vita sociale che incidono sull'economia del contratto e che trovano riconoscimento legislativo nell'art. 1467 c.c.; per contro, i presupposti oggettivi specifici sono costituiti da circostanze particolari afferenti alle parti contrattuali, ed è a tali circostanze che attiene il problema della presupposizione.

<sup>338</sup> La necessità di distinguere la presupposizione dai motivi è sentita anche dalla giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1134, con nota di R. PENNAZIO, *Permuta, sopravvenienza e alterazione del sinallagma*, secondo la quale la presupposizione non attiene né all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto; rappresenta una circostanza ed esso esterna, che incide sull'efficacia del contratto, medesimo.

<sup>339</sup> Cfr. G. CICCIO, *Presupposizione e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1993, p. 639, il quale ripercorre gli studi di Oertmann, chiarendo che questi, pur restando all'interno delle concezioni volontaristiche, ha sviluppato la teoria di Windscheid, spostandola, tuttavia, dal piano della volontà interna dei contraenti al contenuto del contratto. Per una ricostruzione della teoria della base negoziale cfr. altresì DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., *o.c.*, p. 71 ss.

clausola *rebus sic stantibus* valore di strumento di tutela del contenuto della volontà negoziale<sup>340</sup>.

Ma anche tale ricostruzione non riesce ad ancorarsi a basi oggettive, con la conseguenza di non riuscire a assumere il ruolo di un valido strumento di tutela dei contraenti di fronte al sorgere di sopravvenienze perturbative. Gli unici rimedi offerti, pertanto, sono costituiti dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità della prestazione. Non è contemplata una soluzione maggiormente dinamica, che consenta alle parti di modellare il contratto già concluso, sulla base delle nuove circostanze sopravvenute.

La rinegoziazione, benché non sia codificata, ha recentemente trovato ingresso nell'ordinamento italiano grazie all'opera della giurisprudenza di merito<sup>341</sup>.

Si è sviluppato, infatti, un orientamento che ravvisa un obbligo di rinegoziare il contenuto delle prestazioni contrattuali, in virtù della clausola generale di buona fede<sup>342</sup>. In particolare, si afferma che di fronte a un incisivo mutamento della situazione di fatto o di diritto sarebbe contrario a buona fede non adeguare il regolamento contrattuale, se non addirittura iniquo pretendere dal debitore l'adempimento, qualora ciò richieda un eccessivo sforzo economico. Conseguentemente deve essere ritenuto legittimo il potere del giudice, in caso d'inadempimento dell'obbligo medesimo, di costituire con sentenza gli effetti del contratto modificativo, che sarebbe risultato all'esito della rinegoziazione condotta

---

<sup>340</sup> In questo senso, G. OSTI, *Appunti per una teoria della «soppravvenienza»*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, p. 492;

<sup>341</sup> È stato al riguardo sostenuto che la clausola generale di buona fede si colloca a metà strada fra autonomia ed eteronomia ed è proprio in tale ambiguità che si colloca «la grandezza e il dramma della buona fede», così C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29. In generale sulla portata delle clausole generali cfr. G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 126, il quale osserva che «[l]e clausole generali sono ancora una singolarità e un problema. Una singolarità perché non hanno una fattispecie e consentono l'ingresso nel sistema di valori extragiuridici. Un problema perché pur essendo tecniche disciplinate nel codice “sfuggono allo stretto principio di legalità” e sono in netto contrasto con il metodo positivo su aspetti centrali, dall'illecito all'inadempimento».

<sup>342</sup> In giurisprudenza, numerose sono le pronunce in cui si ravvisa nella buona fede un dovere giuridico autonomo, espressione del generale principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost., applicabile in ogni fase del rapporto giuridico, *ex multis* Cass., 5 marzo 2009, n. 5348, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 1197; Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Mass. Foro it.*, 2007, n. 1148; Cass. Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335, secondo la quale la clausola generale in esame diviene uno strumento teso a controllare, anche in chiave modificativa e integrativa, l'equilibrio contrattuale.

secondo buona fede, e condannare, così, l'inadempiente a eseguire la prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione<sup>343</sup>.

In questo senso, l'obbligo di rinegoziare costituirebbe una specificazione della clausola generale di buona fede (1375 e 1366 c.c.) che coinvolge le parti per tutta la durata del rapporto contrattuale, e dell'equità integrativa, di cui all'art. 1374 c.c.<sup>344</sup>. È in virtù dell'equità – intesa non in maniera astratta, ossia genericamente ispirata a criteri di giustizia, ma in concreto, relativa all'operazione economica programmata dalle parti<sup>345</sup> – che i contraenti, sorpresi dalla sopravvenienza, devono riscrivere il contratto: «un sistema che conosce la clausola generale di buona fede e la figura di contratto imposto può trovare in essi la figura rimediale che stiamo cercando»<sup>346</sup>. La

---

<sup>343</sup> La questione è tuttavia controversa e sarà maggiormente approfondita nelle pagine successive.

<sup>344</sup> Così F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, pp.47 ss. Sull'equità integrativa v. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 206, secondo il quale la buona fede esecutiva esprime un criterio di valutazione del comportamento delle parti durante l'esecuzione del rapporto negoziale e concorre a determinare il comportamento dovuto, nell'interesse dell'altra parte; tale comportamento, tuttavia, non ha contenuto predefinito, ma va determinato nel caso concreto, in relazione alle circostanze concrete di attuazione del rapporto; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in AA. VV., *I contratti in generale*, II, E. Gabrielli (a cura di), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1035, il quale definisce l'equità integrativa quale tecnica di individuazione della disciplina del contratto, il quale a causa della propria conformazione non sia riconducibile ad alcun modello contrattuale tipico o socialmente tipico. Sul rapporto fra equità e buona fede v. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 13 ss., il quale – pur ammettendo che equità e buona fede hanno in comune la funzione, ossia quella di promuovere la piena ed effettiva realizzazione del contratto – distingue i due concetti, precisando che il giudizio di buona fede comporta una valutazione del comportamento alla stregua dei tipi di comportamento identificati come norme sociali, mentre il giudizio di equità «presuppone lo scardinamento del caso da precedenti o modelli generali». Pertanto, laddove non ne ammette la comparabilità con altri casi già sperimentati, diviene uno strumento di tutela residuale. Nello stesso senso V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 1, Milano, 2011, p. 465, secondo il quale l'art. 1374 c.c. non richiami la buona fede ma richiama la legge e poiché l'art. 1375 c.c. – che è legge – dispone che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, ne deriva che essa è fonte d'integrazione; C. BRUNO, *o.c.*, p. 246, il quale precisa che la buona fede non rappresenta soltanto una clausola generale volta a regolare la fase precontrattuale, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto, ma altresì una fonte d'integrazione del contratto 'incompleto', ai sensi dell'art. 1374, in quanto disposizione di legge; L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziare*, in *Contratti*, 2016, p. 186, il quale ritiene che la buona fede sia una regola di condotta vincolante per i contraenti e che come tale costituisce una fonte primaria di integrazione. *Contra* M. MATTIONI, *Osservazioni sul ruolo dell'equità nel diritto privato*, in *Integrazione non legislativa del contratto*, E. Lucchini Guastalla (a cura di), Milano, 2103, p. 91; ID., *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 590 s., il quale, dopo aver osservato che negli ultimi anni il concetto di equità sembra essere divenuto corrispondente a quello di equilibrio contrattuale, chiarisce che «l'appiattimento del concetto di equità sulle regole di mercato ha condotto a una sostanziale trasformazione dell'equità in una clausola generale, analoga a quella di buona fede».

<sup>345</sup> Cfr. R. TOMMASINI, *o.c.*, p. 15.

<sup>346</sup> Così R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, 3ª ed., cit., pp. 721 ss., per il quale nulla esclude che l'art. 1374 c.c. non possa generare rimedi equitativi, alternativi alla risoluzione ed alla riduzione, piuttosto «l'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga,

disciplina dell'adeguamento, dunque, va intesa quale canone d'integrazione, in quanto le conseguenze della modifica del contenuto negoziale incidono sugli effetti del negozio medesimo.

Pertanto, l'assenza di una norma che dispone l'obbligo di rinegoziazione non è dovuta a una dimenticanza del legislatore, o a una volontà contraria alla sua ammissibilità, bensì dipende dalla circostanza che nell'ordinamento vi è già una disposizione che prevede l'integrazione del contratto, ove sopraggiunga un aspetto non regolamentato.

Del resto, un'applicazione letterale dell'art. 1372 c.c., che non lasci ai contraenti spazi di manovra di fronte a mutamenti delle circostanze, rischierebbe di realizzare un programma economico diverso da quello divisato; mentre con l'adeguamento delle prestazioni alla nuova realtà, consentirebbe di raggiungere lo scopo contrattuale perseguito in concreto<sup>347</sup>.

Viene, qui, in rilievo lo stretto legame fra sopravvenienze e causa negoziale<sup>348</sup>.

La mutata realtà potrebbe far venir meno l'interesse del creditore a esigere la prestazione, la quale nei termini inizialmente previsti, non si mostra più in grado di raggiungere lo scopo economico divisato dai contraenti<sup>349</sup>. Si assiste a una

---

conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionante possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno».

<sup>347</sup> Cfr. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., p. 9, il quale considera il conflitto tra il principio *pacta sunt servanda* e quello *rebus sic stantibus* soltanto apparente. L'Autore, infatti, osserva che una rigida applicazione dell'art. 1372 c.c. condurrebbe a una «violazione della vincolatività "sostanziale" del contratto, mentre la revisione "dell'originario programma economico"».

<sup>348</sup> Sul rapporto fra causa funzionale del contratto ed equivalenza delle prestazioni v. A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, cit., p. 25, per il quale la sola esistenza del sinallagma rivela l'influenza, in relazione alla causa, dell'equivalenza oggettiva delle prestazioni.

<sup>349</sup> Il tema del rapporto fra causa in concreto e sopravvenienze è stato affrontato anche dalla giurisprudenza, la quale, in relazione a un contratto di vacanza tutto compreso, ha chiarito che «la finalità turistica, concretizzando la causa in concreto del contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d. «pacchetto turistico» o *package*) vale non solo a qualificarlo, determinando l'essenzialità di tutte le attività ed i servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero, e cioè il benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare, ma assume anche rilievo quale criterio di adeguamento dello stesso in relazione alla sorte della vicenda contrattuale, in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto, quali ad esempio l'impossibilità o l'aggravio della prestazione, l'inadempimento, ecc.» così Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur.it*, 2008, p. 1133, con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*.

frustrazione della funzione economica, in quanto si verifica l'inefficacia del contratto a raggiungere lo scopo per il quale è stato stipulato<sup>350</sup>.

Posta in collegamento con la causa funzionale del contratto e letta in maniera sistematica con le ulteriori disposizioni relative alla disciplina generale del contratto e a quella dei singoli contratti, la norma di cui all'art. 1372 c.c. si mostra in grado di cogliere il giusto equilibrio fra il principio *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*.

Il ruolo rivestito dalla buona fede avvicina il tema della rinegoziazione del contratto alla prospettiva, di tipo economico, dei *relational contracts*, in quanto alla prospettiva egoistica propria dei contratti di scambio si sostituisce quella della cooperazione diretta al raggiungimento del risultato diviso<sup>351</sup>.

## **2.5 Il primato dell'autonomia privata e la necessità di una clausola di rinegoziazione.**

Tuttavia, benché via sia stata una prima apertura da parte della giurisprudenza, appare eccessivo ritenere che dalla clausola di buona fede possa derivare un 'obbligo' di rinegoziazione. In assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, di fronte allo squilibrio contrattuale, creatosi durante l'esecuzione del rapporto, le parti potranno sicuramente decidere di adeguare le reciproche prestazioni, ma, in mancanza di accordo, difficilmente si può ritenere sussistente un obbligo alla revisione negoziale. L'art. 1375 c.c., infatti, spiega la propria efficacia con riguardo ad aspetti contrattuali aventi natura strumentale rispetto agli interessi primari dedotti in contratto; conseguentemente, tale norma non può essere utilizzata quale strumento per ristabilire l'equilibrio contrattuale o comunque per modificare l'originario contenuto contrattuale<sup>352</sup>. L'integrazione del contratto attiene alla fase esecutiva, di tal

---

<sup>350</sup> In ordine alla frustrazione dello scopo contrattuale, v. L. BARBERA, *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali*, in AA. VV., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 297.

<sup>351</sup> In questo senso, F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 83.

<sup>352</sup> Così, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 486, il quale si pone in termini critici anche nei confronti di una eventuale «*dilatazione equitativa dell'art. 1467*» mediante lo strumento della buona fede, di cui all'art. 1366 c.c. ovvero dell'equità di cui all'art. 1374 c.c. La norma sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, infatti, si basa sulla contrapposizione

ché rinvenire nella norma al vaglio uno strumento manutentivo significherebbe stravolgere la *ratio* della disposizione medesima. Né può essere negato che, ove fra le parti sorgano posizioni conflittuali, un obbligo di rinegoziazione difficilmente riuscirà a porsi quale attuazione di principi di solidarietà e collaborazione<sup>353</sup>. E ancora, un obbligo di rinegoziazione, derivante dalla buona fede integrativa, non può essere considerato compatibile con il potere di autonomia privata. Ove si ammettesse un obbligo generalizzato di adeguare il contenuto delle prestazioni, in assenza di alcuna manifestazione di volontà delle parti contrattuali in tal senso, si rischierebbe di sacrificare il potere di autonomia delle parti. Queste ultime, infatti, potrebbero anche non trovare un accordo e l'adeguamento sarà opera del giudice, di talché l'originario atto di autonomia privata diventerà fonte di condizionamento eteronomo<sup>354</sup>. Buona fede ed equità, pertanto, non si pongono in chiave integrativa, in quanto manca del tutto una volontà da integrare, piuttosto si sostituiranno a essa.

Del resto, l'equità delle controprestazioni, in alcune ipotesi, è stata espressamente sacrificata tanto dal legislatore europeo, quanto da quello italiano e spagnolo, di fronte alla necessità di tutelare più stringenti esigenze. Il riferimento va, ad esempio, alla disciplina delle clausole abusive. L'art. 6, par. 1, della direttiva 13/93/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dispone la non vincolatività per il consumatore delle clausole

---

del potere della parte svantaggiata di chiedere la risoluzione del contratto ed il potere della parte avvantaggiata di offrire la riduzione ad equità; diversamente, l'obbligo di rinegoziazione attribuirebbe alle parti le medesime facoltà ed i medesimi obblighi.

<sup>353</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *o.c.*, p. 472.

<sup>354</sup> In questo senso v. P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, cit., p. 305, secondo il quale, la circostanza per la quale nella nostra esperienza siano estranei poteri d'intervento al mutamento delle circostanze nella fase esecutiva del contratto, ammessi, invece, nelle fasi della formazione, spiegherebbe il perché l'alternativa, di cui all'art. 1468 c.c., di riportare il contratto ad equità in luogo della risoluzione, non sia rimesso anche al giudice. Sulla compatibilità dell'obbligo di rinegoziazione con l'autonomia privata, v. F. GAMBINO, *o.c.*, p. 65 ss., il quale, ritiene che il rinegoziare costituisce una dilatazione dell'originario potere di autonomia, con la conseguenza non può essere fonte di integrazione eteronoma: il riconoscimento di un obbligo di rinegoziazione avrebbe come effetto quello di invadere la sfera di autonomia contrattuale riservata alle parti; *Contra* F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 1906, il quale il potere di autonomia, costituendo fonte e titolo del rapporto, si pone in una posizione a questo esterna; G. MARASCO, *o.c.*, p. 59, secondo il quale la buona fede non impone alle parti qualcosa di contrario alla loro volontà, ma ciò che è coerente con il raggiungimento dello scopo dell'operazione economica da loro posta in essere. Per L. BARBERA, *o.c.*, p. 405 s., invece, il problema del rapporto tra rinegoziazione ed autonomia negoziale non è mal risolto, ma mal posto, poiché «non si tratta di prendere posizione tra la sacralità della libertà contrattuale e l'(inopportuno) intervento del giudice», piuttosto di realizzare lo scopo voluto dai contraenti.

vessatorie<sup>355</sup>. La norma è stata oggetto di una rilevante operazione ermeneutica da parte della Corte di Giustizia europea, la quale sembra essere giunta alla conclusione che la finalità di dissuasione dall'inserimento di clausole abusive osta all'applicazione della normativa nazionale, che preveda la sostituzione della clausola vessatoria disapplicata con il diritto dispositivo<sup>356</sup>. Una delle ipotesi esaminate dalla Corte di Giustizia ha ad oggetto la previsione di interessi moratori manifestamente eccessivi, i quali, pertanto, devono considerarsi come non apposti, senza che possa trovare applicazione l'integrazione giudiziale, con la previsione di interessi legali<sup>357</sup>. La mancata possibilità di sostituire la clausola caducata con il diritto dispositivo, anche laddove tale integrazione sia diretta a ristabilire l'equilibrio contrattuale, è indice dal fatto che l'interesse all'equità e alla proporzione tra le controprestazioni non deve essere inteso in senso assoluto, ma soccombe di fronte a più sentite esigenze. In questo senso, anche la normativa italiana, sia all'art. 36, c. cons., che espressamente prevede la nullità parziale necessaria delle clausole abusive, sia l'art. 1815, comma 2, c.c., che sancisce la conversione del mutuo in cui sono contenuti interessi usurari, da

---

<sup>355</sup> Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, pubblicata in *G.U.*, del 21 aprile 1993. Sulla portata applicativa applicativa della direttiva v. *ex multis* P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.; nonché P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 521 ss.; G. DE CASTRO VITORES, *Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas*, in *Rev. crit. der. inm.*, 2014, p. 2832, secondo il quale la logica del controllo sul contenuto contrattuale rappresenta un aspetto della nuova logica sulla asimmetria contrattuale, all'interno della quale si inseriscono le riflessioni sull'equilibrio contrattuale e che consente di esaminare lo squilibrio tenendo conto di tutte le circostanze; L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo*, ivi, 2015, p. 1101, ss.

<sup>356</sup> Cfr. Corte giust. UE, 29 ottobre 2015, n. C/8-14, Unnim Banc SA c. Pedro Peñalva López, Clara López Durán, Diego Fernández Gabarro, in *Dir. giust.*, 2015, con nota di G. MILIZIA, *Viola il diritto dell'UE la nuova opposizione, nelle sue more, all'esecuzione ipotecaria basata su clausole vessatorie*; Corte giust. UE, 14 marzo 2013, n. C-415/11, cit.; Corte giust. UE, 14 giugno 2012, n. C-618/10, Banco Español de Crédito SA c. Calderón Camino, in *Contratti*, 2013, p. 16, con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*. In senso contrario v. Corte giust. UE, 30 aprile 2014, n. C-26/13, Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, ivi, 2014, p. 853, con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*; nonché Corte giust. UE, 3 giugno 2010, n. 484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ivi, 2010, p. 808, con nota di A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*. Un'accurata disamina della questione è stata offerta da D. Valentino, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, relazione al Convegno "L'Integrazione dei contratti di impresa tra libertà negoziale e interventi normativi e regolamentari", tenutosi presso l'Università degli Studi di Salerno, il 27 maggio 2016, ined.

<sup>357</sup> Così Corte giust. UE, 14 giugno 2012, n. C-618/10, cit.

oneroso a gratuito<sup>358</sup>, nonché la normativa spagnola che, in adesione alla citata direttiva comunitaria con la *Ley 3/2014 de 27 de marzo 2014*, ha modificato l'originario *artículo 83 r. d.l. de 16 de noviembre 2007, n. 1*, il quale inizialmente accompagnava la declaratoria di nullità della clausola con la sostituzione del diritto dispositivo, prevedendo adesso la mera caducazione della pattuizione vessatoria<sup>359</sup>.

Dagli esempi proposti, sembra, dunque, che il principio di proporzionalità delle controprestazioni trovi il proprio limite nel principio della libera determinazione dei privati. In questa cornice, il ruolo di preminenza è svolto dall'autonomia privata.

Sembra lecito concludere che la soluzione che maggiormente consenta di realizzare l'interesse perseguito con la conclusione del contratto sia la revisione concordata del contenuto negoziale, attraverso la previsione di apposite clausole che disciplinino un meccanismo di adeguamento del contratto medesimo al mutamento dei fattori rilevanti.

Le norme dettate in tema d'impossibilità sopravvenuta e di eccessiva onerosità ben possono essere considerate dispositive, con la conseguenza che alle parti è concessa la facoltà di derogarvi<sup>360</sup>. La previsione di un futuro ed eventuale adeguamento del contratto diviene, in tal modo, espressione del principio di proporzionalità, il quale «costituisce il precetto più importante dell'art. 3 cost.»<sup>361</sup>. Il principio di proporzionalità, quale «giusta proporzione», infatti, rappresenta una norma di applicazione generale, che non richiede di essere espressamente prevista per

---

<sup>358</sup> Sull'interpretazione dell'art. 1815, comma 2, c.c. relativamente a *ratio* e portata applicativa, sia consentito il rinvio a T. BARATTA, *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in corso di pubblicazione.

<sup>359</sup> *Ex multis* cfr. M.G. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios*, in *Rev. crit. der. inm.*, 2015, p.1565 ss.

<sup>360</sup> Sulla natura dispositiva della disciplina legale in tema di sopravvenienze v. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 507, il quale precisa che lo stretto nesso esistente fra autonomia contrattuale e gestione del rischio, così come anche la considerazione del contratto in termini di rapporto/programma/regolamento d'interessi, impongono tanto al legislatore, quanto al giudice di limitare gli interventi di natura eteronoma, nel tentativo di rispettare maggiormente la volontà dei contraenti.

<sup>361</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 381 ss., il quale distingue la ragionevolezza dalla proporzionalità, ravvisando nel principio di proporzionalità un raffronto fra elementi omogenei, comparabili e quantificabili; nella ragionevolezza, per contro, si pongono in relazione elementi disomogenei e non quantificabili, come ad esempio i diritti non patrimoniali, cosicché la meritevolezza di tutela esige necessariamente una valutazione di tipo qualitativo. Il principio di proporzionalità, dunque, si pone quale parametro ulteriore, rispetto a quello della ragionevolezza.

la sua applicazione. Quanto appena enunciato, tuttavia, non deve essere inteso nell'accezione d'imposizione dell'equivalenza fra le prestazioni, poiché il principio *de quo* ha un'applicazione di stampo negativo, in quanto mira a vietare un'eccessiva sproporzione<sup>362</sup>.

Sulla base di tali considerazioni è possibile concludere per la meritevolezza della clausola di rinegoziazione<sup>363</sup>.

La meritevolezza, invero, può essere ricavata, oltre che in virtù del principio di proporzionalità, anche attraverso un sillogismo sussuntivo, che riconduce la rinegoziazione al principio di conservazione del contratto, positivizzato nell'art. 1367 c.c., norma che impone di interpretare il contratto in maniera tale che abbia alcun effetto, piuttosto che non ne abbia alcuno<sup>364</sup>. La rinegoziazione, infatti, è diretta a salvaguardare il perseguimento del risultato utile che le parti intendono raggiungere, ossia alla conservazione del contratto; rientra, quindi, nel novero degli strumenti manutentivi che godono del favore del legislatore<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> Così, P. PERLINGIERI, *o.m.c.*, p. 386. *Contra* R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 309 ss., secondo il quale nell'ordinamento impone un controllo di equivalenza delle prestazioni.

<sup>363</sup> L'obbligo convenzionale di adeguamento contrattuale, in quanto costituisce una clausola atipica, sconta il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. Invero, la meritevolezza degli interessi, benchè espressamente previsto per i contratti atipici, investe anche i contratti tipici, *ex multis* M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 423.

<sup>364</sup> Sul principio di conservazione del contratto v. G. DE NOVA, *Conclusioni e conservazione del contratto*, in *Contratti*, 1997, p. 448, il quale, dopo aver precisato che il principio *de quo* si riferisce all'intero contratto e non alla sua clausola – diversamente da quanto poteva essere sostenuto sotto il vigore del codice abrogato, che faceva riferimento soltanto alle clausole –, precisa che la sua applicazione presuppone necessariamente la conclusione del contratto; N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 1155, secondo il quale l'art. 1367 c.c. non è uno strumento volto a risolvere il conflitto fra due interpretazioni contrastanti, ma piuttosto uno strumento offerto per risolvere la scelta fra un significato 'utile' ed uno 'inutile', intendendo per utile ed inutile il rendimento causale del contratto; più recentemente v. C. MENICHINO, *Principio di conservazione e nullità del contratto*, in *Contratti*, 2005, p. 754, la quale ricorda che il principio espresso dall'art. 1367 c.c. attualmente ispira l'intero ordinamento giuridico nazionale. Giova osservare, inoltre, che se la meritevolezza della clausola di rinegoziazione discende dal principio di conservazione del contratto, allora un'eventuale nullità della clausola dovrà dar luogo a nullità parziale, ai sensi dell'art. 1419 c.c., così G. MARASCO, *o.c.*, p. 105 s.

<sup>365</sup> Sulla meritevolezza della clausola di rinegoziazione v. V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione del vincolo contrattuale*, Napoli, 2000, p. 58 ss, secondo il quale dalla complessa realtà normativa è agevole considerare superato il «principio rigoroso e dogmatico dell'immutabilità del vincolo negoziale»; nonché F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 331 ss.

Il *favor* verso la conservazione del negozio giuridico è ravvisabile in molteplici disposizioni, sia all'interno della disciplina generale del contratto, sia nella regolamentazione dei singoli contratti, primo fra tutti nell'art. 1664 c.c.<sup>366</sup>.

Si è già avuto modo di analizzare la disposizione da ultimo citata, la quale attribuisce sia al committente che all'appaltatore la facoltà di ottenere la revisione del prezzo, nel caso in cui circostanze imprevedibili determinino una diminuzione ovvero un aumento almeno di un decimo del prezzo dei materiali e/o della manodopera. Orbene, giova ribadire che all'obbligo di rinegoziare nel contratto di appalto, estensibile anche all'appalto di servizi e quindi all'*outsourcing*, viene proprio attribuito il compito di evitare la risoluzione del contratto, divenendo esso stesso espressione del principio di conservazione del contratto<sup>367</sup>.

Naturalmente, nei contratto di fornitura e di *outsourcing* di servizi informatici la possibilità di estendere la disciplina di cui all'art. 1664 c.c. non risolve il problema del mutamento dello scenario giuridico, politico ed economico, in grado di incidere sul rapporto contrattuale. Ciò in quanto le sopravvenienze perturbative possono colpire anche al di fuori dei confini della norma.

Si delinea in tal modo il concetto di «incompletezza economica», intesa quale lacuna giuridica, ma quale mancata previsione delle circostanze che possano incidere sull'equilibrio sinallagmatico<sup>368</sup>. Con tale espressione non si indica, quindi, la

---

<sup>366</sup> Sul *favor* mostrato dal legislatore verso i rimedi manutentivi del contratto, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 1865, il quale ha ravvisato la predisposizione dell'ordinamento alla conservazione del contratto in molteplici disposizioni quali, a titolo esemplificativo, l'art. 1430, in tema di errore di calcolo; 1432 c.c., in ordine al mantenimento del contratto rettificato; l'art. 1450 c.c., sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile; l'art. 1464 c.c., riguardante la riduzione della prestazione in caso parziale impossibilità sopravvenuta.

<sup>367</sup> L'esigenza avvertita dal legislatore d'inserire un obbligo di rinegoziazione all'interno della disciplina del contratto di appalto deriva dalla circostanza per la quale la prestazione oggetto dell'appalto – ed allo stesso modo quella oggetto dell'appalto di servizi – non potrà essere ricollocata sul mercato, con la conseguenza che un'eventuale risoluzione comporterebbe per l'appaltatore e, nel caso che a noi interessa all'*outsourver*, la perdita delle remunerazioni sia di investimenti generici, in quanto ricollocabili sul mercato, sia di investimenti specifici, ossia le risorse dedicate al contratto frustrato dalle sopravvenienze, così T. MAUCERI, *sopraavvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 1106; sul punto anche M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 311 ss., la quale precisa che l'opportunità di ricorrere a rimedi manutentivi è dovuta, non solo dal risparmio dei costi, ma altresì dall'esigenza di dover cercare nuovamente sul mercato i beni o servizi oggetto del contratto risolto.

<sup>368</sup> La definizione di «incompletezza economica» viene fornita da D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., pp. 519 ss., la quale ragionando dal punto di vista economico sul concetto di incompletezza, giunge alla conclusione che si tratti di contratti «troppo completi», privi della capacità di modellarsi a seconda degli eventi che incidono sugli obblighi assunti. Non manca chi ha rilevato

mancanza dell'oggetto del contratto, bensì la sua successiva inadeguatezza al soddisfacimento degli interessi in gioco, per cause estranee alla volontà delle parti. Ci si prepara, in tal modo a gestire il rapporto contrattuale, modellandolo, in un momento successivo, sulle nuove esigenze venutesi a creare<sup>369</sup>.

Ciò assume un'importanza sempre maggiore nei contratti fra impresa e soprattutto in quelli di *outsourcing* di servizi informatici ove vi può essere il rischio che «le esigenze di flessibilità sempre più sentite fra le aziende possano scontrarsi con una certa rigidità intrinseca nei contratti di outsourcing»<sup>370</sup>. Se da un lato, le imprese hanno interesse a stabilire quali debbano essere i servizi IT da erogare, i tempi di risposta, e la qualità dei servizi, dall'altro nel corso del rapporto contrattuale potrebbe sorgere la necessità di modificare la quantità o qualità dei servizi offerti, di tal che l'inserimento di una clausola di adeguamento del contratto appare quanto mai decisiva al fine di superare la rigidità del contratto che si rilevarebbe antieconomica. Naturalmente, in tal caso il contratto di *outsourcing* stipulato non sarà lacunoso, ma semplicemente si rimanda a un momento successivo l'accordo su determinati aspetti, che al momento della conclusione non potevano essere presi in considerazione. La gestione successiva di determinati aspetti contrattuali appare sicuramente più efficiente rispetto a una eventuale regolamentazione nella fase della conclusione del negozio. Regolamentazione, questa, che sarebbe a volte impossibile o comunque eccessivamente onerosa, stante l'imprevedibilità di determinati eventi.

Questa soluzione, non soltanto permette di escludere che sopravvenienze perturbative portino alla caducazione del contratto, ma consente anche di evitare quei probabili costi transattivi, ove le parti intendano mantenere in vita il rapporto. Si consente, infatti, all'*outsourcer* e dall'*outsourcee* di gestire le sopravvenienze al momento del loro verificarsi, senza correre il rischio della caducazione del contratto o di

---

che, all'interno della 'categoria' dei contratti incompleti, vi rientrino i *self-enforcing contracts*, ossia quei contratti contenenti clausole aperte, in cui si riconosce una forte discrezionalità a una delle parti ovvero stabiliscono *standards* di diligenza. In queste ipotesi, le parti si affidano a sanzioni extragiuridiche, in quanto ritengono di poter amministrare il contratto senza ricorrere alla tutela giudiziale, così G. BELLANTUONO, *I contratti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, p. 70.

<sup>369</sup> Accanto a questa forma d'incompletezza è stata individuata anche l'incompletezza c.d. strategica, derivante dallo squilibrio informativo esistente fra i contraenti. In argomento v. C. GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008, p. 35, la quale chiarisce che l'incompletezza strategica deriva da un comportamento opportunistico di una parte che disponendo di maggiori informazioni, decide di non rilevarle, al fine di ottenerne un vantaggio successivo.

<sup>370</sup> Così A. FRANCESCONI, *I sistemi informativi nell'organizzazione d'impresa*, Milano, 2011, p. 285.

intraprendere una transazione costosa e con risultati non necessariamente positivi. Non vi sono dubbi, pertanto, che a consentire alle parti di raggiungere lo scopo divisato con la conclusione del contratto è la predisposizione di clausole volte ad affrontare la necessaria incertezza propria del contratto di *outsourcing*.

## **2.6 La disciplina della rinegoziazione nei contratti di *outsourcing*.**

La clausola di adeguamento contrattuale, dunque, consente tanto all'*outsourcer*, quanto all'impresa servita, a seconda delle circostanze verificatesi e contemplate nel contratto, di convocare la controparte a sedersi al tavolo delle trattative e rinegoziare determinati assetti negoziali, che non risultano più compatibili con la mutata realtà sociale. Benché l'apertura del procedimento rinegoziativo sia rimesso all'iniziativa della parte interessata, l'obbligo di rideterminare il contenuto delle prestazioni grava sulla controparte al pari di ogni altra obbligazione convenzionalmente assunta.

Per raggiungere lo scopo divisato, però, è estremamente opportuno che le parti regolino in maniera dettagliata la disciplina della rinegoziazione e gli aspetti cui essa afferisce<sup>371</sup>.

In primo luogo, nella predisposizione di siffatta clausola, occorre tenere presente che gli elementi del contratto di fornitura o *outsourcing* di servizi IT che maggiormente possono risentire delle sopravvenienze perturbative sono il prezzo e i livelli di servizio.

La complessità del prodotto può comportare che durante l'esecuzione del contratto il contenuto delle prestazioni non riesca più a soddisfare le esigenze dell'*outsourcee*, che avrà necessità di modificare il livello di servizio originariamente convenuto, ovvero richieda uno sforzo economico dell'*outsourcer* eccessivo, non rispondente all'originario equilibrio sinallagmatico, con la conseguenza che richiederà la revisione del prezzo.

---

<sup>371</sup> Una clausola eccessivamente generica potrebbe essere sintomatica di un carattere non impegnativo, ponendo l'interprete nel dubbio se le parti abbiano inteso contemplare una mera possibilità di revisione, ovvero abbiano preferito rimettere ogni decisione sul punto, al momento del verificarsi delle sopravvenienze, rendendo la clausola più elastica, così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 218.

Con specifico riguardo ai livelli di servizio, si è già avuto modo di accennare che costituiscono delle clausole in cui si stabiliscono gli *standards* qualitativi dei servizi, i quali possono essere determinati in maniera differente, a seconda delle esigenze avvertite dalle parti<sup>372</sup>. Spesso la qualità dei servizi viene valutata in base ai tempi di risposta, ai tempi di intervento, all'efficienza dell'intervento medesimo; inoltre, sono sempre previsti degli intervalli di tolleranza, all'interno dei quali è possibile discostarsi dai livelli pattuiti. I parametri di valutazione dei livelli di servizio, dato il loro contenuto altamente specifico, saranno inseriti in documenti separati, sotto forma di allegati tecnici<sup>373</sup>.

L'individuazione dei livelli di servizio per raggiungere lo scopo divisato deve essere accompagnata da sistemi di monitoraggio, che consentano all'impresa servita di controllare il rispetto dei livelli di servizio pattuiti. L'asimmetria di conoscenze che connota i contratti di fornitura di servizi informatici, ricade anche nel controllo dei livelli di servizio. L'*outsurcee* difficilmente sarà in grado con le sole proprie risorse di essere sicuro che i livelli di servizio siano rispettati. Pertanto, sarà opportuno che le parti, al momento della conclusione del contratto, definiscano anche degli strumenti di monitoraggio, in grado di porre l'impresa fornita delle condizioni di valutare la *'performance'* del fornitore. I livelli di servizio dovranno, dunque, avere una duplice caratteristica: la conformità alle esigenze dell'*outsurcee*; la controllabilità da parte di quest'ultimo<sup>374</sup>.

Il monitoraggio normalmente è svolto da organi o lavoratori dipendenti dell'impresa committente, tuttavia, nulla esclude che sia rimesso a soggetti terzi. Può servirsi sia di sistemi informativi sviluppati, o comunque proposti dall'*outsourcer*, sia di sistemi scelti dall'impresa servita. In quest'ultimo caso, frequenti sono le clausole di limitazione di responsabilità in caso di cattivo funzionamento del sistema, clausole,

---

<sup>372</sup> Limpidamente G. GARRISI e L. GIACOPUZZI, *Il contratto di outsourcing informatico*, in AA. VV., *I contratti di internet*, A. Lisi (a cura di), Torino, 2006, p. 549, osservano che nei contratti di *outsourcing* «la prestazione viene suddivisa in più sotto-prestazioni, ognuna delle quali deve rispettare certi standards qualitativi, anche detti “livelli di servizio”».

<sup>373</sup> Chiarisce A. ZINCONI, *Il contratto di outsourcing*, cit., p. 397, che il ricorso agli allegati tecnici rappresenta una «caratteristica ineludibile» dei contratti *de quibus*, e richiede il più ampio coinvolgimento aziendale ed un confronto fra tecnici e legali, confronto che spesso si rileva faticoso a causa delle reciproche incomprensioni.

<sup>374</sup> Cfr. J.L. BRAVARD e R. MORGAN, *I vantaggi dell'outsourcing*, Milano, 2007, p. 70, per i quali non bisogna confondere la valutazione quantitativa tecnica con i livelli di servizio, in quanto la prima costituisce la base per dei livelli di servizio stabile, ma non costituisce essa stessa livello di servizio.

tuttavia, sulla cui legittimità si potrebbe discutere, posto che di fatto andrebbero a escludere la controllabilità del livello di servizio<sup>375</sup>.

I sistemi di monitoraggio convenuti permetteranno non soltanto di controllare la prestazione dell'*outsourcer*, ma altresì di valutare l'opportunità di eventuali revisioni, con l'indiretto vantaggio di evitare il sorgere delle controversie. Al tal fine, il regolamento negoziale dovrà prevedere i c.dd. *monitoring meeting*, in cui le parti contrattuali potranno valutare la corrispondenza dei servizi effettivamente prestati ai livelli di servizio previsti, apportare le opportune correzioni, nonché adeguarli a causa del verificarsi di eventi imprevedibili.

In questo contesto, la presenza di una clausola di rinegoziazione si pone in chiave fondamentale, poiché assicura all'*outsourcer* la conservazione del sistema originariamente convenuto anche in presenza di eventi eccezionali e non previsti<sup>376</sup>. L'impresa fornitrice sarà, infatti, obbligata in virtù del vincolo contrattuale ad adeguare il contenuto delle proprie prestazioni, ottenendo sì una modifica della remunerazione – ove tale adeguamento richieda un maggiore sforzo di risorse economiche e umane – senza, tuttavia, approfittarsi dello 'stato di bisogno' del committente<sup>377</sup>.

Quanto all'altro elemento del contratto che normalmente è oggetto di rinegoziazione, si osserva che è preferibile ancorare la revisione del prezzo a parametri oggettivi; concordare la remunerazione sulla base dei criteri già predisposti al perfezionamento del contratto potrebbe rivelarsi un valido strumento per scongiurare, in via preventiva, possibili approfittamenti.

Può, inoltre, accadere, che l'economia dell'impresa fornita si sviluppi nel corso del rapporto in maniera tale da richiedere non una modifica qualitativa dei livelli di

---

<sup>375</sup> Così F. TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, cit., p. 30 ss. La problematica della clausole di esclusione/limitazione di responsabilità sarà approfondita nel successivo § 3.3

<sup>376</sup> Cfr. M.J. VAQUERO PINTO, *Otros: gestión y servicios profesionales*, cit. p. 3983, secondo il quale « *para salvar el inconveniente apuntado aconseja la doctrina incorporar al contrato un procedimiento de variaciones en el servicio y su coste, por iniciativa de cualquiera de las partes: imponiendo a las partes la obligación de aceptar ciertas variaciones razonables como, por ejemplo, el recargo o rebaja en los precios como consecuencia de medidas legales o aplicación de innovaciones tecnológicas de eficacia ya probada; o acuerdos de remisión a terceros independientes en caso de falta de acuerdos.*»

<sup>377</sup> In questo senso D. VALENTINO, *I contratti d'informatizzazione d'azienda*, cit., p. 417, secondo la quale l'obbligo di adeguamento deve, da un lato, garantire l'impresa di *outsourcing* a ottenere un'adeguata remunerazione, anche economica, dall'altro, assicurare all'impresa servita la possibilità di ottenere l'intervento necessario, senza per questo rimanere 'ostaggio' dell'*outsourcer* che, concretamente, è quasi in via esclusiva, in grado di intervenire in maniera efficace e veloce sul suo sistema.

servizi, ma una modifica quantitativa. In altri termini, è possibile che l'*outsourcer* incrementi il proprio carico di lavoro, al punto da aumentare anche i servizi esternalizzati<sup>378</sup>. In questa ipotesi, non sarà strettamente necessario intervenire sul *Service Level Agreement*, quanto piuttosto sulla remunerazione spettante al fornitore. È ben possibile, infatti, che i contraenti decidano di prevedere un aumento dei servizi IT esternalizzati, lasciando inalterati tutti gli ulteriori aspetti. L'unico elemento che necessariamente dovrà essere revisionato è il prezzo, poiché deve permanere la proporzione fra le due prestazioni.

Nella prassi commerciale le modalità di determinazione del prezzo sono molteplici<sup>379</sup>.

Generalmente, si prevede un generale calcolo della retribuzione, al quale si aggiunge un meccanismo di revisione del prezzo. La determinazione del corrispettivo per i servizi IT già programmati che potrà essere sia a importo fisso sia a importo decrescente, diminuendo all'aumentare della quantità – ma non della qualità, intesa come complessità – delle prestazioni. Vi sono, tuttavia, imprese che preferiscono che il prezzo sia costituito da una voce fissa, più una voce variabile, relativa al materiale di consumo<sup>380</sup>.

Con riguardo alla revisione del prezzo, in alcuni casi è stata adottata una modalità retributiva di tipo variabile, comprensiva del rimborso dei costi, aumentato di una percentuale – che costituisce il profitto dell'*outsourcer* – la quale spetterà, tuttavia, fino al raggiungimento di un limite massimo di spesa. Superato tale limite, al fornitore spetterà unicamente il rimborso dei costi sostenuti<sup>381</sup>.

Questo sistema di revisione del prezzo, conseguente alle prestazioni prevedibili, tuttavia, lascia qualche perplessità. La circostanza per la quale, superata la soglia limite all'*outsourcer* spetterà unicamente il rimborso delle spese vive sostenute,

---

<sup>378</sup> Si pensi a imprese di ampie dimensioni che decidano di ampliare il proprio spazio operativo, aprendo nuove sedi o filiali. In questo caso, gli *standards* richiesti all'*outsourcer* saranno i medesimi, ma si avrà un decisivo aumento delle prestazioni che quest'ultimo dovrà fornire, per il quale sarà necessario un accordo modificativo dell'originario contratto.

<sup>379</sup> Non manca, tuttavia, chi distingue le clausole di rinegoziazione dalle clausole di adeguamento, ritenendo che nelle prime siano previsti i meccanismi e gli indici, cui ancorare le modifiche necessarie; mentre le seconde si limitano a prevedere l'adeguamento automatico, così A. GORNI, *o.c.*, p. 29.

<sup>380</sup> Così F. TOSI, *o.u.c.*, p. 28.

<sup>381</sup> Tali contratti sono stati specificamente analizzati da R. ROVERSI, *I contratti di "outsourcing" della manutenzione*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 526;

potrebbe dar vita a degli squilibri, ove tale classe di prestazioni superi in maniera notevole la summenzionata soglia-limite. Si potrebbe arrivare, addirittura, alla circostanza che l'impresa servita goda dei servizi IT, inizialmente non previsti, pagando soltanto in un primo periodo alla controparte i servizi offerti, mentre per la restante durata del contratto si limiterà a un mero rimborso spese, ove le prestazioni aggiuntive e non prevedibili siano molteplici e vengano richiesti per buona parte del rapporto contrattuale. Il rischio di ricadere nell'art. 1467 c.c. è evidente. L'*outsourcer* costretto a eseguire le prestazioni informatiche privato di un'effettiva retribuzione, potrebbe richiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, evenienze che proprio la clausola *de qua* mira a evitare, posto che l'interesse delle parti è quello di trarre il massimo profitto dal contratto e non di risolverlo prima che abbia realizzato la propria funzione.

La clausola così strutturata, dunque, non è efficiente, poiché non riesce a garantire un effettivo adeguamento della retribuzione alle nuove prestazioni richieste, né a condurre le parti a una equa rinegoziazione.

In questo contesto, lo strumento più agevole per ricorrere al ripristino dell'equilibrio contrattuale, pertanto, risulta essere non tanto la rinegoziazione, quanto piuttosto l'indicizzazione. Si potrebbe, a titolo esemplificativo, ancorare l'adeguamento del prezzo agli indici ISTAT dei prezzi di consumo e qualora tale indicizzazione non sia possibile in riferimento ai servizi offerti, l'entità del compenso dovrà essere legata alla qualità dei compensi<sup>382</sup>. Attraverso tali previsioni si evita che l'adeguamento, attuato per garantire una parte dal sorgere di circostanze perturbative, diventino fonte di squilibrio a danno dell'altra, riuscendo, invece, a «neutralizzare» gli effetti delle sopravvenienze e a sciogliere il nesso di causalità fra quest'ultime e la risoluzione<sup>383</sup>.

La differenza fra una clausola di questo tenore e una clausola di rinegoziazione appare subito evidente: le clausole di indicizzazione trascendono da un'opera rinegoziativa. Non si ha il rinvio a un momento successivo della gestione delle sopravvenienze; le parti provvedono fin dalla conclusione del contratto a

---

<sup>382</sup> Cfr. F. TOSI, *o.l.u.c.*, il quale con riguardo ai termini ed alle modalità di pagamento rinvia all'art. 3 della legge sulla subfornitura.

<sup>383</sup> Cfr. L. BARBERA, *o.c.*, p. 402 s., secondo il quale il compito della clausola di rinegoziazione è quello di superare la staticità dell'operazione iniziale.

regolamentare gli effetti del mutamento delle circostanze. Non si assiste a una modifica del contenuto delle prestazione, bensì a un'opera di ricognizione<sup>384</sup>.

Siffatta previsione, inoltre, dovrebbe scongiurare il rischio di applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità, benché anche in tal caso possano sopraggiungere eventi di una tale eccezionalità da rendere inoperanti le clausole di adeguamento<sup>385</sup>.

Non sempre però è possibile ricorrere a clausole d'indicizzazione e in alcuni casi, anche se possibile, un'analitica descrizione dei fatti sopravvenuti e dei criteri da utilizzare per adeguare il contratto può risultare lenta e dispendiosa, tanto che nell'ottica dell'economia del diritto non appare più una soluzione ottimale<sup>386</sup>. La teoria della razionalità limitata<sup>387</sup>, al riguardo, mostra come in alcuni casi sia preferibile non procedere a un'analitica individuazione delle sopravvenienze rilevanti, poiché rischierebbe di divenire eccessivamente onerosa a livello informativo – in quanto richiede numerose risorse per acquisire i dati necessari a effettuare la previsione – ma anche a livello decisionale – in quanto occorre determinare le strategie volte a neutralizzare le sopravvenienze<sup>388</sup>. Piuttosto, le parti dovranno ricorrere a generici patti di rinegoziazione, mediante i quali si obbligano reciprocamente a rivisitare le reciproche prestazioni.

---

<sup>384</sup> Così A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 711 ss.; nonché M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 414, la quale esclude che rientrino nella categoria delle clausole di rinegoziazione quegli accordi con cui si stabiliscono criteri di revisione estremamente analitici.

<sup>385</sup> Così Cass., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2132, con nota di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, la quale ha escluso che la presenza di una clausola di rinegoziazione possa valere a escludere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, laddove di verificano circostanze aventi natura talmente eccezionale da rendere di fatto inoperante l'indicizzazione compiuta dalle parti, in merito all'adeguamento del prezzo. *Contra* Cass., 21 giugno 1985, n. 3730, in *Mass. Foro it.*, 1985, la quale ha statuito che la previsione di una clausola volta alla perequazione del prezzo in relazione a eventi sopravvenuti esclude l'applicabilità dell'art. 1467 c.c., anche qualora i criteri di adeguamento si rilevino inadeguati ad assicurare il riequilibrio delle prestazioni.

<sup>386</sup> Osserva V.M. CESARO, *o.c.*, p. 73 s. che fra i motivi per i quali le parti preferiscono adottare una clausola di rinegoziazione generica, piuttosto che una clausola di adeguamento, vi è anche la considerazione meramente pratica che la specifica previsione del mutamento delle circostanze rilevante e delle modalità da seguire per ristabilire equilibrio contrattuale perduto, sia un'opera non agevole, lenta e dispendiosa e potrebbe andare incontro a rischi di varia natura.

<sup>387</sup> La teoria della razionalità limitata venne sviluppata da H.A. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, *passim*, secondo il quale l'uomo organizzativo ha una capacità di elaborare informazioni e dati limitata alle sue conoscenze e al suo grado di esperienza.

<sup>388</sup> Così C.M. D'ARRIGO, *Il controllo della sopravvenienza nei contratti a lungo termine*, in AA. VV., *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 507, secondo il quale il grado di prevedibilità dipende da una corretta valutazione di costi/benefici, ove per costi s'intendono energie, tempo e denaro necessari per individuare la sopravvenienza ed i relativi rimedi; mentre per benefici il risparmio della previsione *ex ante* rispetto a una futura transazione.

Nel disporre tali pattuizioni, dovranno aver cura di indicare le modalità attuative della rinegoziazione. In particolare, occorre individuare in via preventiva quando effettuare dette revisioni, ad esempio se a scadenze fisse ovvero al determinarsi di eventuali eventi, i soggetti legittimati alla stipula dell'accordo modificativo<sup>389</sup>, nonché i tempi per la sua conclusione.

Qualora tale regolamentazione manchi e la clausola si limiti a prevedere genericamente un obbligo di rinegoziazione, senza indicare con precisione le modalità attuative, entrerà in gioco la buona fede, la quale attraverso la sua funzione integrativa obbligherà le parti a modificare l'originario rapporto contrattuale, ripristinando in tal modo l'equilibrio economico. Se, precedentemente, si era escluso che la buona fede potesse incidere sull'obbligo di rinegoziazione, vale precisare che nel caso *de quo* rientrano nell'ambito proprio della buona fede integrativa. La clausola generale, nella fattispecie al vaglio, non diviene fonte eteronoma di obblighi contrattuali, ma contribuisce a chiarire una previsione non del tutto limpida, a causa della sua lacunosità. Ma la funzione principale della buona fede *in executivis* è quella di evitare un comportamento scorretto della controparte che non intenda di fatto pervenire a un adeguamento.

La lacunosità della clausola, infatti, se da un lato assicura maggiore flessibilità, dall'altro può dar àdito a comportamenti ostruzionistici della controparte, che potrebbe ritardare i tempi della rinegoziazione ovvero ipotizzare delle revisioni contrattuali irragionevoli, comportamenti vietati proprio in virtù della buona fede<sup>390</sup>. Alla clausola generale può, dunque, essere affidato il compito di riempire di disciplina una clausola contrattuale vuota, attraverso l'individuazione dei parametri di riferimento che i contraenti dovranno utilizzare per adeguare le prestazioni alla nuova

---

<sup>389</sup> Tale previsione può apparire pleonastica con riguardo a imprese di piccole o medie dimensioni. Tuttavia, le aziende che ricorrono alla esternalizzazione dei servizi IT sono normalmente imprese di ampie dimensioni, all'interno delle quali è possibile rinvenire diversi profili manageriali, che rendono non del tutto limpida la legittimazione alla conclusione dell'accordo modificativo. Ciò giustifica la necessità di prevedere nella clausola contrattuale i soggetti cui è rimessa tale attività.

<sup>390</sup> In questo senso G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 126. In generale sulla buona fede *in executivis* v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, cit., p. 39 ss., il quale ravvisa nella buona fede un criterio correttivo dello *strictum ius*, laddove da questo ne derivino comportamenti incongrui o ingiusti per le parti.

realtà sociale e non vanificare l'interesse espresso dalla clausola medesima alla conclusione del contratto<sup>391</sup>.

L'autonomia contrattuale può affidare l'adeguamento sia alle trattative delle parti – attraverso clausole di rinegoziazione propriamente dette – sia alla volontà di una sola parte.

Se le clausole di rinegoziazione non creano difficoltà in ordine ai profili di liceità e meritevolezza, maggiori dubbi sorgono in merito all'ammissibilità di siffatti poteri unilaterali. Il richiamo alla libertà negoziale non appare, infatti, sufficiente ad affermarne la validità<sup>392</sup>.

Si potrebbe ipotizzare che la validità di una previsione di potere unilaterale di modifica del contenuto contrattuale discenda dalla norma contenuta nell'art. 1373 c.c. che contempla la facoltà di recesso unilaterale nei contratti a esecuzione continuata o periodica. In particolare, come le parti nella loro autonomia attribuiscono a una di esse il potere di sciogliere il rapporto giuridico fra esse esistente, allo stesso modo potrebbero attribuire il potere unilaterale di modifica del rapporto medesimo. Ma i profili di problematicità che emergono da siffatta posizione appaiono subito evidenti: la soggezione di una parte alla modifica delle condizioni del contratto, da parte dell'altra è cosa ben diversa dalla facoltà di *exiit*<sup>393</sup>. L'esercizio del diritto di recesso determina l'estinzione di tutte le obbligazioni e di tutti i diritti, anche quelli in capo al recedente; l'adeguamento unilaterale, per contro, potrebbe consentire alla parte che ne ha il potere di aggravare la posizione dell'altra a proprio vantaggio.

Attribuire a un'unica parte contrattuale lo *ius variandi*, soprattutto se in via meramente discrezionale, di fatto appiattirebbe la volontà dell'altra parte, che rischia di rimanere vincolata a un contratto non voluto.

Per i motivi sopra esposti, si discute se la riserva di modificazione del contenuto contrattuale in capo a una sola parte sia affetta da nullità.

Tale previsione potrebbe apparire nulla per contrarietà all'ordine pubblico<sup>394</sup>. Tuttavia, da un'analisi sistematica emerge la presunta validità dello *ius variandi*

---

<sup>391</sup> Così V.M. CESARO, *o.c.*, p. 54 ss.

<sup>392</sup> M. COSTANZA, *o.n.c.*, p. 320.

<sup>393</sup> Cfr. P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 19.

<sup>394</sup> È questa la posizione assunta da V. ROPPO, *o.c.*, p. 557.

unilaterale. In diversi àmbiti, infatti, viene attribuito a un solo contraente la facoltà di modificare la *lex contractus*, come ad esempio nel diritto bancario, ove viene ammessa dall'art. 118, d.l. 13 settembre 1993 n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), la possibilità di modificare in via unilaterale i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto, qualora sussista un giustificato motivo. Ma il cliente non resta privo di tutela: il legislatore, oltre a prevedere un preavviso di due mese, gli attribuisce la facoltà di recedere, ove non sia d'accordo con il nuovo assetto contrattuale<sup>395</sup>.

L'aver ammesso la previsione di una modifica unilaterale della *lex contractus* in un settore così delicato quale quello bancario – ove forti sono le asimmetrie di potere fra i contraenti – consente di concludere per la validità di una previsione di questo genere. Ovviamente, le imprese che vorranno rimettere a una sola di esse la gestione delle sopravvenienze, non potranno prescindere dall'inserimento della facoltà di *exit* in favore della controparte, la quale in tal modo non sarà costretta a subire una modifica delle prestazioni non ritenuta equa<sup>396</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, emerge in maniera chiara che i rimedi manutentivi, benché si pongono come strumenti alternativi alla risoluzione contrattuale, non possono impedire lo scioglimento del vincolo contrattuale, laddove la modifica del contratto non trovi il consenso di entrambe le parti contraenti. Laddove, infatti, sia previsto lo *ius variandi* unilaterale, la controparte che non

---

<sup>395</sup> La disciplina delle modifiche unilaterali dei contratti bancari, racchiusa nell'art. 118 T.U.B., è frutto di una significativa evoluzione normativa. La norma, completamente riscritta dalla l. 10 della l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha introdotto come requisito necessario dell'esercizio dello *ius variandi* il giustificato motivo, è stata nuovamente modificata dal d.lgs. 141/2010, nonché dalla l. 106/2011, con la quale è stato introdotto il comma 2-*bis*. Ne deriva una differente regolamentazione a seconda della circostanza che i contratti bancari siano stipulati a tempo indeterminato ovvero a tempo determinato. Soltanto nel primo caso, infatti, sarà possibile esercitare il diritto postestativo con riguardo ai tassi d'interesse, mentre nei contratti a tempo determinato l'àmbito di applicazione dello *ius variandi* è più ristretto. Per un approfondimento sullo *ius variandi* nel sistema bancario si rinvia a A. SCALPELLO, *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 227 ss.

<sup>396</sup> La posizione è condivisa da M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 320 ss, secondo la quale ad oggi il recesso rappresenta uno «strumento d'impugnativa del contratto»; risulta, dunque, naturale che in presenza di fatti che rendano l'operazione economica non più rispondente agli interessi delle, sia attribuita la facoltà di sciogliersi dal vincolo contrattuale. Si mostra, per contro, aperto alla possibilità di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, pur in assenza della previsione del diritto di recesso P. SCHLESINGER, *o.c.*, p. 23 s., secondo il quale la presenza di numerose disposizioni, quali ad esempio l'art. 1661 c.c. in materia di appalto e l'art. 1685 c.c., in materia di trasporto, ritiene opportuno adottare un atteggiamento aperto nei confronti delle modifiche anche non aventi natura consensuale.

condivide le modifiche apportate al contratto, può attraverso l'esercizio del diritto potestativo di recesso, sciogliere il negozio. Nella diversa ipotesi di obbligo convenzionale di rinegoziazione, tra *outsourcer* e impresa servita potrebbero sorgere forti contrasti in ordine all'adeguamento da apportare ovvero una parte potrebbe restare inadempiente di fronte all'obbligo convenzionale di rinegoziare, il che potrebbero spingere ad adire l'intervento giurisdizionale – ove non sia stato convenuto nel contratto che le eventuali controversie siano rimesse ad arbitri terzi e imparziali – anche al fine di ottenere una risoluzione contrattuale.

**CAPITOLO TERZO**  
**PATOLOGIA NEGOZIALE.**  
**L'INADEMPIMENTO CONTRATTUALE E LA**  
**GESTIONE DELLA *DISPUTE RESOLUTION***

### 3.1. L'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre.

L'inserimento di una clausola di rinegoziazione di contenuto alquanto generico all'interno di un contratto di *outsourcing*, benché offra il grande vantaggio di rendere applicabile la revisione del contratto a molteplici ipotesi imprevedibili, presenta il rischio di una sua facile elusione.

La parte contrattuale, sia essa l'*outsourcer* o l'*outsourcee*, che risulti avvantaggiata dalla circostanza sopravvenuta, potrebbe cercare di sottrarsi a tale obbligo, con la giustificazione che la fattispecie concreta esuli dal campo di applicazione della clausola in esame. L'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo può derivare, quindi, da un esplicito rifiuto a trattare, ma anche da una scorretta conduzione delle trattative, preordinata al mancato raggiungimento dell'accordo. Non vi è dubbio, infatti, che integri inadempimento anche la reticenza a sedersi al tavolo delle trattative, nonché la comunicazione di false informazioni<sup>397</sup>. Laddove, invece, ricevuta la richiesta di revisione del contratto, la controparte è tenuta ad assumere un comportamento conforme alle regole di correttezza e buona fede. Una condotta ostile e poco collaborativa potrebbe divenire uno strumento per non adempiere l'obbligo *de quo*.

Ciò non significa che la controparte sia tenuta necessariamente ad esprimere il suo consenso alla modifica delle prestazioni. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'obbligo di rinegoziare va bilanciato con la libertà contrattuale e, soprattutto, che deve essere considerato come un strumento posto a tutela dei contraenti. In altri termini, l'adeguamento del contenuto delle prestazioni alle nuove circostanze di fatto deve rappresentare un rimedio teso ad evitare la risoluzione contrattuale. Si è già avuto modo di precisare che le imprese hanno maggiore interesse alla conservazione del contratto e che nel caso di specie, ove il contratto ha ad oggetto la fornitura

---

<sup>397</sup> Cfr. F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 399 s., il quale precisa che una tipizzazione delle ipotesi in cui può manifestarsi la scorrettezza delle parti durante lo svolgimento delle trattative richiede un lavoro troppo arduo per essere compiuto. Si ritiene ormai superata la concezione che ravvisa nell'abbandono delle trattative l'unica ipotesi di comportamento scorretto durante la fase delle trattative, che desse luogo a responsabilità precontrattuale (L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 5), così *ex multis* V. MONTANI, *Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da genus a species*, in *Danno resp.*, 2012, p. 1108.

dell'intero sistema informatico, l'interruzione anche solo temporanea delle prestazioni può portare dei danni notevoli.

Ma il ripristino dell'equilibrio negoziale non può certo sfociare nella conclusione di un contratto non voluto dalla parte avvantaggiata delle sopravvenienze<sup>398</sup>. Quest'ultima conserva la libertà di valutare la convenienza delle modifiche da apportare al regolamento contrattuale, tenendo conto di quelli che sono i propri interessi concreti, fino al punto di rifiutarsi di addivenire a un accordo, ove il mutamento delle circostanze diventi uno strumento pretestuoso utilizzato dal contraente per stravolgere l'originaria economia contrattuale. In questa ipotesi, la parte che si rifiuti di addivenire all'adeguamento proposto non soltanto non potrà considerarsi inadempiente, ma avrà essa stessa diritto a un risarcimento del danno, derivante dal comportamento sleale della controparte.

Le obbligazioni che nascono da una clausola di revisione dei livelli di servizio consistono nell'impegno a garantire che la funzione contrattuale non venga frustrata nel corso del rapporto. Nel rispettare tale impegno i contraenti devono, quindi, assumere un comportamento che sia volto non all'attuazione formalistica della clausola di revisione, ma al mantenimento della proporzionalità delle prestazioni, il che impone che entrambi adottino un comportamento conforme a correttezza e buona fede<sup>399</sup>. Ciò che rileva, lo si ripete, non è il mero consenso alla rinegoziazione, ma l'assunzione di un atteggiamento diretto al perseguimento dell'equilibrio contrattuale. Conseguentemente, si avrà inadempimento esclusivamente ove le parti assumano una posizione sleale.

---

<sup>398</sup> In senso contrario F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 397, il quale considera quale unico limite al carattere vincolante dell'obbligo di rinegoziare la possibilità della prestazione.

<sup>399</sup> Significativa al riguardo Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Danno resp.*, 2012, p. 1210, con nota di P. LAGHEZZA, *Responsabilità precontrattuale e obbligo d'informazione*, secondo la quale se dal un lato è vero che le parti, nella fase antecedente la conclusione del contratto, possono valutare la propria convenienza alla stipulazione e recedere anche in assenza di un giustificato motivo, dall'altro tale principio trova il proprio limite nel rispetto del 'principio' di buona fede e correttezza; non a caso l'art. 1337 c.c. ha valore di «clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere, per le parti, di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. La violazione di questa aggiuntiva regola di condotta alla quale devono conformarsi le parti di una trattativa negoziale è, quindi, idonea a determinare (se accertata adeguatamente in fatto in virtù di un congruo e logico percorso argomentativo spettante al giudice del merito) la configurazione di una responsabilità precontrattuale».

Naturalmente, con riguardo alla scorrettezza nelle trattative della revisione nei livelli di servizio o del prezzo occorre esprimersi in termini di inadempimento contrattuale e ciò determina una responsabilità di tipo contrattuale, piuttosto che di responsabilità precontrattuale (benché si ritenga che quest'ultima a sua volta rientri nella responsabilità contrattuale<sup>400</sup>). La conclusione dell'accordo modificativo trova la propria fonte nel regolamento negoziale già concluso, di tal che non residuano dubbi che da un comportamento scorretto in sede di trattative derivi una responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c.<sup>401</sup>.

Inquadrata in tal modo la natura della responsabilità da inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, resta da valutare le conseguenze derivanti da tale inadempimento.

---

<sup>400</sup> La natura della responsabilità precontrattuale costituisce uno dei maggiori 'rompicapo' del diritto civile. Ad oggi ancora risulta discusso se la c.d. *culpa in contraendo* abbia natura contrattuale, extracontrattuale ovvero sia riconducibile a un *tertium genus*. Un primo indirizzo, seguito in particolar modo dalla giurisprudenza (Cass., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno resp.*, 2013, p. 754, con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*; Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1380, con nota di M. CLARICH e G. FIDONE, *La giurisdizione in tema di responsabilità contrattuale della p.a.: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di immobile di cosa futura*; Cass., 7 febbraio 2006, n. 2525, in *Mass.*, 2006, p. 165; Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno resp.*, 2005, p. 597, con nota di P. PARDOLESI, *Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics*), riconduceva la responsabilità extracontrattuale, alla responsabilità aquiliana, sulla base della considerazione che nella fase che precede la conclusione del contratto soltanto il principio del *neminem ledere* possa essere fonte di obbligazione. In dottrina v. tra gli altri F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.* Cicu messinese (diretto da), Milano, 1987, p. 734; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 881 ss. Questa tesi, tuttavia, non è condivisa da quanti ritengono che in realtà anche gli atti prenegoziali posseggono una loro efficacia e che gli obblighi di buona fede in tanto sorgono in quanto si stabilisce un rapporto giuridico, che nasce con il c.d. contatto sociale, inteso quale «significato sociale della relazione "diretta" che effettivamente si instaura fra i due soggetti», così App. Milano, 6 febbraio 2002, in *Contratti*, 2003, p. 23, con nota di E. GUERINONI, «Contatto sociale» e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente). Conseguentemente, la *culpa in contraendo* andrebbe ricondotta alla responsabilità contrattuale (Cass., Sez. Un., 06 marzo 2015, n. 4628, in *Corr. giur.*, 2015, p. 609, con nota di V. CARBONE, *Il diritto vivente nei contratti preliminari*; Cass., 12 giugno 2015, n. 12262, in *Mass.*, 2015; In dottrina v. I. MUSIO, *Responsabilità precontrattuale*, in AA. VV., *Trattato della responsabilità civile*, P. Stanzone (diretto da), I, *La responsabilità contrattuale*, Padova, 2012, p. 529, secondo la quale la natura contrattuale della *culpa in contraendo* deriva altresì dalla funzione che svolge all'interno del mercato globale e del libero scambio commerciale, ove è sempre più sentita l'esigenza di un leale scambio d'informazioni; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7<sup>a</sup> ed., Napoli, 2014, p. 521. Accanto a questi indirizzi, si è sviluppato un ulteriore orientamento, che legge la buona fede precontrattuale in una nuova accezione, essa esprime una potenzialità precettiva che non si esaurisce sul piano risarcitorio, così V. CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale* in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 1267; N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, p.112 ss.

<sup>401</sup> Ancora sul punto F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 401, secondo il quale nella fattispecie al vaglio il valore assunto dall'affidamento riposto dalla parte inadempiente sul comportamento diligente della controparte costituisce, che assume i tratti di vero e proprio obbligo contrattuale, determina che in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare si avrebbe una sorte di integrazione della norma di cui all'art. 1375 c.c., con quella dettata dall'art. 1337 c.c.

Non può revocarsi in dubbio che nella fattispecie in esame la parte inadempiente sia tenuta al risarcimento del danno. Ai fini della sua quantificazione, si ritiene che il giudice ben potrà tener conto del comportamento delle parti, quali l'inerzia a intraprendere le trattative, nonché ogni altra eventuale condotta scorretta tenuta dalla parte inadempiente<sup>402</sup>. Ma ciò, tuttavia, non elimina le difficoltà connesse a tale quantificazione. Al riguardo, sicuramente, può essere risarcibile l'interesse positivo, inteso quale interesse alla revisione delle prestazioni<sup>403</sup>. Maggiori dubbi sorgono con riguardo all'interesse negativo, identificabile sia con le spese concretamente sostenute dal contraente, nella prospettiva del futuro adeguamento, sia nella perdita di altre possibilità negoziali. Queste considerazioni hanno spinto a effettuare delle considerazioni in merito alla possibilità di identificare il danno scaturente dalla mancata rinegoziazione con il danno da perdita di *chance*<sup>404</sup>: l'obbligo di rinegoziare potrebbe essere identificato con «l'impegno delle parti a offrirsi reciprocamente una *chance*»<sup>405</sup>.

L'accostamento appena effettuato, però, non convince. La clausola in esame determina un legittimo affidamento della parti all'adeguamento negoziale. Il ch

---

<sup>402</sup> Cfr. Cass. 3 agosto 1995, n. 8501, in *Giust. civ.*, 1996, I p. 119, la quale ha sostenuto che ai fini del risarcimento del danno il giudice «non può esimersi dal valutare unitariamente e comparativamente il comportamento degli obbligati in questa fase, allo scopo di accertare se l'eventuale contegno sleale, dilatorio e non di buona fede di qualcuno di esse - a parte la configurabilità a suo carico di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. - abbia potuto dar luogo a responsabilità contrattuale, incidendo negativamente nella fase esecutiva del contratto alla cui modificazione le trattative tendevano, giustificando l'inadempimento dell'altra parte».

<sup>403</sup> *Contra* G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit. p. 813, il quale afferma che la qualificazione dell'obbligo di rinegoziare quale qualificazione di mezzi e non di risultato, invero, dovrebbe spingere al risarcimento non dell'interesse positivo ma di quello negativo.

<sup>404</sup> In argomento v. Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Contratti*, 2004, p. 1091, con nota di P. LISI, *Diagnosi errate e chance perdute*, la quale definisce la *chance* quale «concreta ed effettiva occasione di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, la sua perdita integra un danno che, se allegato e provato, deve essere risarcito». In dottrina, sul danno da perdita di *chance* v. G. POMPILIO, *La perdita di chance*, in AA. VV., *Il contratto*, G. Buffone, C. De Giovanni e I. Natali (a cura di), Padova, 2013, p. 2478, il quale analizza la *chance* sia secondo la tesi del lucro cessante, nel senso che il danno non è relativo a un bene già presente nel patrimonio del danneggiato, ma si configura quale lesione futura valutata secondo un criterio prognostico; sia alla luce della tesi del danno emergente, secondo la quale valorizza in chiave ontologica la *chance* quale bene giuridico già facente parte del patrimonio del danneggiato, di tal ché la lesione non può essere qualificata come mancato guadagno, ma quale vera e propria perdita.

<sup>405</sup> Cfr. F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 404, il quale, tuttavia, osserva che le tradizionali categorie di interesse positivo e negativo, nel caso di specie sembrano entrare in crisi, in quanto l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, da un lato crea un danno corrispondente alla perdita di opportunità favorevoli, ma dall'altro un danno per la perdita del profitto contrattuale.

difficilmente può coincidere con la mera *chance* alla prosecuzione del rapporto nel rispetto dell'equilibrio contrattuale<sup>406</sup>.

Altra questione riguarda la possibilità di rivolgersi al giudice, ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Il patto di rinegoziazione, infatti, rappresenta una forma di *pactum de contraendo*, in virtù del quale le parti si obbligano a prestare successivamente il proprio consenso, per la stipulazione di un contratto<sup>407</sup>. Nel caso di specie, l'obbligo assunto dalle parti non riguarda la conclusione del contratto c.d. definitivo, ma la modifica del contratto originario. La peculiarità della clausola di rinegoziazione si rinviene proprio nella circostanza che pur afferendo a un contratto già concluso rappresenta il primo *step* di un diverso accordo da concludere in futuro. Il contratto di *outsourcing* è un contratto perfetto, ma all'interno di tale contratto s'inserisce un ulteriore accordo di tipo preparatorio<sup>408</sup>, con il quale le parti si obbligano ad adattare il contratto medesimo all'eventuale mutamento di circostanze<sup>409</sup>.

In altri termini, all'interno di contratto di *outsourcing* già concluso si inserisce un ulteriore contratto che è ancora in via di formazione<sup>410</sup>. Lo scambio di consensi per questo nuovo contratto modificativo avverrà in un secondo momento, quando e se si verificheranno delle sopravvenienze in grado di incidere sulle prestazioni contrattuali.

Orbene, benché la clausola di rinegoziazione possa essere qualificata in termini di accordo preliminare, si può discutere circa la possibilità di rivolgersi al giudice al fine di ottenere una sentenza che abbia i medesimi effetti del contratto non concluso,

---

<sup>406</sup> F. MACARIO, *o.n.c.*, p. 406, secondo il quale *chance* ed obbligo di trattare oltre ad apparire incompatibili sul piano logico, lo sono anche sul piano del diritto, in quanto non si può avere un'incertezza circa l'identità dei contraenti, posto che l'intenzione delle parti con l'inserimento della clausola *de qua* è proprio l'eliminazione dell'alea contrattuale.

<sup>407</sup> Per una riflessione teorica sul *factum de contraendo* v. A. DE MAJO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giuri.* Treccani, Roma, 1990, XXI, p. 1 ss.,

<sup>408</sup> Riconoscono l'autonomia della categoria di contratto preparatorio F. CARRESI, cit., p. 43, secondo il quale i contratti preparatori rappresentano dei congegni negoziali, in grado di adattarsi a molteplici tipi di contratto; F. SANTORO-PASSARELLI, cit. 216.

<sup>409</sup> Con l'espressione contratto preparatorio la dottrina tradizione indica infatti un accordo strumentale alla conclusione di un nuovo contratto (così M. ASTONE, *L'aspettative e le tutele. Contributo ad uno studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, p. 55).

<sup>410</sup> Per un approfondimento sui contratti in via di formazione v. V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in AA. VV. *Trattato dei contratti*, cit., p. 178, il quale chiarisce che si ha «una sorta di formazione a gradi, che si sviluppa da accordi relativi a determinati elementi fino a concludersi, appunto, nella definizione della regola contrattuale, il cui *iter* formativo, pertanto, può risultare semplice o complesso, variamente articolato in una o più fasi, con valenze e funzioni giuridiche diverse, nella unitaria prospettiva degli effetti negoziali finali».

ai sensi dell'art. 2932 c.c.<sup>411</sup>. Con il provvedimento *de quo*, infatti, il giudice non si sostituisce all'autonomia negoziale, ma mira a realizzare l'interesse del creditore all'adempimento, come previsto dalle parti in via contrattuale<sup>412</sup>. Si potrebbe sostenere che l'intervento giudiziale difficilmente riesca a realizzare l'interesse della parte svantaggiata dal mutamento delle circostanze, in quanto dall'accordo preparatorio non è dato riscontrare una volontà negoziale completa, cui il giudice può conformarsi. La pronuncia giurisdizionale avrebbe l'effetto di vincolare le parti a un regolamento non voluto dalle parti medesime e questo non corrisponde alla volontà del legislatore, che nel disciplinare l'esecuzione in forma specifica dispone che sia applicabile «ove possibile». Il rimedio in esame, infatti, presuppone che la sentenza sia in grado di realizzare la medesima situazione giuridica che si verrebbe a determinare ove le parti siano adempienti. Tuttavia, il patto di adeguamento negoziale, avendo un contenuto generico rispetto alla mera clausola d'indicizzazione, richiede che le parti, in sede di rinegoziazione, riesprimano le loro volontà non soltanto in ordine alla conclusione del contratto, ma altresì in merito al contenuto del nuovo assetto negoziale. Il giudice, dunque, non potrebbe *ex nibilo* obbligare i contraenti a eseguire delle prestazioni dagli stessi non voluti, soltanto perché si è stabilito che al mutamento delle circostanze il contenuto delle prestazioni debba subire un adeguamento, poiché ciò non consente di realizzare i loro interessi<sup>413</sup>.

Le considerazioni appena svolte non risultano però condivisibili, in quanto sembrano non tener conto della circostanza che i contraenti, nel convenire l'obbligo

---

<sup>411</sup> Sull'ambito di applicazione dell'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. v. A. MAGRÌ, *Possibilità giuridica ed esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 661 ss.; C. TREZZA, *Esecuzione in forma specifica del preliminare*, in AA. VV., *Il contratto preliminare*, G. Capo, A. Musio e G. Salito (a cura di), Padova, 2014, p. 857 ss.; nonché M. RUVOLO, *Il contratto preliminare nella giurisprudenza*, Padova, 2011, p. 81, il quale chiarisce che il rimedio oggetto di esame non attiene esclusivamente al contratto preliminare, ma a ogni ipotesi di violazione di obbligo a contrarre, sia esso di natura legale o convenzionale. In giurisprudenza, si veda la recente Cass., 30 marzo 2012, n. 5160, in Banca dati *de jure*, la quale ritiene applicabile l'art. 2932 c.c. a tutte le ipotesi in sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto.

<sup>412</sup> M. GALLETTI, *Il contratto preliminare e le sopravvenienze contrattuali*, in AA. VV., *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 103 s. Si esprime, per contro, in termini di sostituzione E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2011, p. 558, la quale chiarisce che la sentenza emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c., rappresenta la combinazione fra la volontà del creditore e la determinazione del giudice, il quale va a sostituire il mancato consenso della parte inadempiente.

<sup>413</sup> Sul requisito della possibilità dell'esecuzione coattiva, v. M. RUVOLO, *o.c.*, p. 87 ss., il quale chiarisce che l'impossibilità può essere riferita al soggetto; al titolo; agli impedimenti di fatto e/o di diritto.

di adeguamento, in realtà, mostrano in maniera chiara la volontà di conservare il contratto. L'interesse alla conservazione appare prevalente rispetto alla cristallizzazione del contenuto delle obbligazioni. Conseguentemente, appare lecito sostenere che una pronuncia giurisprudenziale, ai sensi dell'art. 2932 c.c., non produca l'effetto di sostituire arbitrariamente il contenuto del contratto determinato dalle parti ma apporti il rimedio divisato dalle parti medesime. L'adeguamento disposto dal giudice vale ad assecondare la volontà di quest'ultime, le quali in maniera libera e spontanea hanno ritenuto maggiormente rispondente agli interessi dell'impresa prevedere un obbligo di adeguamento, rispetto alla caducazione contrattuale<sup>414</sup>. Non si ha, dunque, un'invasione nella sfera riservata all'autonomia privata, in quanto la sentenza che si sostituisce al mancato accordo ha la funzione di realizzare l'interesse delle imprese alla conservazione del negozio. Il giudice, nell'adeguare il contenuto delle prestazioni, non potrà decidere in via discrezionale, ma dovrà tener conto di tutti i criteri e gli indizi offerti dai contraenti, sia quelli risultanti dal testo della clausola di rinegoziazione, sia quelli che emergono dal comportamento delle parti<sup>415</sup>. A tal fine, potrà essere tenuto in considerazione anche il comportamento tenuto durante l'inizio delle trattative rivolte all'adeguamento, poi cessate<sup>416</sup>.

Il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., alla luce delle considerazioni appena svolte, deve senz'altro essere considerato percorribile, in quanto rappresenta un valido strumento di contrasto alla paralisi contrattuale.

---

<sup>414</sup> In senso conforme v. M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 316, la quale, nell'ammettere il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., sostiene che la previsione della revisione negoziale, anche nell'ipotesi in cui nella determinazione negoziale manchino i criteri ed i canoni cui conformare l'adeguamento, non può ritenersi inidoneo a produrre effetti giuridici e che il nuovo assetto d'interessi dovrà determinarsi *per relationem*, tenuto conto dei rapporti di scambio

<sup>415</sup> Cfr. Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 117, con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*; Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, p. 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*. Si tratta di provvedimenti che ammettono il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. non soltanto in caso di inadempimento dell'obbligo convenzionale di rinegoziare ma altresì l'obbligo riconducibile alla clausola generale di buona fede. *Contra* Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67, con nota di F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*.

<sup>416</sup> Così F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 426 ss., secondo il quale l'impossibilità di pervenire a una sentenza *ex art. 2932 c.c.* è una ipotesi del tutto marginale, tenuto conto sia della «visione sistematica dei contratti a lungo termine», che impone una certa flessibilità, sia i risultati raggiunti in tema di esecuzione in forma specifica, derivante dall'inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto definitivo.

### 3.2 Ipotesi di inadempimento e concetto di gravità.

Benché l'inadempimento derivante dal rifiuto o scorretto comportamento relativo all'obbligo convenzionale di rinegoziazione, costituisca uno degli aspetti maggiormente rilevanti nell'ambito del contratto di *outsourcing*, vi sono ulteriori ipotesi che meritano di essere prese in considerazione.

Per una corretta analisi dell'inadempimento e conseguentemente della responsabilità che da esso trae origine, occorre effettuare delle brevi considerazioni sui contratti *de quibus*, nei quali generalmente è possibile ravvisare diverse fasi: una fase c.d. preliminare; una fase c.d. esecutiva; una fase c.d. *post* contrattuale.

La fase preliminare attiene al momento in cui il sistema informatico viene predisposto e installato nei locali dell'impresa servita: si realizza il c.d. *migration plan*, che si conclude con il collaudo del servizio medesimo e con la fissazione dei livelli di servizio<sup>417</sup>. Dunque, mentre sul fornitore grava l'obbligo di predisporre e mettere a disposizione dell'*outsourcee* il servizio IT, nonché il c.d. *devoir de conseil*<sup>418</sup>, sul committente graverà l'obbligo di collaborazione, che generalmente consiste nel fornire tutte le informazioni utili per il fornitore.

Naturalmente, in questo momento del rapporto contrattuale l'inadempimento riguarderà principalmente l'*outsourver*, il quale potrebbe non riuscire a predisporre il sistema nei tempi richiesti ovvero potrebbe realizzare un programma non perfettamente funzionante<sup>419</sup>. Al verificarsi di tale inadempimento, l'*outsourcee* potrà godere sia dei rimedi offerti dalla disciplina in materia di contratto in generale – in

---

<sup>417</sup> Cfr. V. SILLA, *Il contratto di outsourcing*, in AA. VV., *I singoli contratti*, G. Cassano (a cura di), Padova, 2010, p. 2029. Sulla differenza fra la «verifica» ed il «collaudo» v. M. MIGLIETTA e A. MIGLIETTA, *L'appalto privato*, Torino, 2006, p. 141 s., i quali chiariscono che per verifica debba intendersi il controllo diretto ad accertare che il sistema informatico fornito sia conforme con quanto pattuito, mentre il collaudo faccia riferimento alla successiva dichiarazione resa dall'impresa servita circa la conformità del sistema IT alle aspettative; appare chiaro allora che la fase della verifica preceda cronologicamente quella del collaudo, benché solitamente avvengano senza soluzione di continuità.

<sup>418</sup> *Contra* F. TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, cit., p. 102, il quale sostiene che tale obbligo sorgerà soltanto se espressamente previsto, mentre graverà sul fornitore, a prescindere da una espressa pattuizione sul punto l'obbligo di scegliere la soluzione tecnica migliore e maggiormente rispondente all'esigenze del cliente nel realizzare il prodotto.

<sup>419</sup> La circostanza per la quale in caso di viziata funzionalità del sistema informatico la responsabilità sia esclusivamente a carico del fornitore – il quale è sempre direttamente responsabile nei confronti del proprio cliente e, pertanto, non potrà opporre all'impresa servita che il cattivo funzionamento del sistema IT derivi dal malfunzionamento delle apparecchiature *hardware*, imputabili a soggetti che hanno messo in commercio tali beni, ma al massimo potrà rivalersi nei confronti di questi ultimi – giustifica l'ampio margine di autonomia tecnica ed organizzativa che quest'ultimo si riserva, così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., p. 371.

particolare, dell'art. 1453 c.c. che si occupa della risoluzione per inadempimento e dell'art. 1457 c.c., il quale contempla la risoluzione per violazione del termine essenziale<sup>420</sup> – sia delle tutele di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c., aventi ad oggetto le conseguenze inerenti le difformità e i vizi dell'opera nel contratto di appalto. La qualificazione del contratto di *outsourcing* in termini di contratto di appalto di servizi rende sicuramente applicabili le norme relative all'appalto d'opera<sup>421</sup>, tuttavia, è facile immaginare che, qualora il sistema informatico non venga consegnato, non ci sarà spazio per le disposizioni in tema di vizi e difformità, ma che piuttosto l'*outsourcer* richiederà la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Per contro, la disciplina di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c. sarà applicabile ove il sistema venga installato e consegnato, ma già in sede di collaudo emergano delle problematiche funzionali<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> Sulla risoluzione per violazione del termine nei contratti di appalto di servizi v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Appalto*, in AA. VV., *Trattato della responsabilità contrattuale*, G. Visintini (a cura di), Padova, 2009, p. 257 s., il quale osserva che mentre nell'appalto di servizi *una tantum* o a carattere continuativo (come nell'ipotesi di *outsourcing*) vi è un unico termine, nell'appalto di servizi a esecuzione periodica occorrerà chiarire se l'inosservanza del termine riferito alla singola prestazione comporti la risoluzione dell'intero contratto ovvero la risoluzione sia limitata alle reciproche prestazioni, relativamente alle quali si è verificato l'inadempimento. L'Autore propende per quest'ultima soluzione, posto che l'interesse leso dall'inadempimento si riferisce alla singola coppia di prestazioni e non all'intero rapporto contrattuale.

<sup>421</sup> Invero, è stato sostenuto che nella fase preliminare piuttosto che di appalto di servizi si dovrebbe discorrere di appalto d'opera, poiché più che la fornitura di servizi ha ad oggetto la fornitura di un sistema informatico, così E. TOSI, *o.c.*, p. 103.

<sup>422</sup> Benché solitamente le norme di parte speciale si sostituiscano a quelle di parte generale, nel caso di specie la responsabilità contrattuale degli artt. 1453 e 1455 c.c. non è esclusa dagli artt. 1667 e 1668 c.c., poiché questi ultimi non negano, ma integrano i normali rimedi in tema di risoluzione contrattuale, così Cass., 22 gennaio 2015, n. 1186, in *Mass. Foro it.*, 2015, c. 48; nonché Cass., 24 giugno 2011, n. 13983, in *Contratti*, 2012, p. 139, con nota di A. GENOVESE, *Adempimento inesatto del contratto di appalto: norme generali e speciali*, la quale afferma che nel caso in cui il servizio non sia stato completato troveranno applicazione le norme generali in materia di inadempimento e risoluzione del contratto, mentre ove il servizio sia stato consegnato ma presenti vizi o difformità si applicherà la disciplina di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c. Sul punto, in dottrina, v. anche M. RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, cit., p. 417 s., il quale osserva, sebbene con riferimento all'appalto d'opera, che la responsabilità di cui alla disciplina generale del contratto e quella prevista per i vizi e le difformità dell'appalto potranno cumularsi tra loro nel caso in cui il fornitore non solo esegua l'opera in ritardo, ma l'opera medesima presenti vizi e difformità. Sostiene invece che in forza della specialità la responsabilità prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. prevale sulla responsabilità di cui alla disciplina generale del contratto, la quale opera come regolamentazione sussidiaria, nell'ipotesi in cui non sussistano i presupposti della responsabilità per vizi e difformità, così M.C. CERVALE, *Appalto d'opera e servizi*, in AA. VV., *La colpa nella responsabilità civile*, III, P. Cendon (a cura di), Torino, 2006, p. 540. Per contro, nega il concorso fra le due discipline e si esprime invece in termini di deroga Cass., 20 aprile 2006, n. 9295, in *Resp. civ.*, 2008, p. 237, con nota di G. GLIATTA, *La rilevanza dei vizi e dei difetti dell'opera nel contratto di appalto*.

I vizi e le difformità devono essere tali da rendere del tutto inadatto il sistema informativo alla destinazione e che ciò determini il venir meno della sua utilità; la valutazione in questo senso deve avvenire sulla base di criteri oggettivi, considerando l'utilità del servizio in relazione alla generalità delle imprese; soltanto ove nel contratto emergano esigenze particolari o la previsione di un particolare rendimento, sarà compiuta sulla base di criteri soggettivi<sup>423</sup>. Non sarà necessario, invece, ai fini della risoluzione, che vi sia l'impossibilità di eliminare i vizi medesimi<sup>424</sup>.

Resta fermo che il ricorso alla normativa da ultimo menzionata comporta anche il rispetto dei termini stabiliti: l'*outsourcer* dovrà effettuare la denuncia entro il termine di prescrizione di sessanta giorni, salvo che il fornitore li abbia riconosciuti o occultati<sup>425</sup>. Ciò non implica, però, che l'impresa servita debba denunciare i vizi riscontrati attraverso una descrizione tecnica e analitica degli stessi, in quanto la mancanza di conoscenze specialistiche in ambito informatico renderebbe eccessivamente gravoso tale onere, di tal che si ritiene sufficiente che anche una sintetica indicazione delle difformità riscontrate nel servizio<sup>426</sup>.

Le considerazioni appena svolte presumono risolto il dibattito circa la natura giuridica dei rimedi di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c., in favore della tesi della responsabilità contrattuale. I contrasti interpretativi in ordine alla corretta qualificazione sono sorti in quanto il legislatore negli articoli in esame fa riferimento al termine «garanzia», cosicché è stato ipotizzato che si tratti di una «garanzia in senso tecnico»<sup>427</sup>. In altri termini, l'appaltatore è tenuto a un'ulteriore garanzia, la quale costituisce un'obbligazione autonoma, che si aggiunge alla mera fornitura di servizio, consistente nel pagamento di una indennità per l'ipotesi di presenza di vizi o difformità. Sembra preferibile, tuttavia, ritenere che l'obbligazione cui è tenuto

---

<sup>423</sup> Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *o.c.*, p. 264.

<sup>424</sup> In questo senso si è espressa la giurisprudenza di legittimità v. Cass., 17 giugno 2013, n. 15093, in *Mass. Foro it.*, 2013, c. 473;

<sup>425</sup> Il termine di sessanta giorni per la denuncia di vizi e difformità del servizio dal momento in cui il committente sia venuto a conoscenza di essi, anche se non è stata effettuata una verifica tecnica dei medesimi, così da ultimo in giurisprudenza v. Cass., 22 novembre 2013, n. 26233, in *Mass. Foro it.*, 2013, c. 899. In dottrina si è recentemente occupato della questione L. BERTINO, *L'onere di avviso sintetico del danno (art. 1227 c.c.) e di denuncia analitica dei vizi e delle difformità (art. 1667 c.c.) nel contratto d'appalto*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 501. In generale sul termine di prescrizione di cui alla norma in commento cfr. R. MORESE, *Il termine di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi*, in *Contratti*, 2009, p. 669; S. CATERBI, *La garanzia per i vizi nel contratto di appalto - Prescrizione e decadenza*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 262.

<sup>426</sup> Così Cass., 25 maggio 2011, n. 11520, in *Mass. Foro it.*, 2011, c. 466.

<sup>427</sup> È questa la tesi sostenuta da L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 335.

L'appaltatore è quella di fornire un servizio funzionante, privo di vizi e difformità. Il termine «garanzia» è dunque utilizzato in maniera impropria; gli artt. 1667 e 1668 c.c. contemplanò un'ipotesi di responsabilità contrattuale: ove l'appaltatore non abbia fornito un servizio idoneo alla sua destinazione sarà considerato inadempiente<sup>428</sup>. Questa impostazione consente di recuperare il concetto di colpa<sup>429</sup>: mentre la teoria della garanzia in senso tecnico comporta una sorta di presunzione *iuris et de iure* della colpevolezza, a prescindere da una sua valutazione concreta, la qualifica in tema di responsabilità contrattuale impone di indagare la effettiva sussistenza della colpa dell'appaltatore<sup>430</sup>.

Superata la fase iniziale e fornito il sistema informatico, la gravità dell'inadempimento del fornitore sarà valutato sulla base dei diversi modelli di *outsourcing* e dei citati livelli di servizio. La gravità dell'inadempimento è un concetto mutevole, che si atteggia diversamente a seconda del modello utilizzato. Il polimorfismo dell'*outsourcing* impone di valutare l'inadempimento, in particolar modo quello del fornitore, tenendo presente la diversa incidenza delle attività esternalizzate con il *core business*.

Nell'*outsourcing* tradizionale, ad esempio, poiché la struttura del rapporto è alquanto dialettica, la gravità dell'inadempimento sarà tale a portare alla risoluzione contrattuale, soltanto ove determini l'inidoneità a soddisfare le esigenze per le quali si

---

<sup>428</sup> In maniera conforme si sono espressi tra gli altri, A. TENCATI, *Responsabilità dell'appaltatore e del costruttore*, in AA. VV., *trattato breve dei nuovi danni* Cendon, Padova, 2014, p. 119 ss.; I. MUSIO, *Responsabilità e contratto di appalto*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 739 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 651 s.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *o.c.*, p. 264 ss.;

<sup>429</sup> Sul punto appare opportuno chiarire il rapporto fra obbligazione e responsabilità. La dottrina piú tradizionale si è a lungo interrogato sulla struttura dell'obbligazione. In particolare, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1998, p. 176 ss., dopo aver esaminato la teoria c.d. del debito e della responsabilità (secondo la quale l'obbligazione si compone di due voci: il debito e la responsabilità, ove il rapporto di debito va inquadrato nel dovere del creditore, mentre lo stato di responsabilità è rappresentato dallo stato di assoggettamento di beni determinati o dell'intero patrimonio all'interesse del creditore), criticandolo perché giunge a considerare il diritto del creditore quale diritto reale sul patrimonio del debitore, si sofferma sul ruolo del comportamento del debitore. In particolare, l'Autore, afferma che «[l]'elemento centrale dell'obbligazione è perciò dato dal dovere del debitore, avente come contenuto un comportamento tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore. La relazione strumentale tra questo comportamento e l'interesse spiega, altresí, perché l'interesse possa essere anche non patrimoniale, mentre il comportamento deve essere sempre suscettibile di valutazione economica». Pertanto, l'inadempimento può essere qualificato come un fatto oggettivo, relativo al mero comportamento del debitore, mentre la responsabilità attiene esclusivamente ai fini del risarcimento del danno (cosí ID., *l'adempimento*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 861 ss.

<sup>430</sup> La giurisprudenza ritiene che gli artt. 1667 e 1668 c.c. prevedano una presunzione di colpa a carico dell'appaltatore, cosí *ex multis* Cass., 5 ottobre 2009, n. 21269, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 1249.

è esternalizzato. Diversamente, nell'*outsourcing* strategico, in cui il settore esternalizzato è molto vicino all'attività principale, ma al tempo stesso si presenta alquanto complesso, a causa del forte grado di flessibilità e collaborazione insistente fra *outsourcee* e *outsourcer*, l'inadempimento sarà valutato con maggior rigore, valutando altresì il comportamento che l'impresa fornitrice ha assunto per limitare i danni provocati e riportare le prestazioni ai livelli di servizio pattuiti<sup>431</sup>.

L'*outsourcer*, infatti, non deve meramente provvedere all'erogazione del servizio, ma dovrà anche farlo in conformità con i livelli di servizio prestabiliti<sup>432</sup>. Ciò implica non soltanto il rispetto della quantità di operazioni garantite, ma anche della qualità delle operazioni medesime. Naturalmente, il rispetto di quanto pattuito presuppone che nella fase di redazione del contratto vi sia stata una puntuale individuazione non soltanto della *performance* divisata ma anche delle metriche necessarie per la relativa misurazione e valutazione. Nel caso in cui gli SLA facciano riferimento a indicatori di *performance* non realistici o comunque imprecisi rispetto alle esigenze di *business*, si avrà un aumento del rischio d'inadempimento da parte dell'*outsourcer*, cui consegue il mancato soddisfacimento dei risultati attesi dall'impresa servita<sup>433</sup>.

Emerge, qui, il ruolo dei *Service level agreements*, i quali consentono una corretta valutazione dell'inadempimento sia in termini di esattezza o individuazione di vizi e difformità, sia sulla gravità dell'inadempimento medesimo<sup>434</sup>. La valutazione della gravità dell'inadempimento, a sua volta, rileva non poco, posto che è proprio in relazione alla gravità che le parti contrattuali effettuano le proprie valutazioni in ordine alla risoluzione contrattuale ovvero al mero risarcimento del danno o all'applicazione di penali, ove espressamente pattuite. Soltanto in ipotesi di inadempimento particolarmente grave, la parte creditrice chiederà lo scioglimento del vincolo contrattuale, mentre nelle restanti ipotesi è facile immaginare che si preferisca

---

<sup>431</sup> Cfr. A. FAGIOLO e E. LA MARCA, *L'inadempimento e la responsabilità contrattuale nell'outsourcing*, in AA. VV., *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*, V, P. Cendon (a cura di), Torino, 2006, p. 243 s.

<sup>432</sup> Non a caso i livelli di servizio sono stati definiti come dei «misuratori, concordati dalle parti, che permettono di valutare l'esatto e diligente adempimento della prestazione», così R. ZALLONE, *Informatica e telematica nei nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003, p. 23.

<sup>433</sup> In questo senso, P. POPOLI, *Outsourcing risk management*, Torino, 2008, p. 169, il quale ricorda che spesso risultati deludenti sono frutto di una non corretta definizione *ex ante* dei parametri delle *performance*.

<sup>434</sup> Cfr. P. SAMMARCO, *o.c.*, p. 485.

ottenere un mero ristoro economico. La risoluzione contrattuale, durante la fase esecutiva è una soluzione residuale, che pregiudica entrambi i contraenti, e in particolare l'impresa servita, la quale al danno conseguente il mancato, o comunque inesatto adempimento, dovrà aggiungere quello che scaturisce dall'interruzione del rapporto, ossia la mancata fruizione del servizio IT per un determinato periodo di tempo, che può essere più o meno lungo, e la difficoltà di trovare un nuovo fornitore, il quale abbia familiarità con il sistema informatico utilizzato dall'*outsourcee* ovvero che sia in grado di predisporre un altro in breve tempo.

Orbene, il rispetto dei livelli di servizio viene controllato, attraverso l'analisi dei tempi di risoluzione della complessità degli operazioni effettuate. A tal fine, nel contratto sarà opportuno convenire un obbligo per l'*outsourcer* di inviare all'impresa servita, a scadenze prestabilite, dei *reports*, ossia dei rapporti contenenti le misure rilevate nel periodo di misurazione, confrontate con i livelli di servizi pattuiti<sup>435</sup>. Nell'ipotesi in cui l'impresa fornitrice non invii detti *reports*, i livelli di servizi non si intenderanno raggiunti nel relativo periodo di misurazione. Qualora, invece, dai *reports* risulti che gli SLA non siano stati raggiunti, occorrerà verificare se la causa sia imputabile all'*outsourcer* o all'*outsourcee*. Nel primo caso, l'impresa fornitrice dovrà porre in essere i correttivi necessari e comunicare al cliente le azioni e i tempi di cui ha bisogno per riportare le proprie prestazioni ai livelli inizialmente concordati; nel secondo caso sarà l'*outsourcee* a dover ripristinare le condizioni adeguate per il raggiungimento dei livelli di servizio.

L'adempimento da parte dell'*outsourcer* sarà valutato da comitati di controllo, sulla base di tali *reports*, tenendo in conto i limiti di tolleranza stabiliti, ossia degli intervalli entro i quali si considera tollerabile il discostamento dal livello pattuito. Appare, infatti, alquanto rara l'ipotesi che le parti non prevedano un *range* di tolleranza, riferito sia ai tempi di intervento, sia ai tempi di risoluzione. I comitati di controllo, composti da personale dell'impresa *outsourcer* e dell'impresa *outsourcee* si

---

<sup>435</sup> Le parti potranno anche convenire delle esclusioni dalle misurazione, come nel caso in cui i disservizi ai sistemi informativi siano dovuti a problemi attinenti all'infrastruttura dell'*outsourcee* ovvero in caso di disfunzioni della rete internet.

riuniranno proprio al fine di discutere sui *reports* e valutare le cause che hanno determinato il mancato rispetto dei livelli di servizio<sup>436</sup>.

Resta, quindi, da esaminare l'ultima fase del contratto di *outsourcing*, la c.d. fase postcontrattuale. Al termine del contratto, l'*outsourcer* sarà tenuta a ritrasferire il sistema informativo all'impresa servita ovvero a un nuovo fornitore (c.d. *change of control*), salvo che i contraenti non abbiano convenuto che il sistema resti in titolarità del fornitore del servizio<sup>437</sup>.

Si è visto, all'inizio della presente indagine, che il sistema *edp* è composto sia da *hardware* sia da *software*<sup>438</sup>. Ebbene, mentre per il *software* non vi sono grandi criticità circa il ritrasferimento, maggiori problemi possono sorgere con riguardo al ritrasferimento della componente *hardware*. La continua evoluzione tecnologica, infatti, richiede un continuo aggiornamento delle macchine utilizzate per il più efficiente funzionamento delle macchine, ma la continua sostituzione dell'*hardware* può portare a problemi di certezza sui beni in uso. A tal riguardo, è opportuno che vi sia una continua opera di inventariazione degli strumenti *hardware*<sup>439</sup>. Così facendo non residueranno dubbi circa l'esattezza dei beni da ritrasferire al cliente o al nuovo fornitore.

Ma accanto al rischio della mancata certezza della componente *hardware* da ritrasferire, vi è il pericolo che l'*outsourcer* si mostri inadempiente rispetto al trasferimento della componente *software*. In altri termini, vi è il rischio che l'impresa fornitrice si rifiuti di rendere le indicazioni necessarie per la corretta utilizzazione del sistema informatico. Ma il rischio peggiore è che oltre alle informazioni si rifiuti altresì di fornire il codice sorgente necessario per i sempre necessari interventi di aggiornamento e manutenzione.

---

<sup>436</sup> Così A. RICCIARDI, *L'outsourcing strategico*, cit., p. 119, il quale precisa che dal comitato di controllo va distinto l'organo di controllo, un organo che può essere istituito dall'*outsourcee* per verificare a scadenze periodiche la *performance* dell'*outsourcer*.

<sup>437</sup> Sulla fase postcontrattuale cfr. G. GARRISI e L. GIACOPUZZI, *Il contratto di outsourcing informatico*, cit., p. 552, secondo i quali la peculiare natura del contratto di *outsourcing*, richiede la previsione di una forma di assistenza al verificarsi della cessazione del contratto, al fine di gestire la fase piuttosto delicata del trasferimento del sistema informatico al cliente o al nuovo fornitore.

<sup>438</sup> V. *retro* § 1.1.

<sup>439</sup> Per E. TOSI, *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, cit. p. 123, «[l]a soluzione migliore consiste nel prevedere apposite procedure (delle quali potrebbero essere incaricati gli stessi soggetti che si sono occupati del monitoraggio del sistema durante l'esecuzione del contratto) volte alla determinazione del numero e del valore dei beni oggetto di trasferimento».

Se per il rifiuto di fornire informazioni appare difficile immaginare di prevenire l'inadempimento, per il rifiuto di fornire il codice sorgente vi è uno strumento di tutela dell'*outsourcer*: il c.d. contratto *source code escrow*. È questa una fattispecie contrattuale che assolve a funzioni di deposito e garanzia, in quanto ha ad oggetto il deposito presso un terzo fiduciario di una copia del codice sorgente del programma prodotto dall'*outsourcer* e da questi venduto all'*outsourcer*, ma gestito dal medesimo produttore<sup>440</sup>. Attraverso tale deposito, l'impresa fornita potrà ottenere dal fiduciario il rilascio di una copia del codice sorgente, così da poter svolgere, anche a mezzo di un novo fornitore, gli interventi necessari per il più efficiente utilizzo del *software* ed evitare le dannose conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'*outsourcer*, che possono portare all'instaurarsi di una controversia.

---

<sup>440</sup> Sul contratto di *source code escrow* si è recentemente espressa la giurisprudenza di merito, la quale ha chiarito che con il contratto di *source code escrow* «si ha il deposito presso un terzo di una copia del codice sorgente di un programma prodotto da una parte (licenziante) e concesso in utilizzo a un'altra (licenziatario): posto che a chi acquista la licenza è trasmessa una copia del solo programma eseguibile, che non consente di modificarne la struttura e il funzionamento, le parti possono pattuire che nel caso in cui il produttore non sia più in grado di garantire manutenzione e assistenza, il cliente possa ottenere dal terzo la consegna di una copia del codice sorgente», così Trib. Oristano, 9 marzo 2016, in *www.plurisonline.it*. In dottrina cfr. M. ORO NOBILI e L. ULISSI, *Il deposito fiduciario del software: il source-code escrow agreement*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2002, p. 473; V. APRUZZI, *Il contratto di escrow: aspetti giuridici*, in *Cyberspazio e dir.*, 2002, p. 79, il quale distingue molteplici forme di *escrow*: plurilaterale, le cui parti sono il fornitore del *software*, il cliente e l'agente *escrow*; bilaterale, stipulato soltanto tra fornitore e agente *escrow*; e il c.d. *master software escrow agreement*, ove vi è un contratto principale, il quale può essere utilizzato da diversi fornitori al medesimo tempo; A. LORDI, *Contratto di deposito del codice sorgente*, in *Contr. Impr.*, 2004, p. 949; L. TURINI, *Il contratto di escrow per le licenze di software*, in *Merito*, 2005, f. 4, p. 2; A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 801; D. DEL SORBO e A. SPANO, *Deposito a garanzia: gli escrow accounts nella prassi del commercio internazionale*, in *Commercio internaz.*, 2008, f. 24, p. 5; P. ZAGAMI, *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2012, p. 365; A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, p. 566, il quale sottolinea che poiché assolve a funzioni di garanzia, è un contratto accessorio, che presuppone un contratto principale, quale ad esempio la vendita o l'arbitrato.

### 3.3 *Segue. Livelli di servizio e clausole di esonero e limitazione della responsabilità.*

Vi sono, poi, delle ipotesi in cui negli SLA è prevista la possibilità che alcuni servizi scendano al di sotto dei parametri qualitativi predeterminati<sup>441</sup>. Tale pattuizione, in realtà, determina una limitazione della responsabilità in favore dell'*outsourcer*, sulla cui validità occorre indagare.

L'art. 1229, comma 1, c.c. stabilisce nullità delle clausole che escludono o limitano la responsabilità del debitore, per dolo o colpa grave<sup>442</sup>. Per contro, è lecita la pattuizione che escluda la responsabilità per colpa lieve. Nei contratti di *outsourcing*, infatti, non sia applicabile il disposto di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), d. lg. 6 settembre 2005 n. 206, Codice del consumo, il quale prevede la nullità di ogni trattativa volta a «escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista»<sup>443</sup>. Il contratto in esame, lo si ripete, è un contratto fra imprese, sicché non sono applicabili quelle norme dettate a tutela del consumatore, che a maggiore tutela della parte debole, sanzionano anche le clausole che limitano o esonerano dalla responsabilità anche per colpa lieve. Tuttavia,

---

<sup>441</sup> L'ipotesi è compiutamente esaminata da D. VALENTINO, *L'allocazione del rischio nei contratti di fornitura di assistenza informatica*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1021 ss., secondo la quale la legittimità di siffatte clausole può essere valutata soltanto attraverso una diversificazione fra clausole di esonero e di limitazione della responsabilità e fra contratti b2c e b2b. Sull'introduzione di clausole di esonero o limitazione della responsabilità nei contratti di *outsourcing* v. altresì G. GARRISI e L. GIACOPUZZI, *Il contratto di outsourcing informatico*, cit., i quali rilevano che essa è dovuta anche all'origine anglosassone del contratto *de quo*. Nei contratti di *outsourcing* di servizi informatici l'uso dei *logs* consente di superare molte problematiche legate con la fase probatoria. I *logs*, infatti, rappresentano delle registrazioni delle attività svolte dai programmi, attraverso i quali l'inadempimento è facilmente individuabile.

<sup>442</sup> Non si rinvergo ragioni per applicare al caso di specie il secondo comma della disposizione in oggetto, che sanziona con la nullità quelle clausole che escludono in via preventiva la responsabilità del debitore, anche nove la sua condotta non integri una fattispecie di dolo o colpa grave, purché detta condotta costituisca una violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

<sup>443</sup> Sul punto cfr. S. MONTEMAGGI, *Note minime in tema di "recupero" del contratto nullo ex art. 36 del codice del consumo*, in AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, E. Navarretta (a cura di), Milano, 2007, p. 757, secondo il quale la norma *de qua* unisce in sé i caratteri delle norme speciali e delle norme generali, in quanto «è speciale in relazione alle categorie del codice civile; è generale nell'ambito del sotto-sistema rappresentato dal codice di settore»; G. CECCHERINI, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità e diritto europeo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Comporti*, S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio (a cura di), Milano, 2008, p. 667 ss.; E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2014, p. 100.

la validità di tali pattuizioni tra i professionisti si considera legittima soltanto a condizione che siano rispettate le formalità di cui all'art. 1341 c.c.<sup>444</sup>.

Pertanto, quel che preme verificare è se una pattuizione sui livelli di servizio, la quale determini per alcune prestazioni la possibilità di scendere al di sotto dei normali livelli performanti, valga o meno a integrare una clausola di limitazione della responsabilità, per dolo o colpa grave<sup>445</sup>.

Ciò posto, negli allegati di SLA si assiste frequentemente alla previsione di numerose ipotesi in cui il ritardato o comunque inesatto adempimento della prestazione dovuta si considera non grave. Queste previsioni in pratica stabiliscono delle presunzioni di non colpevolezza, ma poiché sono riferite a eventi che non integrano casi fortuiti, devono considerarsi nulle<sup>446</sup>. Nello stesso senso, quei patti che

---

<sup>444</sup> In questo senso, F. D'ARCANGELO, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 929; T. PASQUINO, *Le clausole di esonero da responsabilità nei contratti di fornitura dei servizi telematici*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 778, la quale precisa che occorre distinguere fra i patti che escludono da quelli che limitano la responsabilità, in quanto per i patti limitativi occorre verificare se rappresentino dei patti a vantaggio del debitore o mere delimitazioni del contenuto della prestazione dovuta, in quanto in quest'ultimo caso il principio di autonomia contrattuale consente di affermarne la validità; nonché D. VALENTINO, *o.u.c.*, p. 1022 s., la quale precisa che l'onere della prova grava in ogni caso sul debitore/fornitore del servizio; con specifico riguardo all'onere della prova cfr. U. CARNEVALI, *La prova della colpa grava nelle clausole di esonero da responsabilità*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2035 ss.; nonché C. MENICHINO, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. trim.*, 2005, p. 541 ss. In ogni caso è possibile rilevare che Nei contratti di *outsourcing* di servizi informatici l'uso dei *logs* consente di superare molte problematiche legate con la fase probatoria. I *logs*, infatti, rappresentano delle registrazioni delle attività svolte dai programmi, attraverso i quali l'inadempimento è facilmente individuabile.

<sup>445</sup> Lo studio sulla nullità delle clausole di limitazione ed esonero della responsabilità ha da lungo tempo appassionato la dottrina, v. A. RICCIARDI, *L'art. 1229 c.c. e le limitazioni legali della responsabilità* (*Nota a Corte cost.*, 17 marzo 1988, n. 303), in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 571 ss.; F. BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Banca borsa e tit. cred.*, I, p. 619, il quale chiarisce che con il termine «responsabilità» di cui all'art. 1229, comma 1, c.c., il legislatore ha inteso riferirsi non soltanto all'effetto del risarcimento del danno, ma anche a ogni altro effetto che la legge ricollega all'inadempimento; F. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto* (*Nota a Cass.*, 24 gennaio 1997, n. 750), in *Contratti*, 1997 p. 260 s., secondo il quale la fattispecie in esame è regolata dall'art. 1419, comma 2, c.c., con la conseguenza che la nullità della clausola con cui si limita o si esclude la responsabilità non determina la nullità dell'intero contratto, ma l'applicazione del diritto dispositivo in tema di inadempimento; G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 855 s., il quale si sofferma sulle c.dd. clausole di esonero della responsabilità omnicomprendente, ossia quelle pattuizioni riferite genericamente ad ogni tipo di responsabilità, osservando che tali clausole non possono incidere sulla posizione del terzo che per definizione non le ha sottoscritte; C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, p. 265 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, 2ª ed., Milano, 2012, p. 65 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, p. 76 s., secondo il quale dette clausole hanno la funzione di trasferire sul creditore i rischi che a norma dell'art. 1218 c.c. sono a carico del debitore. Con specifico riguardo ai contratti di fornitura di servizi telematici cfr. T. PASQUINO, *o.c.*, p. 787 ss.

<sup>446</sup> Così C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 68, secondo il quale non ricadono nel divieto in esame le clausole secondo le quali in presenza di determinati eventi, che normalmente integrano casi fortuiti, vi è una presunzione di colpevolezza, facendo gravare sul creditore l'onere di provare detta colpa. Invero,

prevedono che per il ritardo o inesatto compimento della prestazione, l'*outsourcer* sia tenuto al pagamento di una somma di denaro alquanto irrisoria a titolo di risarcimento, dovranno essere qualificati come limitativi della responsabilità. Anche le penali di ammontare irrisorio, infatti, producono l'effetto di sottrarre il debitore dalle conseguenze del proprio inadempimento e, pertanto, devono qualificarsi come pattuizioni nulle ai sensi dell'art. 1229 c.c.<sup>447</sup>.

Ancóra, l'impresa fornitrice sicuramente potrebbe aver interesse ad escludere la propria responsabilità qualora l'inesattezza della prestazione sia dovuta da tecnici di cui si serve per realizzare specifici interventi nelle sedi dell'impresa servita. Ma anche le clausole di esonero della responsabilità per fatto degli ausiliari devono essere considerate invalide. Invero, l'art. 1229, primo comma c.c., non contempla espressamente tale ipotesi<sup>448</sup>, tuttavia, tendo in conto la *ratio* del divieto, ossia l'esigenza di assicurare un impegno serio da parte del debitore, non si può negare che anche in questa ipotesi sia presenza un'identica esigenza di tutela della parte

---

benché l'art. 1229 c.c. sanziona con la nullità le clausole che escludano o limitino in via diretta la responsabilità del debitore, si ritiene che anche pattuizioni che indirettamente abbiano l'effetto di far ricadere il rischio dell'adempimento a carico del creditore siano invalide. In questo senso, si è espressa la dottrina e la giurisprudenza a proposito di clausole elaborate dall'A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana) e inserite all'interno di contratti bancari aventi ad oggetto il servizio di cassette di sicurezza, con le quali si vietava al cliente di inserire all'interno delle cassette di sicurezza beni di valore superiore a una determinata somma (In giurisprudenza cfr. Cass., 30 settembre 2009, n. 20948, in *Mass. foro it.*, 2009, c. 1230; Cass., 4 aprile 2001, n. 4946, in *Danno resp.*, 2001, p. 915, con nota di G. MACCABONI, *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca: una questione solo apparentemente risolta*; Cass., Sez. un., 1 luglio 1994, n. 622, in *Corr. giur.*, 1994, p. 967, con nota di V. CARBONE, *Ribadita la nullità del patto che limita l'ammontare dei valori da conservare in cassetta*; in senso opposto Cass., 10 febbraio 2015, n. 2469, in *Mass. foro it.*, 2015, c. 97, la quale, con riguardo a un contratto di assicurazione, ha ritenuto che non violano il disposto di cui all'art. 1229 c.c. quelle clausole con cui si subordina l'operatività della garanzia assicurativa all'adozione, da parte dell'assicurato, di determinate misure di sicurezza, in quanto «non realizzano una limitazione di responsabilità dell'assicuratore, ma individuano e delimitano l'oggetto stesso del contratto ed il rischio dell'assicuratore stesso»; negli stessi termini si è espressa Cass., 28 aprile 2010, n. 10194, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 821, con nota di P. MONTELEONE, *Adozione di misure di sicurezza e responsabilità dell'assicuratore*. In dottrina, sostengono che detta tipologia di clausole possa rappresentare uno strumento per eludere il divieto dell'art. 1229 c.c., *ex multis*, F. DELFINI, *o.u.c.*; G. RENNA, *Cassette di sicurezza: tra limiti di oggetto e clausole di esonero da responsabilità, vi è ancora spazio per l'autonomia contrattuale?* (Nota a Cass., sez. I, 12 maggio 1992, n. 5617), in *Corr. giur.*, 1992, p. 1122;

<sup>447</sup> Che la clausola penale di ammontare irrisorio nasconda una limitazione della responsabilità è assunto condiviso da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 614; D. VALENTINO, *o.u.c.*, p. 1026 s., la quale, tuttavia, non manca di cogliere la differenza tra la clausola limitativa della responsabilità e la clausola penale, precisando che la clausola penale evita ogni problema di valutazione del danno, in quanto le parti effettuano preventivamente una determinazione forfettaria, mentre «con la clausole limitative, se il danno arrecato è inferiore al plafond stabilito, il debitore è tenuto per l'intero pregiudizio arrecato; se è superiore dovrà corrispondere soltanto l'intero plafond».

<sup>448</sup> Ciò a differenza di quanto avviene nel comma successivo, ove si sancisce espressamente la nullità della clausola riferita al fatto degli ausiliari.

creditrice<sup>449</sup>. Del resto, se l'adempimento degli ausiliari è imputato al debitore<sup>450</sup>, ammettere la validità di una pattuizione che dispensi il debitore dalla propria responsabilità per il fatto degli ausiliari in assenza di una esplicita previsione legale, frustrerebbe l'esigenza di tutela del creditore che sta alla base dell'art. 1229 c.c.

Ricadono nel divieto in esame anche le clausole che limitano la responsabilità per i danni da lesione dei dati personali.

L'*outsourcer* nella gestione del servizio IT sarà inevitabilmente tenuto a elaborare dati personali inerenti all'impresa servita e ai suoi dipendenti. L'esercizio di attività di trattamento dei dati sensibili è qualificata dal legislatore italiano come attività pericolosa e, conseguentemente, in caso di danni l'impresa fornitrice del servizio sarà tenuta al risarcimento, salvo che riesca a dimostrare di aver posto in essere le più ampie misure di sicurezza<sup>451</sup>. Nell'ambito dei servizi informatici, le misure di

---

<sup>449</sup> In questo senso sembra esprimersi la dottrina prevalente, cfr. F. BENATTI, *o.c.*, p. 622 s., il quale a fondamento dell'esattezza di tale opinione pone anche la *ratio* dell'art. 1228 c.c., precisando che «[l]a norma esprime l'idea che l'ausiliario è un elemento dell'organizzazione posta in essere dall'imprenditore per l'esecuzione dei contratti; è uno strumento cioè di cui si avvale l'imprenditore per adempiere le proprie obbligazioni. Questi com'è responsabile dei mezzi materiali impiegati nell'adempimento, allo stesso modo deve essere responsabile delle persone che utilizza nell'impresa e che sono estranee al rapporto per la cui attuazione esse collaborano. Da tali premesse discende un logico corollario: poiché gli ausiliari non sono direttamente responsabili dell'inadempimento verso il creditore, un patto di irresponsabilità del debitore per i danni da loro prodotti con dolo o colpa grave significherebbe totale insoddisfamento del creditore e pertanto contrasterebbe con l'art. 1229, comma 1°, che vuole assicurare un minimo di protezione all'avente diritto alla prestazione»; C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 69; E. BRANDOLINI, *Le clausole di esonero della responsabilità*, in AA. VV., *Il contratto*, cit., p. 2702 s.;

<sup>450</sup> L'art. 1228 c.c. espressamente prevede che il debitore risponde del fatto doloso o colposo degli ausiliari, dei quali si sia servito per adempiere l'obbligazione, salvo che non sia diversamente previsto.

<sup>451</sup> L'art. 15, d.l. 30 giugno 2003, n. 196, stabilisce che colui che provoca a terzi un danno per effetto dell'attività di trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2050 c.c. Sulla responsabilità derivante da illecito trattamento dei dati personali v. V. ZENO ZENCOVICH, *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del tribunale civile di Roma*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 405; L. VIOLA, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in materia di tutela giurisdizionale del diritto alla privacy*, in *Giust. proc. civ.*, 2014, p. 885 ss.; S. PERON, *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy* (Nota a T. Milano, 3 settembre 2012), in *Resp. civ.*, 2013, p. 225; M. ASTONE, *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2012, *passim*; M. D'AMBROSIO, *Social network e diritti della personalità - Considerazioni in tema di privacy e responsabilità civile*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, p. 330 ss.; A. FABRIZIO SALVATORE, *Responsabilità per illecito trattamento dei dati personali* (Nota a Cass. civ., sez. II, ord. 4 gennaio 2011, n. 186, in *Danno e resp.*, 2011, p. 139); M. NALDONI, *La vicenda del danno non patrimoniale nella legislazione sulla privacy italiana*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 935; B. MASTROPIETRO, *Il danno da illecito trattamento dei dati personali nel quadro dei recenti orientamenti in materia di danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, II, p. 677 ss.; F. DI CIOMMO, *La risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 801; ID., *Vecchio e nuovo in materia di danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, *ivi*, 2004, p. 817; R. PANETTA, *Il risarcimento del danno da violazione dei dati personali - Una nuova frontiera per il danno esistenziale?*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 12, p. 79; L. D'ALESSANDRO, *Il risarcimento dei danni conseguenti al trattamento dei dati personali: l'art. 18 l. 675/96 e l'art. 2050 c.c.*, in *Resp. comunicazione impresa*, 2000, p. 423; V. COLONNA, *Il danno da lesione*

sicurezza vanno individuate nelle regole informatiche, tecniche e procedurali che assicurino un grado minimo di protezione sui rischi di un trattamento non consentito<sup>452</sup>. Il rispetto di tali misure di sicurezza non può essere messo a rischio da una eventuale clausola di esonero o limitazione della responsabilità. La responsabilità civile per il trattamento non conforme dei dati personali risponde all'esigenza di regolamentare la gestione dei dati medesimi<sup>453</sup>, pertanto, pur non volendo qualificare il relativo diritto quale diritto indisponibile, deve escludersi la possibilità per l'*outsourcer* di eludere tale normativa attraverso un patto di esonero o limitazione della responsabilità<sup>454</sup>.

La nullità di cui all'art. 1229 c.c., in ogni caso, non attiene all'intero negozio, ma esclusivamente alla clausola di esonero/limitazione. Pertanto, ove la previsione del livello di servizio in realtà nasconda una esclusione o limitazione della responsabilità, il contratto di *outsourcing* resterà valido, ma il rischio dell'inadempimento resterà a carico del debitore. Quest'ultimo, pertanto, se responsabile dell'inadempimento per colpa grave o dolo sarà tenuto al risarcimento del danno.

---

della privacy, in *Danno resp.*, 1999, p. 18. In ottica comparativa si v. L. MIGLIETTI, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense ed europea*, Napoli, 2014, *passim*. Sulla responsabilità per danni in relazione al trattamento dei dati personali prima in epoca antecedente all'entrata in vigore del Codice della privacy v. M. CLARICH, *Privacy informatica: prime osservazioni*, in *Danno resp.*, 1997, p. 137, nonché S. SICA, *Danno morale e legge sulla privacy informatica*, *ivi*, 1997, p. 282. In generale, sulla responsabilità da attività pericolose cfr. A. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni - Nuove applicazioni dell'art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1337; A. GORRASINI e F. TESCIONE, *Per un quasi commento sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 237; C. FIN, *Responsabilità per esercizio di attività pericolose: prova liberatoria e concorso di colpa del danneggiato*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 216 ss.; M. BELLANTE, *Attività pericolose (danni da) 2009*, in *Encicl. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 2009, p. 1; N. MUCCIOLINI, *L'attività pericolosa: un'autonoma fonte di responsabilità tra contratto e responsabilità oggettiva* (Nota a Cass., sez. III, 18 marzo 2005, n. 5971, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 321; F. SANTONASTASO, *Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa «per sua natura» - Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contr. impr./Europa*, 2005, p. 21; M. RONCHI, *Sulla natura della responsabilità per esercizio di attività pericolosa* (Nota a Cass., sez. III, 13 maggio 2003, n. 7298, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1356; C. PERFUMI, *Articolo 2050 c.c.: ai limiti estremi della colpa* (Nota a Cass., sez. III, 13 maggio 2003, n. 7298), in *Danno e resp.*, 2004, p. 181; S. GIRIMONTE, *Esiste uno standard di diligenza nell'esercizio delle attività pericolose?* (Nota a Cass., sez. III, 13 maggio 2003, n. 7298, in *Giur. it.*, 2004, p. 976; P. RECANO, *La responsabilità civile da attività pericolose*, Padova, 2001, *passim*; R. ZUCCANO, *Sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose* (Nota a Cass., sez. III, 2 marzo 2001, n. 3022), in *Giur. it.*, 2001, p. 2275.

<sup>452</sup> Tali regole consentono di qualificare l'attività di trattamento di dati personali come attività professionale, da svolgersi con l'ordinaria diligenza, ai sensi dell'art. 1176 c.c., così T. PASQUINO, *o.n.c.*, p. 785.

<sup>453</sup> Cfr. V. COLONNA, *o.c.*, p. 24.

<sup>454</sup> Esclude la possibilità di pattuire un esonero o limitazione di responsabilità con riguardo al trattamento dei dati personali T. PASQUINO, *o.n.c.*, p. 787.

### 3.4 La risoluzione delle controversie nei contratti di *outsourcing*. Strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria e rapporti con il contenzioso.

L'indagine sulle principali fattispecie di inadempimento, mostra l'opportunità di inserire nei contratti di *outsourcing* clausole relative alla gestione dell'inadempimento contrattuale. Ciò può avvenire magari attraverso la pattuizione di clausole penali che preventivamente regolamentino le fattispecie più facilmente prevedibili, attraverso una proporzionale o bonaria riduzione del corrispettivo<sup>455</sup>. Ma è innegabile che l'inadempimento si possa manifestare in innumerevoli modi e sarebbe superbo ritenere di poter prevedere clausole contrattuali in grado di gestire in maniera analitica ogni sua forma.

Laddove, tali le clausole penali non siano in grado di gestire la fase patologica del rapporto negoziale e i contraenti, bonariamente non riescano a risolvere i conflitti che da essa derivano, sarà inevitabile il sorgere di una lite. Ma le esigenze imprenditoriali, com'è noto, soffrono dei rimedi previsti per ottenere un giusto ristoro economico, laddove esperito preliminarmente un tentativo di composizione bonaria del conflitto, non si sia raggiunto un accordo fra *outsourcer* e *outsourcee*. La parte che ha subito l'inesatto adempimento dell'altro contraente merita una equa ed effettiva tutela, che gli consenta di ottenere la risoluzione contrattuale e un proporzionato risarcimento del danno in tempi congrui. L'effettività della tutela deve essere valutata sia in considerazione del principio di proporzionalità, sia tenendo conto del momento temporale in cui il giusto ristoro viene riconosciuto. Per garantire l'effettività della tutela, infatti, l'eventuale risoluzione contrattuale, o comunque il risarcimento economico non devono e non possono avvenire a lunga distanza dal momento in cui l'inadempimento si è verificato, anche laddove il risarcimento sia quantitativamente adeguato al danno sofferto. Non è sufficiente che la tutela apprestata sia proporzionata al pregiudizio subito, ma è necessario altresì che venga riconosciuta in tempi adeguati. Vi è, dunque, un'esigenza di effettività della tutela, da intendersi come garanzia di risultati equi ed efficaci, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto il profilo qualitativo.

---

<sup>455</sup> Sul punto v. D. VALENTINO, *La fornitura di servizi informatici*, cit., p. 260, la quale osserva che la riduzione del corrispettivo da versare all'impresa fornitrice, si dimostra un «ragionevole punto di composizione dei diversi interessi [...] nell'ottica dell'interesse prevalente anche del cliente, che, in queste ipotesi è il mantenimento del servizio e della sua stabilità».

Tuttavia, vi sono delle realtà europee nelle quali le esigenze di comporre in maniera efficace il conflitto sorto fra *outsourcer* e *outsourcee* difficilmente raggiungono un punto d'incontro con le lungaggini processuali. Nei contratti fra imprese vi è un forte bisogno di celerità che attualmente non riesce a essere soddisfatto nelle aule giudiziarie. Ciò ha portato alla necessità di utilizzare altri rimedi, in grado di comporre le controversie<sup>456</sup>.

Ci si riferisce alle c.d. ADR, *Alternative dispute resolution*, ossia quell'insieme di strumenti di risoluzione delle controversie che si pongono in chiave alternativa al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria<sup>457</sup>. Naturalmente, il ricorso a strumenti

---

<sup>456</sup> Il problema della ragionevole durata del processo è particolarmente sentito in Italia, visto le lungaggini processuali che hanno portato a molteplici condanne da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per la violazione dell'art. 6 CEDU (*ex multis* v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 6 settembre 2011, n. 69789/01, Brusco c. Italia, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); Corte europea diritti dell'uomo, 29 luglio 2004, Scordino c. Gov. Italia, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1577, con nota di R. CONTI, «Scordino c. Italia» (pen)ultimo atto: la scure - non definitiva - di Strasburgo sull'indennità di esproprio; Corte europea diritti dell'uomo, 5 ottobre 2000, Mennitto c. Gov. Italia, in *Giur. it.*, 2001, p. 1335, con nota di D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*. Lo Stato italiano non sembra, infatti, in grado di garantire la ragionevole durata del processo e la situazione non appare migliorata neanche a seguito dell'emanazione della l. 24 marzo 2001 n. 89, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* il 3 aprile 2001, Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile, c.d. legge Pinto. Per un'analisi sull'efficacia della legge Pinto v. recentemente M. AZZALINI, *La legge Pinto al vaglio della consulta: un faticoso percorso tra questioni «sommese», incertezze categoriali e defaillances interpretative*, in *Resp. civ.*, 2015, p. 782; F. GAMBINI, *La legge Pinto è incostituzionale, ma la questione è inammissibile: si torna a Strasburgo?*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 474; M.F. GHIRGA, *Considerazioni critiche sulle recenti modifiche della c.d. legge «Pinto»*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1021; ID., *L'infrazionabilità dell'equa riparazione dovuta per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo anche alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 55 l. 7 agosto 2012 n. 134 alla legge Pinto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 812; E. IANNELLO, *Le modifiche alla legge Pinto tra esigenze di deflazione del contenzioso e contenimento della spesa pubblica e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 13; C. CONSOLO e M. NEGRI, *Ipoteche di costituzionalità sulle ultime modifiche alla legge Pinto: varie aporie dell'indennizzo municipale per durata irragionevole del processo (all'epoca della - supposta - spending review)*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1429. In generale sulla «questione giudiziaria» v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 16 ss., il quale evidenzia la frattura fra i principi propri dell'ordinamento, che si insegnano nelle aule universitarie, e la realtà quotidianamente vissuta fra gli operatori pratici del diritto; nonché ID., *La «questione giudiziaria»*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 973 ss. Tuttavia, è condivisibile l'opinione di quanti ritengono che «pensare che la diffusione dei servizi di ADR possa alleviare sensibilmente il carico di lavoro dei giudici, togliti e onorari è frutto di un'illusione, inopportuna e nutrita anche dal legislatore», così S. CHIARLONI, *Meccanismi di risoluzione alternativa della lite*, in AA. VV., *Trattato della responsabilità contrattuale*, cit., p. 776.

<sup>457</sup> Le *Alternative dispute resolution* inizialmente si sono sviluppate negli Stati Uniti a partire dai primi anni '70 dello scorso secolo, quali forme di «giustizia privata». Fu così che il Congresso degli Stati Uniti diede vita al c.d. arbitrato *court annexed*, che fu sperimentato nei distretti Est della Pennsylvania, Nord della California e nel Connecticut. Successivamente, visti gli esiti positivi di tale sperimentazione, il legislatore statunitense favorì ulteriori procedure di ADR, tra le quali la *mediation*, il *minitrial* e il *summary jury trial*. Sulla scia dei progressi raggiunti negli Stati Uniti le ADR sono state introdotte anche in Europa. Per un approfondimento sull'*excursus* storico degli strumenti in oggetto v. M. CICOGLIA, G. DI RAGO e G.N. GIUDICE, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione. Il ruolo dell'avvocato*, Santarcangelo di Romagna, 2010, p. 23 ss. C. MACHO GÓMEZ, *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento*

alternativi, con riguardo ai contratti di *outsourcing*, è possibile soltanto ove vi sia un espresso accordo delle parti, le quali possono derogare al sistema ordinario sia prima che dopo l'insorgere della controversia. Vi sono, infatti, delle ipotesi in cui il legislatore ha previsto delle forme di conciliazione e/o mediazione obbligatoria – con il d.lg. 4 marzo 2010 n. 28, infatti, sono state previste alcune ipotesi tipiche in cui la mediazione diviene condizione di procedibilità per l'esperimento della tutela giudiziaria<sup>458</sup> – ma fra queste non rientrano né genericamente i contratti fra imprese, né i contratti aventi oggetto informatico o il contratto di *outsourcing*<sup>459</sup>. Conseguentemente, affidare la risoluzione di una controversia a un arbitro o convenire fin dalla conclusione del contratto che una futura ed eventuale lite sia risolta bonariamente attraverso l'operato di un mediatore/conciliatore è certamente espressione dell'autonomia contrattuale delle parti<sup>460</sup>.

---

del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa, in *An. der. civ.*, 2014, p. 231 ss. Nello specifico sull'esperienza nordamericana cfr. J. RESNIK, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 699 ss.

<sup>458</sup> Sul rapporto fra la normativa comunitaria delle ADR e la mediazione ai sensi del d.lg. n. 28 del 2010 cfr. A. LEPORE, *Il possibile carattere transazionale delle ADR nel sistema italo-comunitario delle fonti*, in *Corti salernitane*, 2015, p. 131 s.

<sup>459</sup> Il d.lg. 4 marzo 2010 n. 28, ha previsto la mediazione quale condizione di procedibilità (la quale comunque dovrà essere eccepita dal convenuto) per l'avvio del processo nelle seguenti materie: condominio; diritti reali; divisione; successioni ereditarie; patti di famiglia; locazione; comodato; affitto di aziende; risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità; contratti assicurativi, bancari e finanziari. In questi casi, la parte che intende agire in giudizio sarà gravata dell'onere di tentare preliminarmente la mediazione. Per uno scrupoloso commento al citato decreto v. E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, p. 1153 ss., il quale ripercorre il lungo e difficile itinerario che la mediazione obbligatoria ha percorso dal 2010, che ha visto come tappe la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012, nonché il d.l. n. 69 del 2013, c.d. decreto del fare. Sul punto v. anche L. BREGGIA, *Giustizia come bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, in *Riv. Trim.*, 2015, p. 315 ss., il quale saluta con favore l'introduzione di nuovi strumenti ADR e della mediazione obbligatoria ritenendo che l'obbligatorietà debba essere intesa come una forma di «quota rosa», ossia come uno strumento positivo messo a disposizione di persone svantaggiate.

<sup>460</sup> Cfr. Corte cost., 23 febbraio 1994, n. 49, in *Riv. arb.*, 1994, p. 477, con nota di G. RECCHIA, *La costituzionalità della legislazione sull'arbitrato: prime osservazioni*, la quale ha limpidamente affermato che il fondamento dell'arbitrato si rinviene nella libera scelta delle parti, in quanto soltanto loro possono disporre del diritto di difesa e conseguentemente derogare alla normale competenza dell'autorità giudiziaria. Nello stesso senso v. P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 22, secondo il quale la circostanza per la quale la determinazione degli effetti sia rimessa ad una fonte esterna e che all'individuazione degli effetti vincolanti si giunga soltanto attraverso il giudizio di un arbitro, non fa venir meno la coerenza dell'arbitrato nel sistema dell'autonomia negoziale; S. BARONA VILAR, *Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justitia*, in AA. VV., *Arbitraje y justitia en el siglo XXI*, S. Barona Vilar (diretto da), Navarra, 2007 p. 39 s., la quale sottolinea che l'arbitrato rappresenta «la supremacía del principio de autonomía de la voluta como valor conformador de la institución. Es el canto a la libertad que inspira la legislación arbitral. Es por ello que en la mayoría de la normas, la Ley 60/2003 preferencia la autonomía de la voluta de las partes, pudiéndose manifestar ésta tanto directamente, a

È oramai generalmente riconosciuto che la pattuizione di una clausola compromissoria o il ricorso alla mediazione in via facoltativa siano meritevole di tutela giuridica e che non si pongano in contrasto con i principi di cui agli art. 24, 25 e 102 cost., i quali, rispettivamente, prevedono che tutti possano agire in giudizio per tutelare i propri diritti<sup>461</sup>; che nessuno possa essere distolto dal giudice naturale costituito per legge; che la funzione giurisdizionale non possa essere affidata a giudici straordinari o speciali, ma debba essere esercitata da magistrati ordinari. Orbene, i diritti appena citati, attraverso la pattuizione di un meccanismo ADR non vengono di certo violati. Si pensi al diritto ad agire in giudizio. Se tale diritto può anche non essere esercitato, se è possibile una rinuncia all'azione, allora non vi è motivo di escludere che la tutela del diritto leso avvenga in una forma differente, attraverso il ricorso a una nuova forma di giustizia<sup>462</sup>. Il ricorso alle ADR non si pone in contrasto con i diritti relativi alla tutela giurisdizionale costituzionalmente tutelati, ma diviene espressione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost., in quanto non contrasta con la tutela giurisdizionale, ma si affianca ad essa, la diluisce e conseguentemente la rafforza, svolgendo un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali<sup>463</sup>. In questo senso, l'aggettivo alternativo testimonierebbe più la provenienza non nazionale che la sostituzione gli strumenti giurisdizionali, rappresentando, quindi, uno dei «processi di “destrutturazione” dell'ordinamento», frutto della crisi della centralità dello Stato e della sua organizzazione amministrativa e giudiziaria<sup>464</sup>. Non a caso negli ultimi anni il

---

*través de declaraciones de voluntad de aquéllas, tanto indirectamente, a través de la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un regolamento arbitral».*

<sup>461</sup> In particolare, con riferimento all'art. 24 cost. osserva P. PERLINGIERI, *Arbitrato e costituzione*, Napoli, 2002, p. 25 ss., che il concetto di difesa contemplato dall'art. 24 cost. deve essere inteso quale valore assoluto, da far valere innanzi a qualsiasi forma di giustizia, e, pertanto, non può essere limitato alla tutela giurisdizionale.

<sup>462</sup> Cfr. G. BARBIERI ed E. BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in AA. VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (diretto da), Padova, 2007, p. 7 ss.

<sup>463</sup> In argomento, appare utile ricordare quanto affermato dalla Consulta in merito al tentativo obbligatorio di conciliazione e, precisamente, tale tentativo soddisfa l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitandosi crei un sovraccarico dell'apparato giudiziario a causa dell'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo; così Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2499, con nota di A. BRIGUGLIO, *Un'occasione per la pronuncia di una sentenza interpretativa di rigetto da parte della consulta?*

<sup>464</sup> Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 2006, p. 37, il quale osserva che l'arbitrato rappresenta la forma più evidente della destrutturazione dello Stato, in quanto da un lato,

legislatore nazionale e quello europeo hanno imposto nuovi organismi e nuovi àmbiti di obbligatorietà di conciliazione anteriore alla lite giudiziale, tanto da spingere a considerare tali strumenti non piú ‘alternativi’ ma ‘complementari’ alla giurisdizione statale<sup>465</sup>. Quanto appena detto consente, pertanto di recuperare il giudizio di meritevolezza relativo alla clausola con cui vengono pattuiti i sistemi ADR, in deroga alla giurisdizione ordinaria. Così, nella loro autonomia privata, le parti possono optare per forme di autocomposizione o eterocomposizione dei propri interessi<sup>466</sup>.

Già dal Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, adottato dalla Commissione delle Comunità Europee il 19 aprile 2002<sup>467</sup>, emerge l’ampio spazio lasciato all’autonomia privata nella scelta e predisposizione degli strumenti alternativi. In tale documento, dopo aver preso atto che l’elemento maggiormente caratterizzante il ricorso alle ADR è la predominanza del

---

destatualizza la funzione giurisprudenziale, attribuendola a soggetti diversi dai magistrati ordinari, dall’altro pone i presupposti per la creazione di una prassi riferibili a un contesto piú ampio di quello nazionale. In questo contesto, considera che l’aggettivo alternativo sia mal posto e vada attribuito alla produzione del diritto e non all’apparato giudiziario S. VIOTTI, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie quali categorie di genere; la mediazione quale strumento convenzionale a media interferenza. Spunti sistematici; profili regolamentari*, Soveria Mannelli, 2013, p. 12.

<sup>465</sup> Limpidamente osserva S. BARONA VILAR, *o.c.*, p. 29 s., che «[h]a sido proprio el Estado quien ha encontrado, por un lado que estos medios son en ocasiones caminos alternativos para evitar y eliminar conflictos, mientras que, por otro, se consigue incluso mejorar el desarrollo del mismo sistema judicial en su conjunto, al encordinar estos métodos autocompositivo e incluso en algunos países el heterocompositivo alternativo a via judicial cual es el arbitraje, en el mismo sistema judicial, como parte del mismo». Nello stesso senso E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 667, la quale con riferimento alla conciliazione, sostiene che il concetto di alternatività va inteso in senso formale, in quanto da un punto di vista sostanziale, posto che agisce come completamento alla domanda di giustizia ovvero come via elettiva per la realizzazione dell’ordinamento.

<sup>466</sup> È chiaro che nelle fattispecie di *outsourcing* non si pongono problemi di limiti alla autonomia privata, poiché le controversie che possono sorgere in relazione a siffatta fattispecie contrattuale hanno sempre ad oggetto diritti disponibili. Non a caso, l’art. 806 c.p.c. nel disporre i limiti di compromettere richiama le questioni in materia di lavoro, previdenza, nonché quelle attinenti a diritti indisponibili. Sul punto v. Cass., 23 febbraio 2006, n. 3989, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 348, la quale chiarisce che «l’eccezione al principio della generale arbitrabilità deriva, inoltre, dalla inderogabilità della funzione attribuita al giudice dall’ordinamento in particolari casi, a causa della peculiarità del contesto giuridico, come in materia fallimentare, laddove la necessità del *simultaneus processus*, che assicura la astratta possibilità del contraddittorio e la par condicio tra creditori, impone di risolvere in quella sede le relative controversie». Precisano, tuttavia, A. MEZZOTERO, L. NANIA e D. ROMEI, *Contratto e risoluzione delle controversie*, in AA. VV., *Il contratto*, cit., p. 1891, che se la compromettibilità è esclusivamente collegata all’indisponibilità del diritto, occorre sempre tenere presente la differenza che intercorre fra tale indisponibilità e l’inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico, la quale non si pone come limite all’arbitrato, attraverso il quale sarà possibile accertare la violazione della norma imperativa, pur non determinando con il lodo effetti vietati dalla legge. In merito al rapporto fra diritti disponibili e conciliazione v. D. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 121 ss.

<sup>467</sup> Com (2002) 196, del 19 aprile 2002.

carattere consensuale, si afferma, infatti, che «[l]a libertà del consenso si esprime a tutti gli stadi della sua attuazione».

Ciò non significa che non sia necessario un controllo di conformità delle procedure. Queste devono sempre risultare conformi ai principi costituzionali e comunitari, e rispettare le finalità individuate a livello nazionale ed europeo. Del resto, l'inquadramento delle ADR in un sistema unitario appare coerente con il fatto che sono il risultato del coordinamento di fonti nazionali e sovranazionali, le quali condividono la medesima finalità, nel rispetto dei principi costituzionali<sup>468</sup>. Invero, le fonti europee, da ultimo la direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013<sup>469</sup>, sembrano concentrarsi maggiormente sui consumatori, nel tentativo di eliminare gli ostacoli diretti e indiretti allo sviluppo del mercato interno e alla crescita dei posti di lavoro nell'Unione, benché il limitato ambito di applicazione della disciplina non debba «impedire agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni relative a procedure per la risoluzione extragiudiziale» di controversie fra professionisti<sup>470</sup>.

Il generale *favor* per le ADR deriva dagli innumerevoli vantaggi che offrono. Volendo ragionare sotto il profilo dell'economia del diritto è chiaro che si mostrano estremamente efficaci sia sotto il profilo quantitativo, poiché comportano minori costi economici, sociali e politici, sia sotto quello qualitativo. Al riguardo, viene in rilievo il diritto alla riservatezza. È innegabile, infatti, che le ADR, rispetto alle decisioni giurisprudenziali, offrano una maggiore riservatezza, idonea a proteggere segreti commerciali<sup>471</sup>. Si prenda in considerazione l'arbitrato<sup>472</sup>. Poiché i lodi sono il

---

<sup>468</sup> Cfr. S. VIOTTI, *o.c.*, p. 25

<sup>469</sup> Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 18 giugno 2013, L. 165/63.

<sup>470</sup> Così il considerando n. 16 della Direttiva 2013/11/UE.

<sup>471</sup> In tema di riservatezza, il considerando n. 28 della Direttiva 2013/11/UE chiarisce che « Il trattamento di informazioni relative a controversie oggetto della presente direttiva dovrebbe avvenire nel rispetto delle regole sulla tutela dei dati personali stabilite dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri adottate a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati», precisando nel successivo considerando che «[è] opportuno che la riservatezza e la privacy siano sempre rispettate durante la procedura ADR. Gli Stati membri dovrebbero essere incoraggiati a salvaguardare la riservatezza delle procedure ADR in tutti i procedimenti giudiziari in materia civile o commerciale successivi o negli arbitrati». Invero, anche il rapporto fra sentenze e riservatezza è alquanto delicato,

frutto di una giustizia privata<sup>473</sup>, resa in privato, è opinione comune che la riservatezza sia un carattere peculiare dell'arbitrato<sup>474</sup>. Tuttavia, questo binomio arbitrato-riservatezza nel corso del tempo ha perso la propria forza, tanto da spingere alcune legislazioni a prevedere un generale obbligo gravante su arbitro e parti. La legislazione spagnola, ad esempio, nella *Ley 60/2003 de 23 diciembre*, prevede espressamente per le parti, l'arbitro e le istituzioni arbitrali di mantenere il riserbo su tutte le informazioni acquisite durante il procedimento<sup>475</sup>. Ove manchi un obbligo

---

poiché implica un bilanciamento di principi: il diritto all'informazione giuridica e il diritto alla *privacy*. Con riguardo alla pubblicazione dei provvedimenti giurisdizionali presso riviste giuridiche, occorre tenere presente le linee guida in materia di trattamento di dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica emesse il 2 dicembre 2010 dal Garante per la protezione dei dati personali, pubblicate presso la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, il 4 gennaio 2011, le quali dopo aver ricordato che la diffusione e la riproduzione delle sentenze costituisce «una fonte preziosa per lo studio e l'accrescimento della cultura giuridica e strumento indispensabile di controllo da parte dei cittadini dell'esercizio del potere giurisdizionale», rinvia alle cautele di cui all'art. 52, d.l. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. codice della *privacy*, nella parte in cui impone l'anonimizzazione, ove richiesto dall'interessato prima che sia definito il processo, ovvero sia disposta d'ufficio. Sul punto v. M. D'AMBROSIO, *Diritto di oblio e principio dell'openness nelle procedure giudiziarie: il caos delle pronunce della Corte di Cassazione*, in corso di pubblicazione.

<sup>472</sup> Sulla riservatezza quale elemento positivo dell'arbitrato sul suo fondamento in termini di salvaguardia degli interessi delle parti e continuità delle loro relazioni negoziali v. p. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Trayectorias y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial*, in *Arbitraje*, II, n. 2, 2009, p. 335 ss.

<sup>473</sup> L'arbitro, il mediatore e il conciliatore svolgono le funzioni ad essi affidata da semplici privati. Non si tratta di giudici togati, pur non essendo escluso che le parti affidino la composizione stragiudiziale della controversia ad un giudice. In tal caso però svolgerà il compito affidatogli quale privato e non quale giudice appartenente all'apparato giudiziario, così G. ALPA, *L'arbitrato e la risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in AA. VV., *Arbitrato*, G. Alpa e V. Vigoriti (a cura di), Torino, 2013, p. 18.

<sup>474</sup> Cfr. L. LAUDISA, *Arbitrato e riservatezza*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 23 s., la quale precisa che secondo l'opinione più comune arbitrato e riservatezza sarebbero due facce della stessa medaglia, con la conseguenza che anche in mancanza di un esplicito accordo, l'arbitro e i litiganti sarebbero tenuti a non divulgare le informazioni acquisite nel corso del procedimento. Invero, che i lodi arbitrali offrano una maggiore riservatezza rispetto le decisioni della magistratura ordinaria è assunto diffuso ma che merita alcune precisazioni. Sicuramente non sorgono problematiche nell'ipotesi in cui le parti tramite un'apposita clausola o mediante rinvio a regolamenti arbitrali prevedano dei vincoli di riservatezza. Ma meno chiara è la questione in mancanza di una espressa previsione. Potrebbe sostenersi, infatti, che si tratta di procedimenti privati, per cui non è ammessa la diffusione. Tuttavia, non si può mancare di osservare che la scarsa diffusione dei lodi potrebbe determinare un freno alla diffusione dello strumento medesimo. Per un'analisi approfondita dell'argomento v. anche P. COMOGLIO e C. RONCAROLO, *Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrali: problemi e prospettive*, in AA. VV., *Arbitro e riservatezza. Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrali*, A. Malatesta e R. Sali (a cura di), Padova, 2011, p. 19 ss.

<sup>475</sup> Cfr. *Ley 2003 n. 60, ley de arbitraje*, che all'art. 24, comma 2, dispone che «*Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligados a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*». In argomento v. G. MARTÍNEZ ATIENZA, *Obligación de los arbitros, las partes y las instituciones Arbitrales de guardar confidencialidad de las informaciones que conozcan por las actuaciones Arbitrales*, in *Comentarios a la ley de Arbitraje*, Barcellona, 2011, p. 167, secondo il quale la disposizione appena citata è dettata in conformità all'art.1 *de la Ley Organica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, ed è finalizzata a garantire e proteggere con riguardo al trattamento dei dati

legale, intervengono gli obblighi pattizi: la prassi commerciale, infatti, si è sviluppata nel senso di inserire clausole di *confidentiality*<sup>476</sup>.

Invero, esigenze di informazione giuridica e di responsabilizzazione degli arbitri, hanno determinato un certo grado di pubblicità anche per i lodi arbitrali. In Italia, poi, l'art. 52, d. lg. 20 giugno 2003 n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali, ha previsto l'equiparazione dei lodi depositati in cancelleria alle sentenze. Tuttavia, fermo restando che l'esplicito riferimento al lodo depositato in cancelleria, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., lascia supporre che l'equiparazione vada limitata soltanto a tali decisioni e non anche ai lodi non depositati<sup>477</sup>, è innegabile che anche queste ultime continuino ad avere una maggiore diffusione, senza contare che spesso gli arbitri, proprio al fine di proteggere segreti commerciali delle imprese, possono attribuire alle udienze carattere privato<sup>478</sup>.

---

personali, la libertà pubblica e i diritti fondamentali della persona fisica, specialmente il suo onore e l'intimità personale e familiare.

<sup>476</sup> Così L. LAUDISA, *o.c.*, p. 28 s., la quale ritiene che la riservatezza prevista genericamente per il contratto sia estendibile anche alle lite ad esso relative.

<sup>477</sup> In argomento v. M. BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim.*, 1991, p. 375, il quale nell'esaminare i profili differenziali tra l'arbitrato irrituale e arbitrato rituale, osserva che il primo è connotato proprio dalla volontà di riservatezza del lodo, mentre il secondo dalla previsione del potere di ottenere l'esecutorietà del lodo. In generale sulla distinzione fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale occorre precisare che sia sul piano genetico che sul piano funzionale, infatti, le due forme in esame non mostrano divergenze: entrambe trovano fondamento nell'autonomia delle parti – le quali possono scegliere se far decidere la controversia secondo equità o secondo diritto – ed entrambe sono volte a definire una controversia attraverso la decisione di un terzo. La differenza, emerge, invece, sotto il profilo della natura e conseguentemente degli effetti della decisione dell'arbitro: al lodo emesso all'esito di un arbitrato rituale si attribuisce natura di sentenza; al lodo emesse nell'ambito di un procedimento arbitrale irrituale, per contro, si attribuisce l'efficacia di un contratto. Sul punto v. *ex multis* G. TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 14 ss.; C. PUNZI, *Arbitrato (arbitrato rituale e irrituale)*, in *Encicl. giur.* Treccani, Roma, XVII, 1988, p. 1 ss.; V. CARBONE, *È applicabile all'arbitrato irrituale la disciplina dell'art. 810, secondo comma?*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1179 ss.; C. CECHELLA, *Arbitrato irrituale e attuazione giudiziale del patto compromissorio*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 1083 ss.; G. VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 425; D. GALTERIO, *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, *ivi*, 1992, p. 125 ss.; G. ARIETA, *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 744; L. ROVELLI, *Arbitrato e figure affini (sulla natura dell'arbitrato irrituale)*, *ivi*, 1994, p. 220.

<sup>478</sup> A titolo esemplificativo si v. l'art. 26, comma 3, del Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, dispone che alle udienze non sono ammesse alle udienze persone estranee al procedimento, salvo il consenso del Tribunale arbitrale. Allo stesso modo, l'art. 6, appendice I “Statuto della Corte Internazionale di arbitrato”, al suddetto regolamento, stabilisce che i lavori della Corte hanno carattere confidenziale, che deve essere rispettato da ogni partecipante alla procedura. Inoltre, la Corte medesima disciplina la partecipazioni sia alle proprie riunioni, che a quelle dei Comitati, nonché l'accesso al materiale.

Inoltre, con specifico riferimento alla mediazione va inoltre, ricordato che il legislatore italiano<sup>479</sup> non si è mostrato indifferente al tema in esame, ma anzi, dopo aver previsto che il regolamento deve garantire la riservatezza del procedimento in ogni caso (art. 3, comma 2), ha imposto un generale dovere di riservatezza a carico di tutti coloro che prestino la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione (art. 9, comma 1)<sup>480</sup>. Tale obbligo graverà sul mediatore nei confronti delle altre parti, con riguardo a tutte le dichiarazioni e informazioni rese da una parte precedentemente, salvo il caso che questa acconsenta alla propria diffusione (art. 9, comma 2). Nel caso in cui la mediazione dovesse avere esito negativo, tutte le informazioni e le dichiarazioni rese nel procedimento non potranno essere utilizzate in un eventuale giudizio, sul loro contenuto non è ammessa prova testimoniale – neanche il mediatore può essere chiamato a deporre – e non potrà essere deferito giuramento decisorio (art. 10).

Accanto a tale profilo, ciò che rende qualitativamente preferibile il ricorso alle ADR è la possibilità per le parti di mantenere rapporti amichevoli anche dopo la composizione della controversia<sup>481</sup>. Quest'ultimo rappresenta un aspetto estremamente decisivo, ove si consideri che scopo degli strumenti in esame non è soltanto quello di risolvere un conflitto già sorto, ma anche di regolare i comportamenti dei contraenti, cosicché non possano più sorgere liti fra loro<sup>482</sup>.

---

<sup>479</sup> Ci si riferisce al d.lg. 4 marzo 2010, n. 28, recante “Attuazione dell’art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”.

<sup>480</sup> La norma non è rivolta alle parti, le quali piuttosto sono considerate quali beneficiarie dell’obbligo di riservatezza.

<sup>481</sup> Cfr. D. COLANGELI, *La transazione*, Milano, 2012, p. 203. Sul punto, interessanti anche le osservazioni di P. GIANNITI e R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli ADR*, Torino, 2012, p. 8, secondo i quali le ragioni che hanno portato al sorgere della mediazione non posso rinvenirsi soltanto nella lentezza dell’azione giurisdizionale ordinaria, ma anche nell’esigenza delle parti – in special modo se rappresentate da imprese – di arrivare ad un accordo ragionevole, evitando uno scontro processuale. In questo contesto, l’alternatività non è soltanto al processo, ma anche alla conflittualità. Come chiarisce F. FILOGRASSO, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie*, in AA. VV., *I singoli contratti*, G. Cassano (a cura di), Padova, 2010, p. 2589, questi strumenti vengono definiti anche *Amicable dispute resolution*, evidenziando in tal modo l’assenza del carattere contenzioso. Tuttavia, non è mancato in dottrina chi abbia cercato di mettere in risalto il «dark side» dei meccanismi ADR, ritenendo che tali strumenti rappresenti una «giustizia di seconda classe». L’assenza delle formalità proprie del processo statale, infatti, rischia di tramutarsi nell’assenza di garanzie e di porre nel nulla gli sforzi dei padri costituenti di garantire un giudizio diretto da un magistrato terzo ed imparziale; così E. SILVESTI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 334.

<sup>482</sup> In questo senso, S. CHIARLONI, *o.c.*, p. 774.

### 3.5. Lo scarso interesse delle imprese verso forme di autocomposizione delle controversie.

Esaminati gli aspetti positivi, che possono spingere le imprese a utilizzare quale strumento per ottenere un rimedio al sopravvenuta sproporzione fra le prestazioni contrattuali e un ristoro dai danni causati dall'inadempimento, occorre valutare quali siano le forme di ADR che realmente riescano a raggiungere gli interessi delle parti.

Al riguardo, occorre distinguere fra i vari strumenti di composizione delle controversie alternative alla giurisdizione ordinaria generalmente rappresentati da arbitrato, mediazione e conciliazione.

La differenza cardine fra mediazione/conciliazione e arbitrato risiede nel ruolo assunto rispettivamente dall'arbitro e dal mediatore. Mentre nel primo caso le parti risolvono la controversia mediante un accordo raggiunto in virtù dell'operato di un soggetto terzo, nella seconda tipologia vi è un soggetto terzo a comporre la controversia e a esprimere la propria valutazione con efficacia vincolante per i litiganti. Vi è poi una terza tipologia, nella quale rientra la transazione, che si caratterizza per il fatto che siano le parti medesime in piena autonomia a raggiungere un accordo sulla lite sorta<sup>483</sup>. A ben vedere, allora, anche la transazione può essere ricompresa nei meccanismi ADR, in quanto rappresenta uno strumento di composizione contrattuale della controversia. L'accordo transattivo, infatti, è il contratto con cui le parti effettuano reciproche concessioni al fine di porre fine a una lite ovvero prevenirla<sup>484</sup> e rappresenta lo strumento classico di autocomposizione

---

<sup>483</sup> Proprio in virtù delle forti distinzioni che caratterizzano le varie forme di ADR, parte della dottrina ha ritenuto che non sia possibile accostare elementi fra loro tanto eterogenei, così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea*, cit., p. 653. Distingue gli strumenti ADR in 'autonomi' ed 'eteronomi', a seconda che il terzo li aiuti a trovare un punto d'incontro nel dirimere i contrasti, ovvero risolva la lite attraverso una decisione. C. MENICHINO, *Art. 19, d.l. 70/2003 (composizione delle controversie)*, in AA. VV., *Diritto dell'informatica*, F. Delfini e G. Finocchiaro (a cura di), Torino, 2014, p. 446. Pur distinguendo fra strumenti autonomi ed eteronomi, F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim.*, 2004, p. 1202, precisa che tutti questi strumenti sono tra loro del tutto equivalenti e fungibili in ordine ai risultati, in quanto vi è una perfetta equivalenza fra l'efficacia vincolante di una sentenza, di un lodo e di una transazione.

<sup>484</sup> L'accordo transattivo gode di una disciplina molto simile in Italia e in Spagna. L'art. 1965 del codice civile definisce la transazione quale contratto con cui due o più parti, pongono fine ad una lite già iniziata fra loro o la prevengono, effettuando reciproche concessioni, attraverso le quali è possibile creare, modificare o estinguere rapporti giuridici diversi da quelli oggetto della contesa. Allo stesso modo secondo l'art. 1809 *código civil*, la *transacción* è il contratto attraverso il quale le parti evitano il sorgere di una controversia o pongono fine ad una già sorta, dando, promettendo o trattenendo ciascuna una cosa. Benché il legislatore spagnolo faccia riferimento a una «cosa», l'orientamento preferibile ritiene che la norma vada letta in maniera estensiva, così da ricomprendere anche diritti o

della lite, soprattutto quando l'oggetto sia l'*an* o il *quantum* del risarcimento del danno<sup>485</sup>. Ma la sussumibilità della transazione, più in generale, delle procedure di autocomposizione delle controversie, non è del tutto pacifica. Classificare un accordo attraverso il quale le parti in piena autonomia risolvono i loro conflitti tra le «procedure di ADR», in realtà, comporterebbe una sovrapposizione fra queste tipologie di procedure e il piano dell'autonomia privata<sup>486</sup>.

Forse più corretto sarebbe allora effettuare una distinzione fra i negozi giuridici la cui causa è appunto la composizione della lite, dai procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie ovvero concentrare l'attenzione sulla diversità di funzioni. In questo senso è facile cogliere una distinzione fra i «giudizi privati» e i modelli transattivo/conciliativi. Benché entrambi trovino la loro fonte nell'autonomia privata e siano genericamente diretti a risolvere lo stato conflittuale, attraverso il ricorso ai giudizi privati, le parti vogliono rimettersi a un soggetto terzo, che valuta la situazione di fatto e di diritto ed emette una decisione di tipo vincolante<sup>487</sup>. Per contro con i modelli transattivo/conciliativi, le parti si focalizzano

---

beni immateriali (così T. OGAYAR AYLON, *art. 1809*, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, XXII, vol. 1, cit.). Tuttavia, mentre in Italia la transazione anche se stipulata nel corso di un giudizio, resta sempre un negozio meramente privato, in Spagna tale tipo di transazione può assumere natura processuale se omologata dal giudice, ai sensi dell'art. 415 *de la Ley de enjuiciamiento civil* 1/2000. Sul punto v. S. SAN CRISTÓBAL REALES, *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, in *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2011, p. 283 s., la quale definisce la transazione processuale giudiziale «*como el contrato por el que las partes de un proceso ya iniciado, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, ponen fin al mismo, siendo aprobado el acuerdo alcanzado por el órgano jurisdiccional que esté conociendo del proceso por medio de autonomía privada*».

<sup>485</sup> Giova ricordare che le reciproche concessioni devono riferirsi alla posizione assunta dalle parti in riferimento a reciproche pretese ai diritti effettivamente spettanti, così Cass., 11 giugno 2003, n. 9348, in *Giust. civ. Mass.*, 2003.

<sup>486</sup> Cfr. A. MEZZOTERO, L. NANIA e D. ROMEI, *Contratto e risoluzione delle controversie*, in AA. VV., *Il contratto*, G. Buffone, C. De Giovanni e I. Natali (a cura di), Padova, p. 1119, i quali, inoltre, sottolineano che un ulteriore motivo che varrebbe ad escludere le forme di autocomposizione della lite dalle ADR è dato dalla mancanza di proceduralizzazione. Mentre, la mediazione, la conciliazione e l'arbitrato prevedono un «procedimento» che deve essere rispettato per giungere all'accordo o comunque alla decisione, nella transazione, ad esempio, non vi è alcun procedimento da seguire. Le parti devono soltanto stipulare un contratto che, anche a volersi discostare dai requisiti richiesti dal legislatore, sia meritevole di tutela giuridica.

<sup>487</sup> In realtà, vi è chi ha sostenuto che proprio la vincolatività del lodo ha fatto dubitare che si tratti di una vera e propria procedura «alternativa», così G. COSI e G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Torino, 2012, p. 5. Sul punto v. altresì P. PERLINGIERI, *Sui modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2014, p. 93 ss., il quale osserva che mentre la mediazione non concerne la giurisdizione, l'arbitrato ne rappresenta valido istituto; in senso conforme C. DEL RE, *La conciliazione*, in AA. VV., *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, A. SIROTTI GAUDENZI (a cura di), Torino, 2010, p. 238, secondo il quale l'arbitrato «non costituisce propriamente un'alternativa alla giurisdizione ordinaria, ma piuttosto esercizio di un'attività

sull'eliminazione del conflitto, a prescindere dalla modalità in cui tale eliminazione viene raggiunta<sup>488</sup>. L'arbitro, ad esempio, nel pronunciare la propria decisione non sarà guidato dall'intento di risolvere il conflitto, ma anche e soprattutto dalla corretta applicazione delle norme di diritto. Ed è questo che rende il lodo uno strumento di giustizia. La distinzione fra i meccanismi di autocomposizione della lite è evidente. L'accordo raggiunto dalle parti punta dritto verso la risoluzione del conflitto e prescinde dal metodo (che sia il diritto o l'equità) utilizzato per il raggiungimento del risultato.

Diversamente, la mediazione<sup>489</sup> e la conciliazione – le quali dovrebbero distinguersi fra loro in quanto la prima attiene alle controversie avente carattere patrimoniale, mentre la seconda alle controversie di contenuto relazionale<sup>490</sup> – si caratterizzano per il ruolo assunto dal mediatore/conciliatore, il quale non impone la propria decisione sul diritto controverso, ma assiste i contraenti nella ricerca di un accordo amichevole, come dimostrato dalla circostanza che le parti mantengono aperta la comunicazione, sebbene nei casi più conflittuali attraverso il ricorso di avvocati<sup>491</sup>. La volontà del mediatore, quindi è priva del carattere della vincolatività; le parti possono discostarsi così come possono addirittura non giungere ad alcun accordo. Ma a prescindere dal risultato, ciò che conta è porre fine al conflitto.

---

giurisdizionale, in questo senso semmai “alternativo”, che porta al riconoscimento della titolarità di un diritto nel caso concreto e di conseguenza di un obbligo di una delle due parti della lite».

<sup>488</sup> Così di F. CRISCUOLO, *Modello arbitrale e strumenti alternativi di giustizia*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 32 s.

<sup>489</sup> Giova precisare che con il termine «mediazione» s'intende altresì l'attività di cui agli artt. 1754 ss. c.c., consistente nella messa in relazione di due o più parti per la conclusione di un contratto, in assenza di rapporti di collaborazione, assistenza o rappresentanza. Sulle divergenze esistenti fra i due istituti v. L. CAROTA, *Le procedure di conciliazione*, in AA. VV., *Diritto dell'informatica*, F. Delfini e G. Finocchiaro (a cura di) Torino, 2014, p. 1144 s., secondo la quale, benché vi sia una palese eterogeneità, in entrambe le fattispecie il mediatore si pone tra le parti come terzo indipendente e imparziale, favorendo la relazione delle parti.

<sup>490</sup> Sulla distinzione fra mediazione e conciliazione v. G. COSI e G. ROMUALDI, *o.l.u.c.*, i quali, pur sostenendo che l'elemento distintivo vada rinvenuto nel carattere della patrimonialità, osservano che ad insistere in maniera eccessiva su questa distinzione si rischierebbe di cadere nel nominalismo, in quanto è improbabile che una controversia a contenuto prevalentemente patrimoniale abbia anche risvolti relazionali, così come un conflitto a contenuto relazione implichi anche risvolti di tipo patrimoniale. Del resto, è evidente che in molteplici fattispecie litigiose vi sia un cumulo di questioni relazionali e patrimoniali su cui occorre raggiungere un accordo amichevole, basti pensare alla separazione dei coniugi, che generalmente implica l'esame di questioni patrimoniali e non.

<sup>491</sup> Sulla distinzione tra mediatore e arbitro v. N. ANDREWS, *La “doppia elica” della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 538 s.

Piú di recente, inoltre, si è assistito all'introduzione della negoziazione assistita<sup>492</sup>. Si tratta di un nuovo meccanismo, anch'esso con finalità deflattiva della giustizia ordinaria, in virtù del quale le parti possono stipulare una convenzione di negoziazione, in buona fede e con lealtà, per risolvere in via amichevole la controversia<sup>493</sup>. Tale convenzione è stipulata con l'assistenza di avvocati iscritti all'albo, i quali, sotto la propria responsabilità professionale, certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte. Peculiare è il compito svolto dagli avvocati. Questi, oltre al fatto che prima di intraprendere un procedimento davanti la giurisdizione ordinaria, sono tenuti, in virtù di un dovere deontologico a informare le parti della negoziazione assistita, nel caso in cui si arrivi alla conclusione di una convenzione dovranno certificare l'autenticità delle sottoscrizioni<sup>494</sup>. Non è sufficiente la forma scritta, ma è richiesta la forma solenne e, segnatamente, la scrittura privata autenticata, con la peculiarità appunto che autenticazione delle firme viene attribuita agli avvocati dei contraenti<sup>495</sup>. Dunque, gli accordi bonari che nella prassi spesso

---

<sup>492</sup> Si ricorda il recente intervento con il d.l. 12 settembre 2014 n. 132 "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", conv. in l. 10 novembre 2014 n. 162 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 261 del 10 novembre 2014. In argomento v. L. ANSALDI, *Il crescente ricorso agli strumenti alternativi si risoluzione delle controversie*, in *Contratti*, 2015, p. 204 ss.

<sup>493</sup> Anche l'invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale, per le controversie aventi ad oggetto risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro.

<sup>494</sup> Sul ruolo degli avvocati nella mediazione S. VIOTTI, *o.c.*, p. 91 ss., il quale osserva che il professionista interviene allo stesso tempo sia in qualità di terzo imparziale, sia in qualità di assistente delle parti. Vi è poi chi ha osservato che se la mediazione e la negoziazione assistita stentano a decollare è proprio a causa degli avvocati; così C. CONSOLO, *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fa giurisdizione e ADR?*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1275 s., il quale ha affermato che «Affinché la mediazione funzioni bene, infatti, è necessario che il difensore abbia una sana, doverosa, forte paura di condurre la parte ad una meritata, pesante, sconfitta all'esito dell'esperienza processuale. È indispensabile, insomma, che il difensore sia in grado di comprendere davvero intimamente l'angoscia e lo "sconquasso" della parte che esca dall'esperienza processuale giustamente perdente. Solo così, infatti, egli sarà spronato a trovare una via conciliativa, evitando alla parte una sconfitta che già si manifesta plausibile. Purtroppo oggi così non è: molti avvocati considerano l'esperienza processuale come "meritevole" (poiché, ad essi, non certo inutile) sempre, a prescindere dalla fondatezza o meno delle pretese del proprio assistito, e dalla sostenibilità delle proprie tesi difensive».

<sup>495</sup> Genericamente l'autenticazione delle firme è attribuita ai pubblici ufficiali. L'art. 2703, secondo comma, c.c. definisce l'autenticazione delle sottoscrizioni quale attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è avvenuta in sua presenza. L'autentica delle firme, pertanto, costituisce un atto pubblico distinto dalla scrittura provata cui accede e, pertanto, costituisce prova legale dell'autenticità delle sottoscrizioni, ma non del riconoscimento così S. PATTI, *Della prova documentale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1996, p. 89, nonché piú recentemente G. BONILINI, M. CONFORTINI e G. GRANELLI, sub. *Art. 2703*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino 2011, p. 7091. Ma la convenzione di negoziazione assistita non è l'unica ipotesi in cui viene attribuita la

vengono perfezionati, benché abbiano dei punti in comune con la negoziazione assistita, si distaccano da essa, soprattutto per il ruolo assunto dagli avvocati dei contraenti. Mentre nel primo caso, infatti, assumono la veste di consulenti legali, nella seconda fattispecie considerata, oltre a ciò devono spingersi a trovare ad individuare una soluzione che permetta di evitare il giudizio, perché lo scopo del loro lavoro è proprio quello di arrivare alla conclusione di un accordo bonario.

Orbene, da un'analisi della prassi commerciale si rileva che, tanto la mediazione quanto la negoziazione assistita in realtà non rappresentino dei validi strumenti alternativi alla giurisdizione ordinaria. Soprattutto relativamente ai contratti tra imprese e ai contratti di *outsourcing*, ove la fiducia tra i contraenti assume un ruolo fondamentale, difficilmente si fa ricorso a questi meccanismi, fermo restando che anche nei casi in cui l'esperimento di procedure di negoziazione assistita e/o mediazione sia prevista quale condizione di procedibilità, i risultati positivi raggiunti hanno una percentuale decisamente bassa. Probabilmente ciò è dovuto alla circostanza che nella fase immediatamente susseguente al conferimento incarico gli avvocati già svolgono un'attività di negoziazione<sup>496</sup>. Rare sono le ipotesi in cui si procede direttamente il contenzioso giudiziario e in merito si è già avuto modo di vedere come nei contratti di *outsourcing* le parti tentino in prima istanza di comporre la lite in modo amichevole o con una transazione o con una convenzione simile alla negoziazione assistita. Nella prassi, infatti, il primo passo che si compie è l'esperimento di un tentativo di accordo bonario in via stragiudiziale, il quale può avere i caratteri propri di una transazione ovvero – ad esempio quando manchino le

---

competenza ad autenticare le sottoscrizioni agli avvocati. Questi ultimi, infatti, ai sensi dell'art. 83 c.p.c., certificano che l'autenticità delle sottoscrizioni apposte dalle parti alle procure alle liti. Sul punto v. *ex multis* R. DANOVI, *La procura alle liti e il rapporto tra parte e difensore*, in *Riv. proc. civ.*, 1992, p. 919 ss.; R. MURRA, *Note minime sull'efficacia del potere del difensore di certificazione della firma apposta sulla procura ad litem*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1514 ss., il quale qualifica detta certificazione quale «autentica minore», con la conseguenza che l'efficacia probatoria si arresta all'accertamento dell'identità del conferente; F. CIPRIANI, *La procura su foglio autonomo tra la certificazione e gli spilli del difensore*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 538 ss., secondo il quale il potere certificatorio attribuito al difensore è eccezionale sia in quanto esercitabile soltanto su determinati atti, sia in quanto esercitabile soltanto per le procure in suo favore; G. IORIO, *Sulla natura della certificazione di autenticità relativa alla autografia della sottoscrizione della procura speciale rilasciata in calce all'atto introduttivo del giudizio*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, p. 130 ss., secondo il quale nel certificare l'autenticità delle sottoscrizioni, gli avvocati assumono la veste di «pubblici documentatori», ma la loro funzione è differente da quella svolta dai pubblici ufficiali ai sensi dell'art. 2703 c.c., in quanto il difensore può certificare anche una sottoscrizione non avvenuta in sua presenza e nonché la verità della sottoscrizione di un soggetto residente all'estero.

<sup>496</sup> L. ANSALDI, *o.c.*, p. 205.

reciproche concessioni – può consistere in una sorta di convenzione, con cui si previene l'insorgere della lite. Nello stipulare detta convenzione, *outsourcer* e *outsourcee* saranno certamente assistiti da avvocati, i quali lavoreranno al fine di trovare un punto di incontro e valuteranno la convenienza dell'accordo. Ma, fallito tale tentativo di autocomposizione della controversia, risulta altamente improbabile che i contraenti riescano a comporre il conflitto attraverso la mediazione di un terzo, il quale non può imporre la propria decisione con efficacia vincolante. Di fronte all'insuccesso di una forma di autocomposizione della lite esperire, un nuovo tentativo di autocomposizione si mostra del tutto inutile. Ciò che risulta efficace al fine di evitare il contenzioso ordinario, per contro, è avvalersi di forme di eterocomposizione delle liti<sup>497</sup>.

Neanche risulta efficace il c.d. Med-Arb, il quale si presenta come uno strumento che combina in sé mediazione e arbitrato. Il Med-Arb è caratterizzato da una doppia fase: la prima prevede l'intervento del terzo in qualità di conciliatore; la seconda, meramente eventuale, in cui il terzo si spoglia della veste di conciliatore per assumere quella di arbitro<sup>498</sup>. Nell'eventualità in cui le parti non riescano con l'aiuto del conciliatore a risolvere in via amichevole la controversia, potranno comporre il conflitto attraverso la decisione vincolante del terzo, che in tal caso eserciterà le funzioni di arbitro.

Benché astrattamente questa combinazione di mediazione e arbitrato possa sembrare una valida alternativa alla giurisdizione ordinaria, vi sono alcune difficoltà non semplici da superare. In particolare, è visto con sospetto il ruolo assunto dal conciliatore/arbitro, in quanto potrebbe utilizzare le informazioni assunte in via confidenziale in veste di conciliatore, per poi decidere in qualità di arbitro. Di fronte a questo rischio, le parti potrebbero limitarsi nel fornire informazioni che nella successiva fase potrebbero essere evidenziate contro chi le ha fornite, frustrando la funzione del Med-Arb<sup>499</sup>.

---

<sup>497</sup> Secondo l'opinione di A. LEPORE, *Il possibile carattere transazionale delle ADR*, cit., p. 132, che un motivo di insuccesso della mediazione si potrebbe ravvisare nella forte procedimentalizzazione, che quasi rinnega il ruolo del consenso delle parti.

<sup>498</sup> Sul Med-Arb e in generale sulle clausole contrattuali c.d. multilivello, le quali prevedono la combinazione di tecniche alternative di risoluzione delle controversie v. N. ANDREWS, *o.c.*, p. 539.

<sup>499</sup> Cfr. V. RENNA, *o.c.*, p. 161 s.

Per superare tali inconvenienti, si è sviluppata una variante, denominata Med then Arb, la quale si distingue dalla tecnica precedente in quanto le funzioni di mediatore e arbitro sono svolte da persone distinte. Tuttavia, anche tale strumento dà luogo a delle criticità. Restano ferme, infatti, le difficoltà di individuare una netta linea di confine tra la fase della mediazione e quella dell'arbitrato, nel senso che non appare chiaro quale sia il momento in cui occorre passare dalla prima alla seconda fase, nonché la scarsa rilevanza che le parti potrebbe dare alla mediazione, sapendo di poter contare sulla decisione arbitrale all'interno del medesimo procedimento.

Alla luce di tali criticità, l'arbitrato è divenuto la forma più diffusa di ADR.

### 3.6. Le clausole compromissorie.

In questo contesto, è facile immaginare perché le clausole compromissorie siano in grado di soddisfare maggiormente le esigenze delle imprese<sup>500</sup>.

Tali clausole, stipulate dai contraenti all'interno di un più ampio contratto, prevedono la compromettibilità di tutte le controversie che traggono origine dal suddetto contratto: si tratta, dunque, di un «negozio ad effetti processuali»<sup>501</sup>. Attraverso la pattuizione di una clausola compromissoria, infatti, si consente alle imprese coinvolte di conseguire i medesimi risultati della giurisdizione ordinaria, ma

---

<sup>500</sup> Diversamente dalla clausola compromissoria, con il «compromesso», le parti convengono di compromettere a terzi la decisione su una determinata controversia, la cui origine non è strettamente legata con rapporti giuridici di natura contrattuale. Sulla distinzione fra clausola compromissoria e compromesso v. G. RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 417 ss., nonché ID., *Il patto commissorio*, *ivi*, 2005, p. 712 s., ove osserva altresì che quando il legislatore intende riferirsi in maniera indistinta al compromesso e alla clausola compromissoria, utilizza il sintagma «convenzione di arbitrato», in luogo di «patto commissorio» utilizzato dal legislatore delegante; scelta questa innocua, sebbene possa portare a confondere detta convenzione con il «contratto di arbitrato», il quale, invece, indica l'accordo che intercorre le parti e gli arbitri. Risulta interessante evidenziare che nell'ordinamento spagnolo ad opera della *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje*, è venuta meno la tradizionale distinzione fra compromesso e clausole compromissorie, ed entrambe le fattispecie sono state unificate sotto la nozione di «convenio arbitral». Attualmente il *convenio arbitral* è disciplinato dalla *Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje*, la quale, tuttavia, non ne fornisce una definizione. Il compito è stato, dunque, rimesso alla dottrina, secondo la quale «[e]l convenio arbitral es el acuerdo por virtud del cual las partes de una relación jurídica determinada, contractual o no contractual, manifiestan su voluntad de someter las cuestiones litigiosas que hayan surgido o puedan surgir de aquella relación a la decisión de uno o más árbitros, con el propósito de resolver la controversia jurídica existente entre ellas» (così C. PÉREZ CONESA, *El convenio arbitral*, in AA. VV., *Tratados de contratos*, cit., p. 4313)

<sup>501</sup> Così S. MONTICELLI, *Patologia del contratto e negoziazioni compositive della lite*, in AA. VV., *Studi in onore di Ugo Majello*, I, cit., p. 239.

in tempi molto piú brevi<sup>502</sup>. Inoltre, l'arbitrato, tanto rituale quanto irrituale, ammette una certa autonomia circa la disciplina delle modalità di svolgimento del processo, cosí da adattarla alle concrete esigenze delle imprese in lite<sup>503</sup>.

Ma l'aspetto forse piú inciso è che l'arbitro chiamato a pronunciarsi sulla controversia gode di una competenza specifica. Non bisogna dimenticare, infatti, che il terzo viene nominato per decidere appositamente su una determinata questione, di tal ché la scelta ricade su soggetto che operano in quel determinato settore e rispetto al quale hanno sviluppato specifiche competenze. Questa circostanza assume una rilevanza decisiva in tema di *outsourcing* di servizi informatici. In un settore tanto specifico, la possibilità di rimettere la questione a un terzo fortemente specializzato nell'esternalizzazione dei servizi It riveste senz'ombra di dubbio un valore aggiunto, che consente di affermare che il ricorso alla giustizia arbitrale rappresenti qualcosa in piú di un mero ripiego alla poco efficiente giurisdizione statale<sup>504</sup>. Del resto ciò viene dimostrato dal sempre maggiore ricorso ad alcuni organismi arbitrali, come l'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), e dalla nascita di sempre nuove forme di arbitrato concernenti settori altamente specifici, quali ad esempio l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACT)<sup>505</sup>.

Si sottolinea, pertanto, l'opportunità d'inserire già nella clausola compromissoria le specifiche qualità richieste agli arbitri. Rientra nell'autonomia contrattuale la facoltà di predeterminare i criteri di scelta, i quali, tuttavia, non

---

<sup>502</sup> Sugli aspetti positivi dell'arbitrato v. BARBIERI G. e BELLA E., *o.c.*, p. 46 ss., i quali, tuttavia, sottolineano che «la rapidità» dell'arbitrato non deve essere sopravvalutata, in quanto anche il procedimento in esame presuppone una serie di attività nel rispetto dei principi di difesa e contraddittorio che, almeno nella sostanza, sono simili a quelle del processo civile; tanto da «far apparire illusorio [...] che attività tanto complesse e delicate possano essere compiute in tempi inadeguati».

<sup>503</sup> Cfr. M. BIN, *o.c.*, p. 374.

<sup>504</sup> Che i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non debbano costituire dei ripieghi alla situazione drammatica della giurisdizione statale, né una strumento deflattivo di richiesta di tutela giurisdizionale è assunto sostenuto da F.P. LUISO, *o.u.c.*, p. 1205 s.

<sup>505</sup> In attuazione dell'art. 128 *bis*, TUB, come introdotto dall'art. 29. l. 28 dicembre 2005, n. 262, poi sostituito dall'art. 4, comma 3, d.lg. 13 agosto 2010, n. 141, nel 2009 è stato istituito l'Arbitro Bancario Finanziario, il cui funzionamento è regolato dalle disposizioni adottate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009. L'Abf è un organismo indipendente, al quale ci si può rivolgere per risolvere le controversie nascenti tra clienti e banche e e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari. Invece, l'Arbitro per le controversie finanziarie, recentemente istituito dalla Consob, con delibera 4 maggio 2016 n. 19602, è un sistema di risoluzione delle controversie che possono sorgere circa la violazione degli obblighi informativi, di diligenza, correttezza e trasparenza gravanti sugli intermediari e a favore degli investitori nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio.

configurano di certo delle limitazioni alla capacità di arbitrare<sup>506</sup>. Attraverso la predeterminazione dei criteri di scelta, i contraenti sono sicuri di essere giudicati da persone esperte nel settore e così si valorizza ancor più l'arbitrato.

Da quanto fin qui esaminato, emerge chiaramente il ruolo della clausola compromissoria. Più i contraenti si dedicheranno nella sua redazione, prevedendo le modalità per la scelta del collegio arbitrale, nonché i criteri che il giudicante dovrà seguire nell'emissione del lodo, più saranno soddisfatti dall'arbitrato medesimo.

La clausola arbitrale, in questo senso, costituisce il fondamento e il limite dell'arbitrato. In particolare, ne costituisce il fondamento in quanto senza un'espressa previsione in tal senso le parti non potrebbero derogare alla giurisdizione ordinaria<sup>507</sup>; ma allo stesso tempo delimita l'ambito di applicazione dell'arbitrato alle sole ipotesi previste nella clausola<sup>508</sup>.

Non necessariamente tutte le questioni attinenti al contratto di *outsourcing* saranno compromettibili, ben potendo le parti decidere cosa sia oggetto di giudizio arbitrale e cosa sia oggetto di giurisdizione ordinaria. In proposito, giova osservare che la clausola compromissoria costituisce un negozio separato dal contratto cui accede. Pertanto, nel caso in esame sarà possibile sia che i contraenti inseriscano la clausola al

---

<sup>506</sup> Cfr. A. DIMUNDO, *La capacità degli arbitri*, in AA. VV., *Arbitrato*, cit., p. 582 s., secondo il quale le limitazioni convenzionali nella scelta degli arbitri non costituiscono delle ipotesi di incapacità, in quanto i limiti alla capacità di arbitrare sono rimessi esclusivamente alla legge. La predeterminazione dei criteri di scelta, dunque, non incide sulla capacità o incompatibilità e la loro violazione integra un'ipotesi di vizio di nomina, che potrebbe essere oggetto di eccezione in giudizio. In giurisprudenza v. Cass., 3 ottobre 2002, n. 14182, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1283, con nota di D. GIACOBBE, *La Suprema Corte individua i limiti di efficacia vincolante della disciplina dell'arbitrato in materia di opere pubbliche*, la quale sancisce che l'irregolare costituzione del collegio arbitrale, deve essere letta in ottica privatistica, e non può farsi applicazione della disciplina di cui all'art. 158 c.p.c., sulla nullità inerente i vizi della costituzione del giudice, in quanto non vi può essere equiparazione fra arbitro e giudice. Sulla natura privatistica dell'arbitrato v. Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 699, con nota di E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura dell'arbitrato»* che ha definitivamente chiarito che anche nell'arbitrato rituale la pronuncia arbitrale ha natura di atto di autonomia privata. In dottrina v. *ex multis* P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 16; *contra* L. BIAMONTI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 903 ss.

<sup>507</sup> Tuttavia, visto il generale *favor* verso l'arbitrato la giurisprudenza spagnola ha ritenuto che anche in mancanza di un compromesso o di una clausola compromissoria, il lodo debba considerarsi valido ed efficace quando dal comportamento dei contraenti successivo alla sua emissione si evinca «*una aceptación clara e inequívoca del Convenio Arbitral, como es participar activamente en el procedimiento Arbitral*», così *Audencia Provincial de Barcelona*, 29 dicembre 2004, in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

<sup>508</sup> Così R. VERDERA SILVER, *Artículo 9º*, in AA. VV., *Comentarios a la Ley de arbitraje*, S. Barona Vilar (a cura di), 2ª ed., 2012, Madrid, p. 317, il quale osserva che dalla circostanza che il lodo possa essere annullato in caso di clausola compromissoria nulla o inesistente ovvero nel caso in cui abbia ad oggetto questioni non ricomprese nella clausola medesima dimostra che in essa si rinvergono il fondamento e i limiti dell'arbitrato.

vaglio nel medesimo documento in cui è contenuto il contratto di *outsourcing*, sia che venga stipulata in un documento separato. In ogni caso costituisce un contratto autonomo, conseguentemente, i contraenti saranno liberi di individuare i conflitti da rimettere agli arbitri e quali lasciare alla giurisdizione statale.

Vi è da precisare che quanto appena espresso circa il rapporto fra clausola compromissoria e contratto cui accede, non è sempre stato condiviso. Inizialmente, infatti, si riteneva che la prima costituisce una mera clausola del secondo. Conseguenza principale di tale forte interdipendenza è che l'invalidità del contratto determina necessariamente l'invalidità dell'accordo sull'arbitrato<sup>509</sup>. Probabilmente, questa interpretazione era frutto dell'equivoca espressione «clausola», la quale lascia intendere una pattuizione aggiunta al contenuto principale del contratto<sup>510</sup>. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza dominanti ritengono ormai pacifica l'autonomia della clausola *de qua* rispetto al contratto cui accede, soprattutto sulla base della diversa funzione che svolge, rispetto a quella perseguita dal contratto principale, nonché in virtù del tenore letterale dell'art. 808 c.p.c, il quale espressamente dispone che la validità della clausola compromissoria vada valutata in maniera autonoma rispetto al contratto al quale si riferisce<sup>511</sup>. Nella fattispecie negoziale oggetto della presente analisi, ad esempio, la funzione del contratto di *outsourcing* è quella di affidare a imprese terze la gestione del sistema informatico a fronte di un corrispettivo in denaro; mentre la clausola compromissoria è volta a rimettere la decisione di eventuali controversie a soggetti terzi.

---

<sup>509</sup> In questo senso, App. Roma, 08 febbraio 1982, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, II, p. 237;

<sup>510</sup> Così M. ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim.*, 1987, p. 423 s.

<sup>511</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 327 ss., il quale fu il primo ad evidenziare l'autonomia ontologica dell'accordo compromissorio sulla base della diversità di funzioni; M. ZACCHEO, *o.c.*, p. 431 ss.; P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 23 ss., secondo il quale l'indipendenza della clausola arbitrale non è inconciliabile con l'accessorietà al contratto cui accede, basti pensare al requisito della forma; A. MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 409 ss.; N. IRTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, *ivi*, 1994, p. 654, il quale ritiene che la clausola *de qua* abbia i caratteri dell'accessorietà, in quanto non può esistere senza riferirsi a un contratto, e dell'autonomia, posto che il giudizio di validità intorno ad essa va effettuato secondo criteri che non provengono dal contratto; F. CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, *ivi*, 1996, p. 699 ss.; G. TASCIA, *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, Milano, 2000, p. 16; C. PETRELLA, *Le clausole compromissorie nei contratti*, Salerno, 2003, p. 27; D. RECCO, *Clausola compromissoria*, in AA. VV., *Il contratto*, G. Cassano (a cura di), Padova, 2010, p. 2582 ss., la quale precisa che tra clausola compromissoria e contratto non si ha un'accessorietà in senso tecnico quanto piuttosto un collegamento negoziale; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 456 ss.; C. CICERO, *La transazione*, Torino, 2014, p. 33 ss.

Appare, inoltre, evidente che la clausola compromissoria necessita della forma scritta<sup>512</sup>. L'art. 808 c.p.c., in proposito, richiama il precedente art. 807 c.p.c., in tema di compromesso, il quale richiede la forma scritta a pena di nullità<sup>513</sup>. Il secondo comma del medesimo articolo, poi, precisa che la volontà dei contraenti possa esprimersi mediante telegrafo o telescrivente telefacsimile o messaggio telematico<sup>514</sup>. L'utilizzo di strumenti telematici, infatti, non altera il procedimento di formazione del contratto, benché renda più complessa l'analisi del requisito dell'«indirizzamento» della dichiarazione negoziale<sup>515</sup>.

La norma nel suo complesso appare, dunque, perfettamente coordinata con la disciplina generale del contratto e, in particolare, con l'art. 1326 c.c., secondo il quale un contratto s'intende concluso quando il proponente è venuto a conoscenza dell'accettazione della controparte. Il compromesso e la clausola compromissoria, infatti, rispettano il requisito della forma anche nel caso in cui le volontà delle parti non risultino da un unico documento, ma da atti separati<sup>516</sup>, purché collegati<sup>517</sup>.

---

<sup>512</sup> Sulla *ratio* della forma scritta *ad substantiam* v. L. MONTESANO, *Aspetti problematici di forma e di prova nel compromesso per arbitrio di controllo giudiziale di equità arbitrale*, in *Riv. trim.*, 1989, p. 889, il quale osserva che la documentazione quale requisito di validità risponde ad esigenze sia di certezza esterna del negozio, sia di ponderazione degli impegni che derivano dalla sottoscrizione da parte dei contraenti. Nello stesso senso v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 278 s., il quale in generale individua quali esigenze cui rispondono le prescrizioni di forma la responsabilizzazione del consenso e la certezza dell'atto.

<sup>513</sup> Sulla forma del patto commissorio cfr. F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 205 ss. *Contra* C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 99, il quale dal confronto del tenore letterale degli artt. 807 e 808 c.p.c. deduce che la forma scritta *ad substantiam* sia richiesta soltanto per il compromesso e non anche per la clausola compromissoria, nello stesso senso G. RUFFINI, *o.u.c.*, p. 717.

<sup>514</sup> Più specificatamente la norma dispone che «La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo o telescrivente telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi». Sull'utilizzo della locuzione «s'intende» si è interrogato N. IRTI, *o.u.c.*, p. 651 s., il quale ha rilevato che essa è suscettibile di un duplice significato: può indicare un'«equivalenza giuridica», nel senso che il legislatore ritiene equivalenti la forma scritta e la forma telegrafica o telescritta, ovvero può indicare una mera «esplicazione interpretativa». In ogni caso, da una lettura estensiva l'Arbitro bancario e finanziario ha dedotto che rispetta il requisito di forma di cui all'art.807 c.p.c. anche l'accordo arbitrale concluso attraverso l'invio a mezzo di mail non certificata di una copia sottoscritta del testo dell'accordo, così Coll. Arb. Roma, 10 maggio 2012, in *Riv. arb.*, 2014, p. 601 con nota di F. RAVIDA, *Sull'efficacia della pronuncia del giudice che declina la propria competenza in favore dell'arbitro e sulla forma dell'accordo dell'arbitrato*.

<sup>515</sup> Cfr. A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, in AA. VV., *Tratt. dei contratti*, cit., p. 39 ss.

<sup>516</sup> Ciò in quanto la clausola compromissoria costituisce un documento autonomo rispetto il contratto cui accede; in questo senso, Cass., 30 settembre 2010, n. 20504, in *Riv. arb.*, 2011, p. 69, con nota di F. UNGARETTI DELL'IMMAGINE, *Brevi note sulla forma della convenzione arbitrale*.

<sup>517</sup> L'opinione è condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la forma scritta *ad substantiam* non postula necessariamente che le dichiarazioni di volontà dei contraenti risultino da un

Sarà anche possibile che la clausola o l'atto separato non contengano l'intera disciplina, ma rinviino a un altro atto, anche non contestuale. Nello specifico, si ritiene ammissibile che la clausola compromissoria abbia un contenuto minimo e che vi sia un diverso atto ad essa collegato in cui si precisino tutti gli elementi dell'arbitrato. Un'ipotesi potrebbe essere quella in cui nel contratto di *outsourcing* ci si limiti a derogare alla giustizia ordinaria e con un altro atto si precisa il numero degli arbitri, a chi spetti la nomina i criteri per la nomina, ecc.<sup>518</sup>. È questa una ipotesi di *relatio*.

Anche nel caso in esame, infatti, si ritiene sicuramente utilizzabile il contratto *per relationem*, in virtù del quale le parti non esprimono una volontà autosufficiente, ma, per la determinazione del contenuto di un determinato contratto, rinviiano a una fonte estranea<sup>519</sup>. Nella fattispecie al vaglio, naturalmente, siamo di fronte a una forma di *relatio perfecta* e formale: *perfecta*, in quanto il rinvio avviene ad opera di entrambi i contraenti<sup>520</sup>; formale, in quanto la disciplina della clausola compromissoria non è rimessa a una volontà esterna, ma a un atto conosciuto e voluto dalle parti medesime. Non viene meno la volontà dei contraenti, ma tale volontà di rimettere eventuali controversie ad arbitri, benché già formata, è espressa in via mediata e indiretta attraverso il rinvio a un atto diverso dal contratto di *outsourcing*<sup>521</sup>.

---

unico documento, contestualmente sottoscritto, ma può realizzarsi anche con uno scambio di missive, contenenti proposta e accettazione, così Cass., 11 luglio 2014, n. 15993, in *Mass. Foro it.*, 2014, c. 552.

<sup>518</sup> È proprio nella possibilità che la disciplina dell'arbitrato sia contenuta in un atto separato che parte della dottrina ha ravvisato la distinzione fra compromesso e clausola compromissoria, ritenendo che il primo debba necessariamente essere completo nel suo contenuto, così M. CONFORTINI, *o.c.*, p. 707.

<sup>519</sup> Cfr. M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 355.

<sup>520</sup> Benché generalmente si ritiene ammissibile la c.d. *relatio imperfecta*, nel caso di specie, stante la portata derogatoria della clausola compromissoria, non sarebbe ammissibile una clausola il cui contenuto sia predeterminato da uno soltanto dei contraenti, ad esempio tramite il ricorso al meccanismo di cui all'art. 1341 c.c.

<sup>521</sup> In generale sulla *relatio* v. E. GABRIELLI, *Contratto e contratti: scritti*, Torino, 2011, p. 135, il quale chiarisce che la *relatio* rappresenta una procedura attraverso la quale la regola privata viene completata da elementi estranei al negozio al quale appartiene. Dal confronto di questi elementi contenuti nel negozio principale e quello al quale si rinvia la regola medesima deve risultare completa. Sull'ammissibilità della sola *relatio formale* e non anche di quella sostanziale v. P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, p. 806, il quale in merito alla differenza fra *relatio formale* e *relatio sostanziale* ricorda che soltanto la prima è ammissibile, poiché nella seconda si assiste ad un rinvio a un qualcosa di estraneo e sconosciuto alle parti medesime, tanto da parlare di incompletezza della volontà delle parti.

Inoltre, in vista della funzione derogatoria della clausola *de qua*, il rinvio deve essere specifico. La deroga alla giustizia ordinaria deve risultare in maniera espressa, pertanto, un generico rinvio ad un atto contenente la clausola compromissoria non è sufficiente per garantire la validità della clausola compromissoria<sup>522</sup>. La genericità del rinvio determina, dunque, la nullità della clausola, privandola, conseguentemente, di tutti gli effetti per violazione degli artt. 1325, comma 1, n. 3 e 1346 c.c. Non soltanto le parti devono aver cura di esprimere in maniera chiara la volontà di compromettere ad arbitri eventuali controversie, ma altresì le controversie per le quali è prevista la deroga alla giurisdizione ordinaria. In altri termini, l'ambito oggettivo della clausola deve essere sufficientemente determinato al fine di non correre il rischio di ricadere nel c.d. patto compromissorio *omnibus*. Con tale locuzione, s'intende la clausola compromissoria (o il compromesso) con cui si rimette ad arbitri ogni possibile controversia che possa sorgere fra le parti. L'inammissibilità di un accordo avente tale tenore è pressoché pacifica, poiché determina una rinuncia preventiva e generalizzata alla giurisdizione ordinaria<sup>523</sup>. Al fine di evitare di ricadere nella nullità del patto

---

<sup>522</sup> Così Cass., Sez. un., 19 maggio 2009, n. 11529, in *Contratti*, 2009, p. 885, con nota di G. CARADONNA, *Clausola compromissoria: poteri del rappresentante e validità del rinvio per relationem*, la quale espressamente prevede che «soltanto il richiamo espresso assicura la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione». Il principio espresso dalla Suprema Corte è condiviso non soltanto dalla giurisprudenza (cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 22 aprile 1976, n. 1439, in *Foro It.*, 1976, c. 1495; Cass., 2 marzo 1996, n. 1649, in *Riv. arb.*, 1996, p.797, con nota di A. MONDINI, *Validità della clausola arbitrale per relationem ai sensi dell'art. 2 della Convenzione di New York del 1958*; Cass., 4 maggio 2000, n. 5578, in *Riv. arb.*, 2000, p. 455, con nota di A. BRIGUGLIO, *Specifiche approvazione scritta della clausola arbitrale per relationem; manifestazione della volontà compromissoria; verifica della «internazionalità» dell'arbitrato in cassazione* Cass., 11 dicembre 2002, n. 17646, in *Mass. Giur. It.*, 2002) ma anche dalla dottrina (v. *inter alios* E. MIRABELLI, *Clausole compromissorie «per relationem» e arbitrato commerciale internazionale*, in *Rass. arb.*, 1977, p. 57 ss; SCHIZZEROTTO, *L'arbitrato*, Milano, 1982, p. 180 ss.). *Contra* FESTI, *o.c.*, p. 225 ss., il quale ritiene sufficiente anche una clausola generica di rinvio, sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme codicistiche, le quali ammettono che la conclusione del contratto possa avvenire sulla base di separate dichiarazioni. Del resto, l'A. osserva che pretendere dalle parti un riferimento scritto alla clausola compromissoria, contenuta nel contratto cui si rinvia, significherebbe imporre un requisito formale simile a quello previsto dall'art. 1341, comma 2, c.c., benché nella *relatio* non ricorra la medesima *ratio* dell'art. 1341 c.c.

<sup>523</sup> Sulla nullità del patto compromissorio *omnibus* v. F. FESTI, *o.c.*, p. 201 ss., il quale, tuttavia, non fa discendere tale nullità dall'indeterminabilità dell'oggetto, quanto piuttosto dal generico sfavore verso deroghe alla giurisdizione ordinaria eccessivamente ampie; A. MOTTO, *Contenuto, forma e stipula per relationem della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 954, il quale precisa che non ricade nel divieto in esame una clausola compromissoria, la quale si limiti a prevedere che saranno gli arbitri a dirimere eventuali future controversie, ove sia inserita in un più ampio contratto. In questa ipotesi, infatti, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, ben si può ritenere che le controversie da deferire in arbitri debbano essere limitate a quelle aventi fonte contrattuale. Meno decisa è la posizione di M. RUBINO SAMMARTANO, *o.m.c.*, p. 455, per il quale, benché per un verso

compromissorio *omnibus*, sarà, dunque, necessario delimitare la sfera di applicazione dell'arbitrato, e a tal fine sarà sufficiente che la clausola sia 'ancorata' al contratto cui accede.

Orbene, inserita una clausola compromissoria nel contratto di *outsourcing*, un tenore letterale alquanto generico, che ad esempio preveda il deferimento ad arbitri di tutte le controversie derivanti dal contratto di esternalizzazione, occorre indagare sulla sua esatta portata applicativa. Le pretese, la cui *causa petendi* risiede nel contratto di *outsourcing* possono essere sia di natura contrattuale sia extracontrattuale. Si pensi alla responsabilità derivante dal cattivo trattamento dei dati personali. Come si è avuto modo di osservare in precedenza in un contratto di *outsourcing* di sistema informativo è inevitabile che l'*outsourcee* si trovi a gestire i dati personali raccolti dall'impresa servita<sup>524</sup>. In merito, l'art. 15 d.lg. 196 del 2003, c.d. Codice della *privacy*, sancisce la responsabilità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2050 c.c., di chiunque cagioni un danno ad altri nell'esercizio di un'attività pericolosa<sup>525</sup>. Il fornitore del servizio informatico è identificato proprio come il responsabile del trattamento dei dati personali, che l'*outsourcee* gli affida in gestione. Pertanto, ove non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, sarà tenuto al risarcimento del danno<sup>526</sup>. Ma per ottenere tale risarcimento, bisognerà rivolgersi al giudice ordinario o all'arbitro? La questione è estremamente controversa. Vi sono state delle decisioni in cui si è stabilito il principio per il quale la clausola compromissoria, facente generico riferimento alle controversie che trovino nel contratto la propria *causa petendi*, non

---

escludere che la previsione *ex abrupto* che qualsiasi controversia sia risolta da arbitri si ponga in contrasto con l'autonomia contrattuale, per l'atro «è d'obbligo la cautela».

<sup>524</sup> Cfr. E. TOSI, *Il contratto di outsourcing*, cit., p. 140.

<sup>525</sup> È discusso il trattamento dei dati personali possa qualificarsi come attività pericolosa in senso stretto. Aderiscono a tale posizione G.P. CIRILLO, *Trattamento pubblico dei dati personali e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 851, secondo il quale deve parlarsi di attività pericolosa in quanto in quanto il responsabile del trattamento è «naturalmente» predisposto a ledere i diritti fondamentali della persona; G. DE NOVA, *Trattamento dei dati personali: responsabilità degli intermediari bancari e finanziari*, in *Danno resp.*, 1997, p. 401; V. ROPPO, *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, *ivi*, 1997, p. 660; G.M. RICCIO, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in AA. VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, G. Resta e V. Zeno-Zencovich (a cura di), Roma, 2015, p. 217. *Contra* S. SICA, *o.l.u.c.*, secondo il quale il riferimento alle attività pericolose vale a enunciare una presunzione di colpa, piuttosto che la qualificazione in termini di «responsabilità semioggettiva»; A. FINESSI, *Il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in AA. VV., *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, S. Delle Monache (a cura di), Torino, 2010, p. 491 s.

<sup>526</sup> Tale tipo di danno è definito «danno evitabile», non è utilizzata la normale diligenza per ridurre o eliminare il danno, così G. DE NOVA, *o.l.u.c.*

estenda il proprio ambito di applicazione a controversie in materia di responsabilità da fatto illecito, benché siano connesse al contratto<sup>527</sup>; altre di segno diametralmente opposto<sup>528</sup>. In questo contesto, sembra forse preferibile una posizione intermedia, la quale, estenda la competenza arbitrale anche al risarcimento dei danni derivanti da un illecito aquiliano, ove tale lesione sia ricollegata all'inadempimento contrattuale<sup>529</sup>. La questione sembra, infatti, rientrare nella problematica del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale.

Tradizionalmente si escludeva che i danni non patrimoniali potessero trovare ristoro se derivanti da inadempimento contrattuale. L'art. 1321 c.c., nel definire la nozione di contratto, mette in evidenza l'aspetto patrimoniale del rapporto giuridico, portando così a ritenere che tutto quanto non avesse natura patrimoniale non possa essere preso in considerazione dal punto di vista contrattuale. I danni non patrimoniali, pertanto, dovrebbero essere risarciti esclusivamente nei limiti dell'art. 2059 c.c.<sup>530</sup>.

Più recentemente, però, è stata avanzata una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 2059 c.c., che ammette il risarcimento del danno non patrimoniale anche nelle responsabilità contrattuali.<sup>531</sup> Quando l'inadempimento contrattuale comporta lesioni alla sfera giuridica del creditore deve

---

<sup>527</sup> Così Cass., 03 febbraio 2012, n. 1674, in *Riv. arb.*, 2014, p. 589, con nota di P. CASCELLI, *Clausola compromissoria e liti extracontrattuali: questioni interpretative*; Arb. Milano, 09 gennaio 2012, in *Riv. arb.*, 2013, p. 187, con nota di R. CARLEO, *Ancora su arbitrato e dolo incidentale*; Arb. Roma, 12 febbraio 2009, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2009, p. 806; Trib. Milano, 02 maggio 1996, in *Resp. civ.*, 1997, p. 1235, con nota di F. ANNUNZIATA, *La responsabilità della Sim per i danni cagionati alla propria clientela dal promotore finanziario*; Trib. Genova, 23 ottobre 1987, in *Rass. arb.*, 1989, p. 77.

<sup>528</sup> Cfr. Arb. Roma, 27 giugno 2011, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2011, p. 1075.

<sup>529</sup> Questa posizione è stata condivisa anche dalla Cass., 18 ottobre 2013, n. 2367, in *Mass. Foro it.*, 2013 c. 808, la quale fa rientrare nell'ambito di applicazione della clausola compromissoria il risarcimento del danno derivante lesione del diritto all'immagine, ove però il pregiudizio sia ricollegabile all'inadempimento contrattuale, piuttosto che alla violazione dei doveri di cui all'art. 2043 c.c.

<sup>530</sup> Negano che il danno non patrimoniale possa essere risarcito se derivante da inadempimento contrattuale, *ex multis* Cass., 28 gennaio 1985, n. 472, in *Mass. Foro it.*, 1985; App. Perugia, 8 giugno 1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, p. 2, con nota di M.A. NASO, *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno morale*; Cass., sez. lav., 26 gennaio 1989, n. 473, in *Mass. Giur. lav.*, 1989, p. 210.

<sup>531</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Danno resp.*, 2009, con nota di M. GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS. UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*; Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *ivi.*, 2006, p. 678; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, *ivi.*, 2005, p. 379, con nota di M. FEOLA, *Essere o non essere: la corte di cassazione e il danno prenatale*; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; Cass., 12 maggio 2003, n. 7283, in *Foro it.*, 2003, c. 2272, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

ritenersi ammissibile il ristoro del danno, in quanto interessi di carattere non patrimoniale penetrano nella causa contrattuale. Dette affermazioni sono state condivise, altresì dalla Consulta, la quale ha avvertito l'esigenza di garantire «l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito, non solo nel patrimonio inteso in senso strettamente economico, ma anche nei valori propri della persona (art. 2 Cost.)»<sup>532</sup>. Si assiste, dunque, ad un più stretto coordinamento fra l'art. 2059 c.c. e l'art. 2 cost., in grado di assicurare una maggiore tutela risarcitoria, che non si limiti ai danni patrimoniali ma a tutti i diritti fondamentali della persona<sup>533</sup>. Una lettura dell'art. 2059 c.c. orientata ai principi costituzionali consente, pertanto, di affermare che la clausola compromissoria, avente ad oggetto tutte le controversie derivanti dal contratto cui accede, sia in grado di compromettere ad arbitri anche le liti inerenti danni di natura non patrimoniali, purché siano direttamente collegati all'inadempimento contrattuale.

### **3.7. *Segue. Arbitrato ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre.***

Per poter affermare appieno l'opportunità di inserimento di clausole compromissorie nei contratti di esternalizzazione di servizi informatici e di *outsourcing*, non si può non considerare un'ulteriore problematica: il rapporto fra la clausola compromissoria e la tutela di cui all'art. 2932 c.c.

Anche nei contratti di *outsourcing*, infatti, è ben possibile che uno dei contraenti possa domandare l'esecuzione in forma specifica di un determinato obbligo. In precedenza, si è avuto modo di soffermarsi sul rimedio di cui all'art. 2932 c.c. a séguito dell'inadempimento di un obbligo convenzionale di rinegoziare, giungendo ad ammetterne l'ammissibilità. Orbene, a questo punto occorre coordinare i risultati raggiunti, con l'inserimento di una clausola compromissoria e valutare, nello specifico

---

<sup>532</sup> Così Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1028, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*.

<sup>533</sup> In questo senso, E. NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 7, la quale propone una lettura estensiva della norma codicistica sul danno non patrimoniale, non significa costituzionalizzare i pregiudizi in esame, ma assicurare una tutela a tutti i diritti della personalità.

se l'arbitro cui viene deferita la controversia possa emettere un lodo che abbia i medesimi effetti del contratto non concluso<sup>534</sup>.

Molteplici sono i dubbi sulla possibilità che alla cognizione degli arbitri venga demandata l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre<sup>535</sup>.

In primo luogo, sembrerebbe propendere verso la tesi negativa il dato testuale dell'art. 2932 c.c., il quale utilizza il termine «sentenza». Orbene, l'utilizzo di detto termine, sembra escludere detta possibilità, soprattutto con riguardo all'arbitrato irrituale. Infatti, mentre il lodo rituale è possibile è equiparato alla sentenza giurisdizionale, il lodo irrituale riveste natura contrattuale<sup>536</sup>.

Invero, l'obiezione che fa leva sul tenore letterale della norma non convince.

L'interpretazione letterale da sola non basta a chiarire il significato di una norma. È necessario che tutte le regole giuridiche siano interpretate in maniera sistematica tra loro e nel rispetto dei principi derivanti dalla pluralità delle fonti. Una mera interpretazione letterale non consente di cogliere appieno la portata applicativa della norma. Ritenere che l'intervento costitutivo del giudice sia escluso sulla base del solo riferimento testuale appare un ragionamento che pecca di eccessivo

---

<sup>534</sup> Sul rapporto fra clausola compromissoria e art. 2932 c.c. v. D. COLANGELO, *o.c.*, p. 170 ss.

<sup>535</sup> Le obiezioni all'ammissibilità del lodo arbitrale costitutivo *ex* art. 2932 c.c., sono oggetto di disamina da parte di A. PONTECORVINO, *Clausola compromissoria ed esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 537 ss.

<sup>536</sup> L'equiparazione tra lodo, emesso in sede di arbitrato rituale, e sentenza, è riconosciuta dal legislatore all'art. 824 *bis* c.c., il quale stabilisce che il lodo, a far data dalla sua sottoscrizione, spiega gli effetti di sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, salvo il disposto dell'art. 825. Invero, la natura giuridica del lodo ha creato maggiori discussioni, con riguardo all'arbitrato irrituale, discussioni poi risolte con la riforma del 2006. L'opinione prevalente riteneva che il silenzio normativo valesse a qualificarlo in termini di atto negoziale, in virtù del mandato a transigere che le parti conferiscono agli arbitri (cfr. Cass., 25 gennaio 1995, n. 874, in *Mass. Foro it.*, 1995; Coll. arb., 11 luglio 1991., in *Arch. giur. oo. pp.*, 1992, p. 1059; Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, in *Riv. arb.*, 1991, p. 535 con nota di G. RUFFINI, *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*; Cass., 12 ottobre 1983, n. 5922, in *Giur. it.*, 1984, I, p. 658; Cass., 22 giugno 1981, n. 4069, in *Mass. Foro it.*, 1981. Una puntuale disamina degli orientamenti giurisprudenziali cfr. F. GALGANO, *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 855 ss.), benché non mancassero decisioni nella quali si attribuiva al lodo natura giudiziale (così Cass., 12 settembre 1984, n. 4794, in *Mass. Foro it.*, 1984, ove è stato affermato che con l'arbitrato irrituale si ha il «conferimento agli arbitri del potere di definire le controversie stesse con il pieno riconoscimento del fondamento delle pretese dell'una o dell'altra parte, mediante l'applicazione di norme, principi equitativi od altri criteri») Con il d. lg. 2 febbraio 2006, n. 40, è stato modificato l'art. 808 *ter* c.p.c., il quale ora prevede per l'arbitrato irrituale la definizione della controversia «mediante determinazione contrattuale». È stato così chiarito che attraverso l'arbitrato irrituale le parti «intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie soltanto attraverso lo strumento negoziale mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà», così Cass., 2 dicembre 2015, n. 24558. in *Mass. Foro it.*, 2015, c. 814.

formalismo, in quanto se è vero che il lodo irrituale ha natura negoziale, non si vede perché questo negozio non possa assumere la veste del contratto definitivo, concluso dagli arbitri in virtù del mandato loro conferito. Innegabile, infatti, è il potere degli arbitri di pronunciare decisioni con effetti costitutivi, ai sensi dell'art. 2908 c.c.<sup>537</sup>.

Ancóra, si potrebbe obiettare che la decisione emanata sulla base dell'art. 2032 c.c. ha funzione meramente esecutiva, che in quanto tale contrasterebbe la mancanza di potere coercitivo degli arbitri. Ma anche questa osservazione non ci esime da rilievi critici. La collazione dell'art. 2932 c.c., in questo senso può trarre in inganno. La norma, infatti, è inserita nella sezione dedicata all'esecuzione forzata in forma specifica, ma essa ha natura di cognizione e non di esecuzione forzata<sup>538</sup>. Del resto, l'effetto costitutivo della pronuncia si verifica già dall'emissione della pronuncia e non richiede una successiva fase esecutiva<sup>539</sup>. All'organo giudicante, infatti, è rimesso il compito di indagare la volontà dei contraenti, producendo così i medesimi effetti che avrebbero prodotto le parti se avessero adempiuto all'obbligo di contrarre.

Neanche la non trascrivibilità del lodo depone in senso contrario, in quanto la trascrivibilità non incide sulla validità dell'atto, ma sulla sua opponibilità. Senza contare, che il problema può essere facilmente superabile redigendo il lodo con la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico<sup>540</sup>.

---

<sup>537</sup> Così A. PONTECORVINO, *o.c.*, p. 539, il quale osserva che il lodo arbitrale non andrebbe a creare *contra legem* un atto equipollente alla sentenza, posto che le parti medesime nel conferire l'incarico hanno disposto che la decisione arbitrale sia atto equipollente al contratto. Negli stessi termini si esprime Trib. Trieste, 13 giugno 1992, in *Riv. arb.*, 1993, p. 227, con nota di F. TOMMASEO, *Patto commissorio ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*.

<sup>538</sup> Che la sentenza *ex art.* 2932 c.c. abbia natura di provvedimento cognitivo, è assunto pacifico, si veda *ex multis* S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt.i dir. priv.*, P. Rescigno (diretto da), Torino, 1985, p. 318; F. GALGANO, *Trattato diritto civile*, I, 2ª ed., Padova, 2010, p. 849, il quale chiarisce che benché il rimedio in oggetto abbia funzione esecutiva, resta sempre un provvedimento di cognizione, con il quale si risolve una controversia, ed è proprio in virtù di tale natura che si ritiene ammissibile agire anche in sede di arbitrato per l'esecuzione in forma specifica.

<sup>539</sup> Cfr. A. CAPUTO e R. SCOTTI, *I contratti preparatori: il contratto preliminare*, in AA. VV., *Il contratto*, P. Fava (a cura di), Milano, 2012, p. 1380, il quale critica la collocazione sistematica della norma in quanto realizza coattivamente le obbligazioni precedentemente assunte dalle parti, mediante mezzi diversi da quelli propri dell'esecuzione forzata.

<sup>540</sup> Sul punto cfr. C. CORRADO, *I poteri costitutivi degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 559 s. (Nota a Arb. Roma, 23 ottobre 2003), il quale s'interroga sull'atto da trascrivere, se il lodo ovvero il patto compromissorio unitamente all'atto di nomina e al lodo, ritenendo che la soluzione presuppone risolta la controversia sulla natura giuridica del lodo medesimo: se gli si attribuisce natura negoziale, allora si perverrà alla prima soluzione; diversamente, aderendo alla tesi che ricostruisce il lodo come negozio *per relationem* si giungerà alla seconda soluzione.

Ma la necessità di utilizzare una delle forme appena citata non è necessario con riguardo al caso di specie, in quanto il lodo avrà ad oggetto la modifica dei livelli di servizio o del prezzo, mai il trasferimento di un diritto reale.

Non sembrano, dunque, residuare dubbi sulla possibilità di ottenere un lodo analogo alla sentenza di cui all'art. 2932 c.c., nel caso in cui si sia inserita nel contratto una clausola compromissoria. Gli arbitri sono legittimati a emettere sentenze con natura costitutiva, in grado quindi di modificare la situazione giuridica preesistente; di tal ché non residuerebbero ragioni per negare l'emissione di una decisione che abbia i medesimi effetti dell'accordo non raggiunto fra *outsourcer* e *outsourcee* circa la revisione della *lex contractus*<sup>541</sup>.

Diverso, invece, il caso in cui l'inadempimento sia rappresentato dal mancato deferimento, da parte di uno dei contraenti, della controversia all'arbitro; in questa ipotesi, infatti, l'inadempimento sarà relativo anche alla clausola compromissoria. Si ritiene, in proposito, che l'apposizione di siffatta clausola comporti una rinuncia ad avvalersi della giurisdizione ordinaria, pertanto, l'eventuale autorità giudiziaria adita non sarà competente a conoscere la controversia<sup>542</sup>. Al fine di evitare tali difficoltà sarà opportuno costruire in maniera adeguata la clausola compromissoria,

---

<sup>541</sup> In senso positivo si è espressa anche la giurisprudenza, secondo la quale «nell'arbitrato rituale, gli arbitri - in analogia a quanto disposto dall'art. 2908 c.c. per l'autorità giudiziaria - hanno il potere di pronunciare decisioni intese a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici tra le parti e, quindi, di rendere sentenze costitutive, con la conseguenza che rientra nei loro poteri anche la pronuncia di una decisione volta a dare esecuzione, in forma specifica e ai sensi dell'art. 2932 c.c., all'obbligo di contrarre assunto con un contratto preliminare, ovvero di trasferire un determinato diritto, in adempimento di un'obbligazione precedentemente contratta», così Cass., 8 agosto 2001, n. 10932, in *Contratti*, 2002, p. 133, con nota di F. BRAVO, *Arbitrato rituale e pronunce costitutive ex art. 2932 c.c. rese nei confronti della pubblica amministrazione*; nello stesso senso Cass., 15 marzo 1995, n. 3045, *ivi*, 1995, p. 583, con nota di R.C. DELCONTE, *Arbitrato e pronuncia (ex art. 2932 c.c.)*. La medesima conclusione è stata raggiunta anche per l'ipotesi di arbitrato libero, ove la giurisprudenza ha affermato che in caso di ricorso all'arbitrato irrituale, si può ottenere attraverso il lodo un risultato analogo a quello della sentenza di cui all'art. 2932 c.c., poiché l'arbitro, in qualità di mandatario delle parti può trasfondere, in un atto negoziale aderente alle volontà delle parti, il contenuto e gli effetti prodotti dalla sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., così Cass., 30 ottobre 1991, n. 11650, in *Foro it.*, 1992, c. 1465; nonché Arb. Roma 31 ottobre 2003, cit.

<sup>542</sup> Che la pattuizione di una clausola compromissoria implichi una rinuncia ad avvalersi dell'azione giudiziale ordinaria è assunto ormai condiviso dalla giurisprudenza, v. *ex multis* Cass., 08 ottobre 2014, n. 21213, in *Mass. Foro it.*, 2014, c. 740; Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22236, in *Riv. arb.*, 2009, p. 709, con nota di A. CARLEVARIS, *Istruzione preventiva e rinuncia all'accordo compromissorio*; Cass., Sez. un., 5 gennaio 2007, n. 35, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1293, con nota di E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla «natura» della convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*.

prevedendo che ove le parti non si accordino per la nomina degli arbitri, questa sarà rimessa a un soggetto terzo.

Le considerazioni fin qui svolte sulla clausola arbitrale lasciano trasparire il *favor* verso questa modalità di risoluzione delle controversie che possono scaturire da un contratto di *outsourcing*. Ma le clausole compromissorie manterranno questa nota positiva soltanto se riusciranno a non divenire oggetto di abusi da parte delle imprese che si trovano in una posizione dominate. Il rischio, infatti, è che gli arbitri, di fronte a una serie omogenea di inadempimenti adottino soluzioni standardizzate, che consentano all'impresa che si trova in una posizione dominante di mettere in conto, già al momento della conclusione del contratto, gli eventuali risarcimenti ai quali sarà condannata, se non adempia esattamente alle obbligazioni assunte. In questo modo, di fatto l'eventuale inadempimento viene posto a carico proprio dell'impresa che subisce l'inadempimento stesso e il rischio di una condanna al risarcimento del danno non sarà di certo deterrente verso l'esecuzione di prestazioni non conformi ai livelli stabiliti.

Per evitare il sorgere di tali abusi, allora è necessario che gli arbitri valutino le controversie nel caso concreto, decidendo dell'eventuale risarcimento tenendo conto di volta in volta del danno realmente sofferto. In questo modo, l'impresa che si trovi in posizione dominante non potrà quantificare *a priori* le conseguenze del proprio inadempimento e aumentare il corrispettivo per una cifra corrispondente, fermo restando, che in ogni caso, dalla fase delle trattative fino al termine del rapporto contrattuale, le parti dovranno reciprocamente comportarsi con correttezza e buona fede.

### **3.8. Sistemi Odr e loro applicabilità ai contratti di *outsourcing*.**

Il *favor* per l'inserimento di clausole compromissorie non ci esime dall'indagine di ulteriori strumenti di risoluzione delle controversie, che possano risultare efficaci

nell'ambito di un contratto di *outsourcing* di servizi IT, nel rigoroso rispetto dei principi costituzionali e comunitari che garantiscano un giusto processo<sup>543</sup>.

Nelle pagine che precedono sono state brevemente analizzate le principali ADR applicabili alla fattispecie negoziale in esame. Residua, però, un ulteriore strumento: le *online dispute resolution* (Odr)<sup>544</sup>, le quali hanno trovato origine e diffusione nell'ambito del commercio elettronico, in un'ottica di tutela del consumatore, ma che – ed è questa la conclusione cui s'intende giungere – potrebbero veder esteso il loro campo di applicazione anche ai contratti fra imprese. Si tratta di una modalità di risoluzione delle controversie, alternativa alla giurisdizione ordinaria, frutto dell'incontro delle ADR con la rete telematica<sup>545</sup>.

I sistemi Odr sono sorti per tutelare il consumatore che acquisti *on line*<sup>546</sup>. Come evidenziato, la composizione delle controversie in forma telematica costituisce una

---

<sup>543</sup> Come limpidamente osserva P. PERLINGIERI, *Sulle cause di scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giust. proc. civ.*, 2014, p. 654 «[g]iusto, nell'attuale momento storico, è il processo che, fuori dall'ordinamento giudiziario statale, può avere anche una parziale, diversa regolamentazione delle sue fasi decisionali, sempre che sia rispettosa dei principi costituzionali (contraddittorio, difesa, motivazione) e di principi sostanziali di natura inderogabile che caratterizzano l'ordinamento»; nonché ID., *Conclusioni*, in *Le Corti Salernitane* 2015, p. 192, «Il “giusto processo” non è suscettibile di attuazione soltanto per il tramite della giurisdizione statale. Viceversa, è “giurisdizione” ogni procedimento di assunzione di decisioni che sia articolato sulla base di quei principi fondamentali».

<sup>544</sup> L'acronimo Odr è sicuramente il più diffuso per riferirsi alle procedure stragiudiziali telematiche, ma non è di certo l'unico. Come precisa A. MASCIA, *La composizione stragiudiziale delle dispute e l'utilizzo della tecnologia*, in *Vita not.*, 2009, p. 489 ss., spesso utilizzano anche gli acronimi iDR (*Internet Dispute Resolution*); eDR (*Electronic Dispute Resolution*); eADR (*electronic ADR*); oADR (*on-line ADR*). In generale, sui sistemi Odr, cfr. E. MINERVINI, *I sistemi Odr*, in AA. VV., *Le Online Dispute Resolution (ODR)*, E. Minervini (a cura di) Napoli, 2016, p. 7 ss.

<sup>545</sup> Cfr. V. RENNA, *Clausole di ADR e ODR – Arbitrato telematico*, in AA. VV., *I contratti di internet*, A. Lisi (a cura di), Torino, 2006, p. 164, la quale sostiene che si possa parlare di Odr, nell'ipotesi in cui le ADR si svolgano per mezzo di comunicazioni mediate dal computer. In argomento anche G. GORGA e D. MULA, *Alternative dispute resolution e Online dispute resolution nell'ordinamento italiano*, in *Dir. ed economia mezzi di comunicazione*, 2010, f. 3, p. 65 ss., secondo i quali le Odr inizialmente costituivano «l'aspetto telematico» delle procedure ADR, ma oggi rappresentano una categoria a sé stante; E. MINERVINI, *I sistemi O.D.R.*, in AA. VV., *Internet e diritto civile*, C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), Napoli, 2015, p. 377, il quale considera le Odr una «implicazione necessaria ed inevitabile del commercio elettronico».

<sup>546</sup> In ciò si coglie un'importante differenza rispetto ai sistemi ADR, che come precedentemente evidenziato rappresentano principalmente una reazione alle lungaggini processuali. Anche in quest'ambito, si può osservare che le prime esperienze Odr trovano origine negli Stati Uniti. Una delle prime iniziative ad avere successo fu l'*Online Ombuds Office*, il quale nel 1999 venne acquistato da *Ebay* al fine di garantire una piattaforma attraverso la quale risolvere le controversie relative alle aste *on line*. Negli stessi anni gli Stati Uniti vedevano nascere anche il c.d. *V-MAG (The Visual Magistrate)*, il quale rappresentava una sorta di camera arbitrale virtuale: le parti tramite posta elettronica spedivano le proprie memorie all'arbitro e questi, entro 72 ore provvedeva ad emettere il lodo.

soluzione naturale nell'ambito del commercio elettronico<sup>547</sup>. Le nuove tecnologie da un lato agevolano i traffici commerciali, accorciando le distanze fra gli individui, ma dall'altro moltiplicano i contrasti, i quali se non vengono risolti in maniera efficiente rischiano di frenare la crescita degli scambi commerciali<sup>548</sup>. Le difficoltà che il consumatore, acquirente per via telematica di un bene o un servizio, incontra riguardano la tutela dei propri diritti, soprattutto se il negozio si è perfezionato oltre i confini nazionali. Dunque, se la Rete *internet* costituisce al tempo stesso l'origine di traffici commerciali e dei relativi contrasti, è ben immaginabile che assuma anche un ruolo nella composizione di detti contrasti. Le Odr nascono proprio con il fine di consentire alla rete *internet* di risolvere i conflitti da esso stesso generati; in questo senso, «*Internet* parteciperebbe così di questa doppia natura, essendo contemporaneamente la fonte del problema e la soluzione del medesimo»<sup>549</sup>. La tecnologia informatica diviene così un razionale strumento teso alla risoluzione delle controversie.

La tutela del consumatore nel commercio elettronico, attraverso il ricorso a piattaforme *on line*, è un tema particolarmente sentito dal legislatore europeo, il quale già agli inizi degli anni 2000, ha inserito all'interno della Direttiva 2000/31/CE, sul commercio elettronico, recepita in Italia con il d.lg. 9 aprile 2003 n. 70, l'art. 17 rubricato «Composizione extragiudiziale delle controversie». La norma invita gli Stati membri a garantire ai «prestatori e destinatari del servizio della società dell'informazione» il ricorso a strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie «anche per vie elettroniche adeguate». A questa iniziativa, ne fecero seguito altre, tutte nel campo del commercio elettronico. Tra le principali va segnalata la creazione, in virtù della Risoluzione del Consiglio del 25 maggio 2000, della c.d.

---

<sup>547</sup> Così M. PIERANI, On line dispute resolution, in AA. VV., *Diritto dell'internet e nuove tecnologie telematiche*, G. Cassano e I.P. Cimino, Padova, 2008, p. 438, il quale sostiene che «la Rete è un *medium* che, proprio in virtù della sua caratteristica di interattività, potrebbe assurgere a spazio giuridico autonomo e terzo rispetto agli ordinamenti degli Stati ai quali appartengono i soggetti che operano in essa».

<sup>548</sup> Sul rapporto fra società, conflitti e nuove tecnologie v. E. FORGILLO, *La giustizia telematica. Le Online Dispute resolution.*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 611 ss. Al riguardo v. altresì MONTESINOS GARCÍA A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, cit., p. 53, il quale ha evidenziato che allo sviluppo del commercio elettronico corrisponde un aumento di controversie di valore irrisorio che giustifica lo sviluppo di strumenti di composizione delle controversie *on line*, così da incrementare la fiducia dei consumatori nel commercio elettronico.

<sup>549</sup> In questo senso V. RENNA, *o.c.*, p. 165.

EEJ-NET (*European Extrajudicial Network*), una piattaforma comune, formata da centri di compensazione (*clearing house*), realizzati in ciascun Stato membro, aventi il compito di fornire l'assistenza necessaria circa le controversie derivanti dal commercio elettronico<sup>550</sup>. La rete EEJ-NET, attiva fino al 2004, nel 2005 ha mutato la propria denominazione in ECC-NET (*European Consumer Center*), prevedendo altresì l'unificazione della rete Eurosportelli<sup>551</sup>. Più recentemente, l'Unione europea, attraverso il regolamento 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori, ha previsto l'istituzione di una piattaforma Odr, volta a fornire ai consumatori e ai professionisti un unico punto di accesso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie *online*<sup>552</sup>.

Orbene, quel che preme qui indagare è la possibilità di estendere i risultati raggiunti nell'ambito del commercio elettronico, *i.e.* nei contratti B2c, anche ai contratti tra imprese.

Invero, un esame della disciplina *de qua* in chiave assiologica, potrebbe consentire il superamento della barriera creata tra consumatore e chi consumatore non è. Si propone, dunque, un'operazione ermeneutica che superi gli stretti limiti del dogmatismo – che qui imporrebbero di restringere l'ambito di applicazione delle Odr ai soli consumatori, in quanto categoria legislativa – per abbracciare

---

<sup>550</sup> Risoluzione 25 maggio 2000, recante Risoluzione del Consiglio relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 6 giugno 2000.

<sup>551</sup> Sugli sviluppi della piattaforma EEJ-NET v. C. VACCÀ, *Il punto su ODR Ondine dispute resolution*, in *Contratti*, 2009, p. 1072 ss., il quale non manca di rilevare le differenze fra la rete sopraccitata e la FIN.NET, il servizio teso a dirimere *on line* le controversie relative ai contratti di finanziamento.

<sup>552</sup> Interessanti le osservazioni di L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Ondine Dispute resolution) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1404, secondo il quale il legislatore europeo ha considerato il commercio elettronico una forma importante di occupazione per la Comunità, in grado di favorire la crescita della piccole e medie imprese e, pertanto, ha incentivato questa nuova forma di produzione, cercando di garantire la certezza del diritto e di ottenere la fiducia dei consumatori. Che l'accesso alla giustizia costituisca un aspetto fondamentale per garantire la tutela del cittadino, è assunto già fatto proprio dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la quale con la Risoluzione n. 39/248 del 1985 ha invitato tutti i governi a intervenire affinché i consumatori possano usufruire di procedure giurisdizionali ma anche amministrative, in grado di garantire la risoluzione delle liti relative al commercio elettronico in tempi rapidi e con bassi costi, attivando altresì un'ampia compagna d'informazione del cittadino, così E. FORGILLO, *o.c.*, p. 614.

un'interpretazione condotta in chiave solidaristica<sup>553</sup>. Al contraente va riconosciuta tutela in virtù della sua posizione di svantaggio e in un contratto come quello di *outsourcing* di sistemi informatici, come si è già avuto modo di evidenziare, il rapporto di debolezza emerge soprattutto a causa delle asimmetrie informative<sup>554</sup>.

Le fattispecie contrattuali oggetto della presente indagine, la fornitura dei servizi informatici alle imprese e l'*outsourcing*, forse rendono più agevole la divisata conclusione. Benché non possano qualificarsi come contratti informatici, quanto piuttosto contratti ad oggetto informatico<sup>555</sup>, la rilevanza dei sistemi IT è tale da lasciar presumere che per i contraenti sia opportuno ipotizzare una modalità di risoluzione delle controversie per via telematica.

Ad oggi le principali tipologie Odr sono essenzialmente rappresentate da: *blind negotiation*; *peer pressure*; mediazione *on line*; arbitrato virtuale.

Le prime due fattispecie rappresentano delle forme di risoluzione automatizzate. La *blind negotiation* o negoziazione automatica, in particolare, si caratterizza per la totale assenza di un soggetto terzo che assiste le parti nella composizione della controversia<sup>556</sup>. Vi è soltanto un *software*, che mette in comunicazione le parti. È una sorta di asta al ribasso, in quanto si assiste ad una serie di offerte o controfferte, le quali sono gestite dal *software*, con la conseguenza che i contraenti non conoscono l'importo dell'offerta della controparte fino al raggiungimento dell'accordo. In virtù di questo meccanismo, la negoziazione

---

<sup>553</sup> Sul superamento del dogmatismo si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* cit., p. 91 ss., spec. p. 97, il quale osserva che «[l]a civilistica, piuttosto che cedere alla suggestione del dogmatismo in tutte le sue manifestazioni, anche di natura sociologica, o ad eleganti polemiche sul metodo, dovrebbe percorrere la via della rilettura del codice civile e delle leggi speciali alla luce delle normative comunitarie e della Costituzione, suggerendo per la società, nuova negli ideali e nelle strutture, una normativa moderna e adeguata».

<sup>554</sup> Fra gli Autori che si sono occupati della possibile estensione dei meccanismi Odr anche ai soggetti non consumatori cfr. E.M. TRIPODI, *I sistemi di conciliazione on line: dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Dir. Internet*, 2005, p. 205 ss; F. LAZZARELLI, *ODR e rapporti asimmetrici tra non consumatori*, in *Le Corti Salernitane*, 2015, p. 241 ss., la quale sottolinea come l'Unione Europea con fermezza tenga distinte le tutele apprestate dal consumatore da quelle volte a tutelare soggetti non consumatori.

<sup>555</sup> Sulla distinzione fra contratti informatici e contratti ad oggetto informatico v. *retro* §1.1

<sup>556</sup> La negoziazione automatica è alquanto diffusa negli Stati Uniti, soprattutto relativamente a quelle controversie aventi ad oggetto la quantificazione di una somma di denaro, mentre in Europa sembra non avere molta diffusione. Per E. FORGILLO, *o.c.*, p. 632, i motivi della forte diffusione negli Stati Uniti, e della scarsa utilizzazione in Italia è dovuto alla circostanza che sono maggiormente compatibili con i sistemi di *common law* e fortemente adattabili alle esigenze di celerità del mondo virtuale che in quel contesto è particolarmente diffuso.

automatica è chiamata anche *blind offer*. Nello specifico, il programma funziona in questo modo: la parte interessata dà avvio alla procedura mediante la compilazione di un'apposita istanza *on line*. Il *software* invia automaticamente la domanda alla controparte, la quale potrà accettare o meno la negoziazione. Se viene accettata, inizia la fase delle offerte, il cui valore esatto non è conosciuto dalle parti. Queste, infatti, sono a conoscenza unicamente che la controfferta è migliorativa rispetto alla propria precedente di una percentuale inizialmente stabilita. Quando la differenza fra offerta e controfferta non è superiore a un determinato valore determinato in via preliminare dalle parti in lite, il *software* determina una soluzione, la quale ha il carattere della vincolatività. Qualora, invece, il valore predeterminato non venga raggiunto, la negoziazione si chiude con esito negativo, senza, tra l'altro, che le parti vengano a conoscenza dell'ammontare delle offerte<sup>557</sup>.

Orbene, questa modalità di risoluzione della controversia non è del tutto da escludersi nei contratti di *outsourcing* di sistemi informatici. Si è, infatti, accennato che detto strumento è utilizzato per quelle controversie ad oggetto pecuniario, in cui si dibatte non sull'*an*, ma sul *quantum* della somma da versare<sup>558</sup>. Nelle pagine che precedono si è avuto modo di esaminare come in alcuni casi l'utilizzo dei *logs* consenta di valutare agevolmente e con una buona dose di sicurezza se vi sia stato l'inadempimento o meno da parte dell'*outsourcer* e in alcuni casi da parte dell'*outsourcee*. In queste ipotesi, in cui appare evidente la sconvenienza nel ricorso alla tutela giurisdizionale ordinaria per ottenere il ristoro economico, potrebbe apparire proficuo utilizzare questo sistema di offerte cieche. La negoziazione automatica, infatti, da un lato consente di raggiungere un buon punto di equilibrio fra la pretesa della parte inadempiente a risarcire la somma minore possibile e la pretesa della parte lesa finalizzata al conseguimento di un giusto ristoro economico, ma dall'altro, proprio la mancata conoscenza del valore effettivo delle offerte, si pone a tutela del rapporto instaurato tra *outsourcer* e *outsourcee* che è un rapporto di fiducia.

---

<sup>557</sup> Limpidamente C. CAMARDI, *Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie nelle reti telematiche. Una riflessione su diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in AA. VV., *Metodi on line di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR*, C. Camardi (a cura di), Padova, 2006, p. 3, osserva che «tutto ha inizio e si conclude in Rete», facendo a meno di citazioni, istruttorie e sentenze.

<sup>558</sup> Evidenzia i limiti dei sistemi artificiali a realizzare la giustizia nel caso concreto, come ad esempio nella determinazione del danno non patrimoniale, A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, Napoli, 2016, p. 115 ss.

Se questa tipologia Odr può trovare una qualche applicazione con riguardo ai contratti di *outsourcing*, più difficile è utilizzo della *peer pressure*. Quest'ultima, definita anche pressione fra pari, prende avvio con la «denuncia» del fornitore del servizio da parte del cliente, inviata all'Odr *provider*. Sarà questi a inoltrare la denuncia al fornitore e ove questi si dichiari non coinvolto o comunque non risponda, la denuncia sarà pubblicata sul sito dell'Odr *provider*, invitando gli utenti a commentare l'accaduto. Nella diversa ipotesi in cui il fornitore del servizio inizi una trattativa con il cliente e si raggiunga un accordo, sarà il fornitore a decidere se pubblicarlo o meno sul *web*. La pubblicazione dell'accordo costituisce un forte incentivo, in quanto aiuta a costruire in buon nome commerciale dell'impresa che ha venduto il bene e/o servizio e influenza la «c.d. giuria fantoccio, o *mock jury*, rappresentata dalla comunità virtuale, che ha accesso al conflitto»<sup>559</sup>, rappresentando, dunque, un tassello della c.d. *media reputation*<sup>560</sup>. L'efficacia della *peer pressure* si basa proprio sulla reputazione economica, intesa quale «considerazione o rappresentazione che il pubblico ha della capacità del soggetto di conseguire risultati positivi soprattutto in termini di bontà dei prodotti o dei servizi di guadagno»<sup>561</sup>. Costituisce, dunque, un bene immateriale, avente un peso incisivo nella vita di una impresa<sup>562</sup>, tanto che una sua ingusta lesione fa sorgere il diritto al risarcimento del danno<sup>563</sup>. La rete influenza notevolmente «il buon nome

---

<sup>559</sup> In questo senso G. RECINTO, *La natura giuridica del settlement tra giusto processo e giuste Ondine dispute resolution*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2015, p. 6.

<sup>560</sup> Sulla *media reputation* v. R.P. NELLI e P. BENSI, *L'impresa e la sua reputazione. L'evoluzione della media coverage analysis*, Milano, 2003, p. 131 ss. Sul punto v. altresì V. ZENO ZENOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 270, secondo il quale nella società della comunicazione *forum*, *blogs* e liste di discussione rappresentano dei strumenti penetranti sia di circolazione delle notizie sia di sanzioni.

<sup>561</sup> In questo senso si è espresso P. AUTIERI, *La tutela della reputazione economica*, in AA. VV., *L'informazione e i diritti della persona*, G. Alpa (a cura di), Napoli, 1983, p. 94.

<sup>562</sup> Sulla qualificazione della reputazione economica in termini di bene immateriale cfr. A. RICCI, *La reputazione nell'era digitale*, in AA. VV., *Diritto dell'informatica*, F. Delfini e G. Finocchiaro (a cura di), Torino, 2014, p. 205. In particolare, si è sostenuta la sua collocazione all'interno dei diritti della personalità, così P. AUTIERI, *o.l.u.c.*; M. FRANZONI, *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compito dell'interprete* (nota a Trib. Roma 20 gennaio 2004), in *Resp. civ.*, 2004, p. 504; M. MACCARONE e S. MARTUSCELLI, *Reputazione economica*, in AA. VV., *La prova e il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, I. P. Cendon (a cura di), Torino, 2008, p. 452.

<sup>563</sup> Sulla tutela della reputazione economica v. *ex multis* Cass. pen., 21 settembre 2011, n. 43184, in *Ced. Cass.*, p. 253773, secondo la quale la condotta lesiva può attenersi anche al buon nome commerciale di un soggetto giuridico; Trib. Salerno, 25 novembre 2019, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 582, con nota di M. MENICUCCI, *Il danno da illegittima segnalazione alla centrale dei rischi della banca d'Italia: presupposti della segnalazione, risarcimento del danno e strumenti di tutela del soggetto illegittimamente segnalato*, il quale ha ritenuto che la segnalazione alla centrale rischi della Banca d'Italia crea alla società una lesione all'immagine e alla reputazione commerciale tale da creare danni non soltanto di natura morale, ma

dell'impresa» e il riflesso mediatico su cui si basa la *peer pressure* incide sicuramente sulle scelte del «consumatore telematico». Tuttavia ciò non sembra rilevare nel caso di contratti di *outsourcing*. Sicuramente per l'impresa fornitrice del servizio informatico la reputazione aziendale ha un peso non marginale; tuttavia, tale reputazione non si costruisce attraverso i commenti positivi o negativi presenti nella rete, bensì con l'interazione con gli *stakeholders*.

Maggiormente adatti all'*outsourcing* sembrerebbero i sistemi di mediazione *on line*.

Una delle peculiarità della mediazione è il forte grado di flessibilità, che unita alla molteplici opzioni tecnologiche, facilita la sua applicazione al caso di specie<sup>564</sup>. Il d. lg. n. 28 del 2010, infatti, non detta una disciplina rigida, ma si limita a stabilire la possibilità che la mediazione si svolga telematica<sup>565</sup> e che i regolamenti degli organismi di mediazione debbano prevedere le procedure telematiche<sup>566</sup>. Così è possibile che *outsourcer* e *outsourcee* abbiano quanto meno la possibilità di dirimere eventuali contrasti in teleconferenza, con l'ausilio di un *mediator*.

Naturalmente, occorre che la mediazione *on line* avvenga nel rispetto della sicurezza e della riservatezza. Al riguardo, l'Odr *provider* avrà il compito di inviare tramite *email* – preferibilmente attraverso l'utilizzo di pec – a tutti i soggetti coinvolti le credenziali, che consentano alle parti e al mediatore di accedere ad un canale loro dedicato<sup>567</sup>. Mediante detto canale, la mediazione si svolge come da rito, pertanto, le parti si scambiano le reciproche richieste e il mediatore cerca di trovare un giusto punto di equilibrio. Per la mediazione *on line*, così come per la mediazione *off line*, il parere fornito dal mediatore non è vincolante.

---

anche strettamente economici, in quanto determina una perdita di commesse o affari da liquidarsi in via equitativa; Cass., 30 agosto 2007, n. 18316, in *Corr. giur.*, 2008, p. 645, con nota di A. CARRATO, *Il protesto illegittimo è dannoso anche per l'onore e la reputazione di chi ne è colpito*, secondo la quale la levata illegittima del protesto cambiario determina una lesione non soltanto alla sfera patrimoniale del soggetto, ma anche all'onore e alla reputazione del protestato nella sua sfera personale, con la conseguenza che il danno è configurabile *in re ipsa*.

<sup>564</sup> Osserva P. GIANNITI e R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, 2012, p. 594, che la flessibilità della mediazione può estrinsecarsi con maggiore ampiezza potendosi servire di molteplici opzioni tecnologiche.

<sup>565</sup> Art. 3, comma 4, del d.lg. 4 marzo 2010 n. 28.

<sup>566</sup> Art. 16 del d.lg. 4 marzo 2010 n. 28.

<sup>567</sup> Sulla procedura di mediazione *on line* v. MARICONDA, 2008, p. 202.

Inoltre, si ritiene che la simultanea presenza delle parti, benché opportuna, non sia strettamente necessaria. La mediazione può concretizzarsi anche in uno scambio di *email*. Invero, il ricorso alle *email* mostra diversi elementi positivi, dovuti alla circostanza che il messaggio non è spedito simultaneamente, ma prima viene riletto e poi inviato, cosicché ciascuna parte ha il tempo di rivalutare il tenore letterale delle proprie *email*<sup>568</sup>. Del resto, ciò che qualifica la mediazione *on line* è che le parti, fisicamente distanti, tentino la risoluzione della lite attraverso l'uso di strumenti telematici<sup>569</sup>.

La mediazione *on line*, tuttavia, soffre dei medesimi limiti della mediazione *off line*. Indipendentemente dalla circostanza che sia posta in essere in via telematica, la mediazione rappresenta comunque una forma di autocomposizione della controversia, che poco aggiunge a quella che per prassi già si cerca di raggiungere in forma privata.

Anche con riguardo alle Odr, quindi, si ritiene che le imprese possano trarre vantaggio soprattutto dall'arbitrato telematico<sup>570</sup>.

Il problema maggiore posto dall'utilizzo di tale strumento attiene alla certezza della provenienza delle dichiarazioni. La certezza della paternità delle dichiarazioni e delle sottoscrizioni si riflette anche sulla vincolatività del lodo, posto che le parti nel dubbio potrebbero non dare esecuzione al lodo, il quale a sua volta in assenza di uno strumento che ne certifichi la paternità non potrà essere oggetto di esecuzione forzata<sup>571</sup>. Ma questa problematica, comune a tutti gli strumenti di risoluzione delle

---

<sup>568</sup> E.M. LOMBARDI, *La mediazione e lo sguardo cibernetico: uno sguardo alle proposte della Commissione Europea su ADR e ODR*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 465, il quale afferma che le *email* «permettono al mediatore e ai partecipanti di esercitare un pieno controllo sul loro modo di presentarsi, giacché fattori come il sesso, la razza, la etnia, la età e le eventuali disabilità nella espressione o nell'udito non sono più oggetto di immediato rilievo. D'altro canto, gli individui possono rivelare il proprio autentico sentire, in quanto esprimere nel web sentimenti di rabbia e di frustrazione, ricorrendo alla scrittura, impone allo scrivente di utilizzare del tempo per riferirsi e spiegare la propria emozione, il che gli offre, altresì, la possibilità di riconsiderare, nel mentre scrive, il proprio stato emotivo prima di inviare il messaggio».

<sup>569</sup> In questo senso G.M. RICCIO, *La mediazione on-line*, in AA. VV., *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, A. Pera e G.M. Riccio (a cura di), Padova, 2011, p. 212.

<sup>570</sup> In argomento, appare utile distinguere l'arbitrato telematico *strictu sensu* - oggetto della presente trattazione - dall'arbitrato tradizionale, il quale si avvale di strumenti telematici all'interno delle sue fasi; per una corretta distinzione cfr. G. GORGA e D. MULA, *o.c.*, p. 65 ss.

<sup>571</sup> Così A. MARAGON, *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 400, secondo il quale finché non saranno disponibili strumenti in grado di determinare in maniera certa

controversie *on line*, si ritiene facilmente superabile, attraverso il ricorso alla firma digitale.

La firma digitale, infatti, si basa su un sistema c.d. a chiavi asimmetriche, il quale prevede l'utilizzo di una doppia chiave, una privata, appartenente al solo sottoscrittore, e una pubblica, collegate tra loro, le quali, utilizzate congiuntamente, attestano la provenienza di un dato documento informatico<sup>572</sup>. L'equivalenza fra documento digitale e scrittura privata è formalmente stabilita dal d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, c.d. Testo Unico della documentazione amministrativa<sup>573</sup>, di talché deve ritenersi rispettato il disposto di cui all'art. 807 c.c., il quale richiede la conclusione in forma scritta della convenzione arbitrale. Naturalmente sarà necessaria che la convenzione venga siglata con l'apposizione di una firma digitale. Nell'ambito della fattispecie contrattuale in esame, la scarsa diffusione della firma digitale non crea ostacoli di sorta, in quanto *outsourcer* e *outsourcee* non soltanto sono dei professionisti, soprattutto dei professionisti che stipulano contratti aventi ad oggetto la fornitura di

---

l'imputabilità delle dichiarazioni ai soggetti che le manifestano mediante mezzi telematici, le negoziazioni saranno difficilmente vincolanti fra le parti.

<sup>572</sup> La firma digitale cfr. G. FINOCCHIARIO, *Documento informatico e firma digitale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 956; ID., *Firma digitale e firme elettroniche - Profili privatistici*, Milano, 2003, *passim*; L. ALBERTINI, *Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislative)*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 267; F. SORRENTINO, *Firma digitale e firma elettronica: stato attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 536, il quale sottolinea come la firma digitale si differenzi dalle firme tradizionali e dalla firma elettronica per il sistema di validazione; P. PICCOLI e G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la «firma digitale»*, in *Riv. not.*, 2000, p. 879; R. GRANATO CORIGLIANO, *Firma digitale e forma elettronica*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 809; P. PERLINGIERI, *Firma digitale e commercio elettronico*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2000, p. 35; G. CIACCI, *Semplificazione e liberalizzazione per la «nuova» firma elettronica*, in *Dir. e pratica società*, 2002, 5, p. 17; F. DE SANTIS, *Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuali*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 241; F. DELFINI, *Il d.p.r. n. 137/2003 in materia di firme elettroniche (commento al d.p.r. 7 aprile 2003, n. 137)*, in *Contratti*, 2003, p. 825; B. IZZI, *La firma elettronica negli strumenti di circolazione della ricchezza*, in *Riv. not.*, 2004, p. 867; A.M. GAMBINO, *Firma elettronica (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2003, XIV, 1; G. DUNI, *Le firme elettroniche nel diritto vigente (osservazioni sulla normativa italiana nel 2006)*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 501; G. NAVONE, *La firma digitale ed il sistema di certificazione quale nuovo strumento di pubblicità legale*, in *Dir. Internet*, 2008, p. 113; D. GASSEN e U. BECHINI, *Firme elettroniche a valore legale internazionale: un nuovo approccio per migliorare l'interoperabilità*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 349; M. NASTRI, *Le opportunità dell'atto pubblico informatico*, in *Notariato*, 2010, p. 556.

<sup>573</sup> L'art. 10, secondo comma, d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 dispone: «[i]l documento informatico, sottoscritto con firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta. Sul piano probatorio il documento stesso è liberamente valutabile, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità e sicurezza. Esso inoltre soddisfa l'obbligo previsto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile e da ogni altra analoga disposizione legislativa o regolamentare». Per un approfondimento sul documento informatico v. A. GRAZIOSI, *Documento informatico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2008, p. 491; nonché F. FERRARI, *Il codice dell'amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 415.

servizi IT, il ch  lascia presumere che siano dotati o che comunque possano facilmente dotarsi di una firma digitale.

Del resto, anche ove le imprese non siano dotate di detta firma, non pu  escludersi del tutto il ricorso all'arbitrato telematico. Un'ipotesi di arbitrato irritale *on line* in mancanza di firma digitale   offerto dalla risoluzione delle controversie sorte in relazione all'assegnazione dei nomi a dominio<sup>574</sup>. Questi sono gestiti a livello mondiale dall'ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – un organismo *non-profit* statunitense, con sede legale in California; a livello europeo dall'EURid – *Consorzio European Registry for Internet Demanis* – istituito con decisione 2003/375/CE della Commissione per la gestione dei nomi di primo livello .eu; mentre a livello nazionale   possibile osservare, ad esempio, che la gestione dei nomi a dominio .it   affidata in Italia al Registro emanazione dell'Istituto di Informatica e Telematica del CNR (IIT-CNR), in Spagna al *Plan Nacional de dominios*. Orbene, le controversie relative all'assegnazione dei nomi a dominio possono essere risolte mediante il ricorso al regolamento denominato *Uniform Domanin Name Dispute Resolution Policy* (UDRP), il quale prevede appunto una procedura arbitrale, la cui regolamentazione   contenuta nelle *Rules for Uniform Domanin Name Dispute Resolution Policy* (UDRP *Rules*). In particolare, l'UDRP prevede che i conflitti sui nomi a dominio siano risolti da prestatori di servizi di risoluzione delle controversie accreditati presso l'ICANN, c.dd. UDRP *providers*, i quali attualmente sono tre: l'*Asian Domain Name Dispute Resolution Centre* (ADNDRC); il *National Arbitration Forum* (NAF) e il *World Intellectual Property Organization* (WIPO). Il *provider* che amministrer  il procedimento sar  scelto dal ricorrente<sup>575</sup> ed avr  il compito di notificare il ricorso alla parte resistente all'indirizzo fornito al momento della registrazione. Dovr , altres , nominare l'arbitro, scegliendo fra quelli inseriti nella lista di arbitri, mentre,

---

<sup>574</sup> Per un approfondimento sulla natura e gestione dei nomi a dominio cfr. A. PALAZZOLO, *Il «domain name»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 167; P. VARI, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Padova, 2001;  . GARCÍA VIDAL, *El derecho español sobre los nombres a dominio*, Granada, 2004, p. 124 ss.; ID., *Registrazione e gestione dei nomi a dominio*, in *AIDA*, 2007, p. 385; A. AGUSTINOY GUILAN, *Introducción al régimen jurídico de los nombres de dominio*, in AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, M. Peguera Poch (coordinador), Barcelona, 2005, p. 339 ss. A. MAIETTA, *I segni distintivi nell'era internet*, in AA. VV., *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, cit., p. 357; L. RUGGIERI, *I Domain names*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., p. 79 ss.

<sup>575</sup> Sulla disciplina dell'arbitrato obbligatorio adottato dalla ICANN v. A. VALENTE, *La registrazione e l'utilizzo del domain name: l'arbitrato obbligatorio della ICANN*, in *Contratti*, 2001, p. 501 ss.

ove le parti abbiano optato per un Collegio arbitrale, dovrà nominare tre componenti del Collegio, scegliendone uno dalla lista del ricorrente, uno dalla lista del resistente e il terzo liberamente. Il Collegio o l'arbitro, così nominato, sarà competente a decidere della controversia sulla base della documentazione rese dalle parti. Una volta assunta la decisione, verrà comunicata al *provider*, il quale provvederà a pubblicarla e a comunicarla alle parti.

La procedura di arbitrato descritta risulta sicuramente efficiente, in termini temporali, in quanto garantisce che l'intero procedimento si concluda in un termine massimo di trenta giorni, e in relazione all'esecuzione del lodo posto che la ICANN, a séguito della comunicazione del lodo provvede a darvi esecuzione. Tuttavia, ciò che rende criticabile tale forma di arbitrato è possibilità di adire l'autorità giudiziaria sia nella more del procedimento, sia nei dieci giorni successivi la comunicazione del lodo. Ciò non toglie che il procedimento arbitrale appena descritto possa fornire un valido esempio per l'arbitrato telematico relativo alla risoluzione di controversie sorte nell'ambito di un contratto di fornitura di servizi It e di *outsourcing*. Il WIPO, ad esempio, ha sviluppato un sistema sicuro di gestione *on line* delle liti, che consente la compilazione di moduli in formato elettronico direttamente *on line*, di inviare la documentazione necessaria per via telematica, nonché la possibilità per arbitri e parti di comunicare attraverso dispositivi audio/video.

Auspicabile, dunque, lo sviluppo di sistemi in grado di garantire la gestione dell'intera procedura arbitrale *on line*, a partire dal deferimento della decisione, fino alla notifica della decisione, passando per una fase istruttoria che garantisca il principio del contraddittorio in aule virtuale, attraverso l'implementazione della videoconferenza, nonché l'archiviazione di tutti i documenti digitali. Allo stato attuale disponiamo delle risorse sufficienti per portare avanti delle procedure arbitrali in via telematica, soprattutto considerando che la relativa dotazione di *software* è meno complessa di quella necessaria per gestire le altre forme Odr. Attraverso il ricorso all'arbitrato telematico si conseguirebbe, pertanto, il vantaggio di evitare i costi e le lungaggini processuali, lasciando tuttavia intatte le tutele che la giustizia ordinaria riconosce ai contraenti. Il riferimento è in generale alla correttezza del procedimento e al principio del contraddittorio. In questo senso, sarà necessario

che il *provider* deputato ad amministrare l'arbitrato<sup>576</sup> assicuri che l'intera procedura si svolga nel rispetto di un «giusto processo», attraverso la garanzia di arbitri terzi e imparziali, preferibilmente scelti, come per il WIPO, da una lista precostituita di esperti. Al riguardo, la direttiva 2013/11/UE, all'art. 6, rubricato «Competenza, indipendenza e imparzialità» impone già agli Stati membri degli obblighi circa la scelta degli organismi ADR, volti a preservarne l'imparzialità<sup>577</sup>.

Accanto a tale profilo, è necessario che l'arbitrato telematico assicuri la garanzia del contraddittorio, in virtù del quale tutte le parti coinvolte nel procedimento saranno poste nella condizione di difendersi e di far valere la propria posizione e le proprie pretese<sup>578</sup>. Quest'ultimo aspetto ben potrà essere garantito attraverso strumenti che

---

<sup>576</sup> L'arbitrato telematico costituisce una forma di arbitrato amministrato, il quale in Italia è pressoché gestito dalla Camera di Commercio. Per un approfondimento sull'arbitrato amministrato v. A.M. BERNINI, *L'arbitrato amministrato. Il modello della camera di commercio internazionale*, Padova, 1996, *passim*; R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 663; F.P. LUISO, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, *ivi*, 2001, p. 605; E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1.

<sup>577</sup> In argomento cfr. C. CONSOLO, *Elasticità convenzionale della disciplina della imparzialità dell'arbitro e nuovo art. 836 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 437; ID., *Imparzialità degli arbitri – ricusazione*, *ivi*, 2005 p. 527; L. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 409; C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2010, p. 42, la quale non ha mancato di evidenziare che sotto il profilo dell'imparzialità vi è una profonda differenza fra giudizio ordinario e arbitrato, in quanto nel giudizio ordinario vi è una presunzione di imparzialità del giudice, presunzione che manca nell'arbitrato, posto che il giudicante è scelto dalle parti. Sull'imparzialità, indipendenza e integrità di tutti gli organismi ADR, non ha mancato di esprimersi il legislatore europeo, il quale all'art. 6, Direttiva 2013/11/UE, rubricato, dispone al primo comma che «[g]li Stati membri garantiscono che le persone fisiche incaricate dell'ADR possiedano le competenze necessarie e i requisiti di indipendenza e imparzialità. Essi garantiscono che tali persone: a) possiedano le conoscenze e le capacità necessarie nel settore della risoluzione alternativa o giudiziale delle controversie dei consumatori, nonché una comprensione generale del diritto; b) siano nominate per un mandato di durata sufficiente a garantire l'indipendenza della loro azione e non possano essere rimosse dalla loro mansione senza giusta causa; c) non siano soggette a istruzioni dell'una o dell'altra delle parti o dei loro rappresentanti; d) siano retribuite secondo modalità non legate all'esito della procedura; e) comunichino senza indugio all'organismo ADR tutte le circostanze eventualmente in grado, o ritenute in grado, di incidere sulla loro indipendenza e imparzialità o di dare adito a conflitti di interessi con l'una o l'altra delle parti della controversia che sono chiamati a risolvere. L'obbligo di divulgare tali circostanze è un obbligo permanente nel corso dell'intera procedura ADR. Non si applica quando un organismo ADR consta di una sola persona fisica. 2. Gli Stati membri assicurano che gli organismi ADR dispongano di procedure intese a garantire che qualora si verificano le circostanze di cui al paragrafo 1, lettera e): a) la persona fisica interessata sia sostituita da un'altra persona fisica che sia incaricata di condurre la procedura ADR; o, in mancanza, che b) la persona fisica interessata si astenga dal condurre la procedura ADR e, se possibile, l'organismo ADR proponga alle parti di presentare la controversia a un altro organismo ADR competente a trattare la controversia; o, in mancanza, che c) le circostanze siano comunicate alle parti e si consenta alla persona fisica interessata di continuare a condurre la procedura ADR solo se le parti, dopo essere state informate delle circostanze e del loro diritto di opporsi, non hanno sollevato obiezioni.

<sup>578</sup> Che l'informalità e la speditezza della procedura non debbano comportare un sacrificio del contraddittorio è assunto condiviso da T. ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea*

consentano di inviare documenti con elevato grado di sicurezza, come la pec, e la creazione di aule d'udienza virtuali, nella quali sarà possibile procedere all'escussione dei testimoni e delle parti, presentare memorie e repliche, conoscere la produzione e i mezzi di prova della parte avversa. In questo senso, la direttiva garantisce alle parti «la possibilità, entro un periodo di tempo ragionevole, di esprimere la loro opinione, di ottenere dall'organismo ADR le argomentazioni, le prove, i documenti e i fatti presentati dall'altra parte, le eventuali dichiarazioni rilasciate e opinioni espresse da esperti e di poter esprimere osservazioni in merito»<sup>579</sup>. Le regole previste per il procedimento dell'arbitrato telematico devono essere uniformate ai principi e interpretate in conformità ai principi medesimi nel sistema della pluralità delle fonti. Le pattuizioni relative ai sistemi Odr, pertanto, dovranno divenire espressione dei principi costituzionali e comunitari dettati in tema di giusto processo, posto che «l'unitarietà dell'ordinamento esige di ravvisare nelle norme costituzionali [e comunitarie] e nei valori che esse esprimono i principi fondamentali e generali caratterizzanti ciascun settore normativamente rilevante»<sup>580</sup>.

L'Odr *providers*, dunque, hanno il compito di sfruttare la continua implementazione tecnologica non soltanto per abbattere le barriere spaziali fra i contraenti, ma altresì per assicurare loro una procedura rispettosa dei principi del giusto processo, costituzionalmente tutelati. Soltanto ove vengano garantiti tali

---

di ADR e ODR, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 840, nonché A. FACHECHI, *o.c.*, p. 112 ss. L'importanza del contraddittorio è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità anche all'interno di un arbitrato irrituale, così Cass., 14 settembre 2012 n. 15445, in *Riv. arb.*, 2013, p. 117, con nota di F. CAMPIONE, *La domanda di arbitrato e tra libertà delle forme e principio del contraddittorio*, secondo la quale il principio *de quo* non può essere frustrato dal principio della libertà delle forme proprie dell'arbitrato irrituale; nonché più recentemente Cass., 2 dicembre 2015, n. 24558, in *Mass. Foro it.*, 2015, c. 814; Cass., 26 maggio 2015, n. 10809, in [www.lanuovaproceduracivile.com](http://www.lanuovaproceduracivile.com), 2015, la quale afferma che le parti possono sí discostarsi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, ma con l'unico limite del contraddittorio.

<sup>579</sup> Così art. 9, comma 1, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

<sup>580</sup> In questo senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 537; ID., *Manuale di diritto civile*, 7<sup>a</sup> ed., Napoli, 2014, il quale chiarisce il nesso esistente fra regole e principi, precisando che entrambe sono norme, ma che «il 'principio' è la norma che impone la massima realizzazione di un valore». Sul rapporto fra regole e principi v. altresì G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 255 ss., il quale precisa che mentre i principi ammettono una realizzazione graduale, attraverso il c.d. procedimento di bilanciamento, con la precisazione che la prevalenza di uno non comporta l'invalidità dell'altro; l'applicazione delle regole si serve di un meccanismo di sussunzione, del fatto nella norma astratta. Tuttavia poiché le regole sono precetti ben definiti e di applicazione immediata, in caso di conflitto la regola prevalente determinerà la soppressione dell'altra.

principi, l'arbitrato telematico potrà costituire un valido strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla giustizia ordinaria.

## CONCLUSIONI

Le indagini svolte portano a ritenere che la fornitura da parte di imprese terze di un sistema *edp* imponga una regolamentazione alla base che tenga conto degli inevitabili fattori evolutivi, i quali si riflettono in maniera incisiva sul rapporto negoziale. La mancanza di una disciplina positiva spinge, così, verso regolamentazione convenzionale fortemente dettagliata, in grado di definire con precisione l'oggetto del contratto, con particolare riguardo alle obbligazioni che gravano sull'*outsourcer*, ai livelli di servizio, nonché alle clausole penali e alle modalità di gestione dell'inadempimento. Non a caso, la prassi commerciale si è sviluppata nel senso di inserire nel contratto soltanto le obbligazioni principali, per poi rinviare negli allegati tecnici il dettaglio delle prestazioni cui è obbligato il fornitore.

In particolare, gli allegati tecnici conterranno i livelli di servizio, c.d. *Service Level Agreement* (Sla), che definiscono appunto i servizi da erogare ed il loro livello di qualità. L'*outsourcer*, infatti, non deve meramente provvedere all'erogazione del servizio, ma dovrà eseguire la propria prestazione in conformità con i livelli di servizio prestabiliti, rispettando quindi gli impegni assunti non soltanto sotto il profilo quantitativo, ma anche qualitativo.

La corretta esecuzione secondo i livelli di servizio, naturalmente, potrà essere valutata dall'impresa servita soltanto se negli Sla sia presente una puntuale individuazione della *performance* e delle metriche necessarie per la relativa misurazione e valutazione. Si rende necessaria, quindi, la predisposizione di sistemi di monitoraggio, che consenta all'*outsourcer* di verificare l'esatto adempimento delle prestazioni. Una delle modalità utilizzabili per il monitoraggio, in grado di conferire maggiore oggettività nella valutazione, fa riferimento ai *reports*. Si ritiene, infatti opportuno la pattuizione di clausole in virtù delle quali l'impresa fornitrice invii sia a scadenze prestabilite, sia al sorgere di un malfunzionamento del sistema informatico, dei *reports*, da intendersi quali rapporti contenenti le misure e gli indici rilevati nel periodo di rilevazione, confrontate con i livelli di servizi pattuiti. Nell'ipotesi in cui l'impresa fornitrice non invii detti *reports*, i livelli di servizi si intenderanno non

raggiunti nel relativo periodo di misurazione. Qualora, invece, dai *reports* risulti che gli Sla non siano stati raggiunti, occorrerà verificare se la causa sia imputabile all'*outsourcer* o all'*outsourcee*. Nel primo caso, l'impresa fornitrice dovrà porre in essere i correttivi necessari e comunicare al cliente le azioni e i tempi di cui ha bisogno per riportare le proprie prestazioni ai livelli inizialmente concordati; nel secondo caso sarà l'*outsourcee* a dover ripristinare le condizioni adeguate per il raggiungimento dei livelli di servizio. Ma ciò non basta. La valutazione della prestazione del fornitore deve avvenire altresì tenendo conto dei tempi di risposta e di risoluzione, che variano in virtù della complessità degli operazioni effettuate. L'importanza che i servizi informatici rivestono per la generalità delle imprese, a prescindere dai settori produttivi oggetto dell'attività aziendale, impone, infatti, tempi d'intervento alquanto celeri, ma differenti a seconda del tipo e della complessità del problema riscontrato. Inoltre, si ritiene necessario che le parti stabiliscano dei limiti di tolleranza, ossia degli intervalli entro i quali si considera tollerabile il discostamento dal livello pattuito. La previsione di *range* di tolleranza, riferito sia ai tempi di intervento, sia ai tempi di risoluzione, permette, infatti, all'*outsourcer* di intervenire nella maniera qualitativamente migliore, senza sacrificare la bontà del proprio intervento, per fini tempistici.

I *Service level agreements*, dunque, diventano gli indici di valutazione dell'inadempimento sia in termini di esattezza o individuazione di vizi e difformità, sia sulla gravità dell'inadempimento medesimo. Gravità che a sua volta rileva non poco, posto che è proprio in relazione alla gravità che i contraenti sceglieranno il rimedio della risoluzione contrattuale ovvero il mero risarcimento del danno o l'applicazione di penali, ove espressamente pattuite. Soltanto in ipotesi di inadempimento particolarmente grave, l'*outsourcee* chiederà lo scioglimento del vincolo contrattuale, mentre nelle restanti ipotesi sarà preferibile optare per un ristoro economico. La risoluzione contrattuale, durante la fase esecutiva deve essere valutata come una soluzione residuale, che pregiudica entrambi i contraenti e, in particolare, l'impresa servita, la quale al danno derivante dal mancato, o comunque inesatto adempimento, dovrà aggiungere quello che relativo alla mancata fruizione del servizio IT per un determinato periodo di tempo, ma soprattutto alla difficoltà di trovare un nuovo fornitore, il quale abbia familiarità con il sistema informatico

utilizzato dall'*outsourcer* ovvero che sia in grado di predisporre un altro in breve tempo.

Ancóra, nell'esaminare i livelli di servizio si è rilevato che nei contratti di *outsourcing* di servizi informatici, che generalmente sono contratti di media o lunga durata, l'evoluzione delle tecnologie informatiche può rendere i livelli stessi, così come originariamente pattuiti, non più attuali e non più rispondenti alle concrete esigenze di mercato.

Quando le parti concludono un contratto di *outsourcing* di servizi IT cercano di stabilire il contenuto delle prestazioni in grado di garantire un giusto equilibrio fra costi/qualità. Ma tale equilibrio può vacillare nel corso del rapporto, in quanto le tecnologie originariamente contrattate possono risultare obsolete e non competitive soprattutto nella fase finale del contratto, ovvero perché mutano le esigenze dell'impresa servita, portando, così, ad un'alterazione nel rapporto sinallagmatico, che potrebbe addirittura portare a una risoluzione per eccessiva onerosità.

Nel tentativo di dare una risposta alla problematica si è partiti dalla considerazione, niente affatto scontata, che nei contratti fra imprese la caducazione del contratto debba essere valutata come ipotesi residuale. Il rimedio che più garantisce i contraenti è quello della rinegoziazione, dell'adeguamento delle prestazioni originariamente convenute alle nuove circostanze di fatto.

Si è così cercato di dare un fondamento alla soluzione divisata, benché nell'ordinamento interno la norma di riferimento circa lo squilibrio sopravvenuto delle prestazioni sia l'art. 1467 c.c., che rimette alla parte cui è demandata la risoluzione, la facoltà di chiedere di revisione il contratto così da riequilibrare le prestazioni. Ma l'art. 1467 c.c. ha un ambito di applicazione troppo ristretto per assumere la veste di rimedio generale alla problematica analizzata: si limita alla ipotesi di eccessiva onerosità, ma soprattutto non legittima il contraente che risente del mutamento delle circostanze di fatto di domandare la revisione del contenuto contrattuale.

Neanche si è accolto il ricorso alla clausola generale di buona fede. Benché questa soluzione sia stata salutata in maniera positiva, non solo dalla dottrina nazionale, appare eccessivo ritenere che dalla buona fede possa derivare un 'obbligo' di rinegoziazione. In assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, lo

squilibrio contrattuale, potrà sicuramente legittimare una delle parti a proporre un adeguamento, ma in mancanza di accordo difficilmente si può ammettere la presenza di un obbligo alla revisione negoziale. L'art. 1375 c.c., infatti, spiega la propria efficacia con riguardo ad aspetti contrattuali aventi natura strumentale rispetto agli interessi primari dedotti in contratto. L'integrazione del contratto attiene alla fase esecutiva, con la conseguenza che verrebbe stravolta la *ratio* della disposizione medesima, ove in essa si ravvisi il fondamento della rinegoziazione.

Il rispetto dell'autonomia contrattuale, porta a escludere l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione e a ritenere che la soluzione preferibile sia quella di inserire all'interno dei contratti di *outsourcing* un obbligo convenzionale. I contraenti, dunque, già al momento della conclusione del contratto potranno stabilire se intendono revisionare le prestazioni, al verificarsi di circostanze perturbative e volendo potranno anche individuare quali circostanze facciano sorgere il diritto a chiedere la revisione, in conformità al principio di conservazione del contratto, positivizzato nell'art. 1367 c.c.

La clausola di rinegoziazione, se ben esaminata, altro non è che un obbligo convenzionale a contrarre, con la conseguenza che di fronte ad un rifiuto all'adeguamento, sarà possibile richiedere l'esecuzione in forma specifica, ovvero ricorrere ai normali rimedi offerti dall'ordinamento per l'inadempimento.

Ma anche l'inadempimento nei contratti tra imprese merita di essere adeguatamente gestito, posto che i tempi delle imprese medesime, mal si conciliano con le lungaggini processuali. Il regolamento contrattuale deve, quindi, contenere al suo interno clausole di gestione delle controversie connesse all'inadempimento, c.d. *dispute resolution*.

I lunghi tempi della giustizia ordinaria difficilmente si conciliano con esigenze di celerità, proprie della vita imprenditoriale, di tal che sembra opportuno il ricorso a meccanismi di Adr e, in particolare, all'arbitrato. I contraenti nella loro autonomia privata possono optare per forme di autocomposizione o eterocomposizione dei propri interessi. Ma le forme di autocomposizione, come mediazione e conciliazione, ma anche come il c.d. Merb-Arb, di fatto non rappresentano delle soluzioni valide per le imprese. Al verificarsi di un inadempimento le parti tenteranno sempre come prima soluzione di raggiungere un accordo bonario. Prevedere convenzionalmente

una forma di autocomposizione della lite, cui partecipa un terzo mediatore, privo di poteri vincolanti, non appare una soluzione efficace.

Lo strumento che realmente riesce dare risposte adeguate è l'arbitrato. Ciò in quanto gli arbitri, sono soggetti terzi e imparziali, scelte dalle parte fra persone aventi la competenza tecnica necessaria per dirimere la controversia sorta. Inoltre, riesce a garantire la definizione della lite in tempi molto più ristretti di quanto non riesca la giustizia ordinaria, senza pregiudicare però i principi del giusto processo.

L'inserimento di una clausola compromissoria è dunque lo strumento più efficace, al quale possano ricorrere le aziende, fermo restando che l'arbitrato, fermo restando che imprese possano validamente fare ricorso anche alle Odr (*online dispute resolution*).

Le Odr, infatti, benché si siano sviluppate nel commercio elettronico, quale strumento a tutela del consumatore, possono ritenersi validi strumenti per la risoluzione delle controversie sorte nei contratti tra imprese. Si vogliono così superare i rigidi schemi del dogmatismo, che impongono una netta linea di confine tra consumatore e chi consumatore non è, per sfruttare i vantaggi che possono offrire le Odr anche alle imprese, non necessariamente intese nell'accezione di impresa debole.

Così si ritiene che la *blind negotiation* o negoziazione automatica rappresenti un valido strumento per raggiungere un accordo sull'*quantum* del risarcimento del danno, al quale ad esempio l'impresa servita può avere diritto nel caso in cui l'*outsourcer* non abbia in più occasioni rispettato i tempi di intervento. Quando l'inadempimento è di scarsa rilevanza, non si rischia di inasprire i rapporti, come potrebbe avvenire con un confronto diretto sulla quantificazione del danno. La *blind negotiation*, in questo senso, consente di negoziare in maniera 'cieca' senza conoscere la reale offerta della controparte, in quanto sarà il *software* determinare l'ammontare del risarcimento, quando la differenza fra offerta e controfferta non sia superiore a un determinato valore determinato in via preliminare dalle parti. Naturalmente questo sistema si mostra utile quando dai *reports* non residuino dubbi sull'inadempimento e la contestazione attiene soltanto al *quantum*. Diversamente, nell'ipotesi in cui l'oggetto della lite sia più ampio, come nel caso del rifiuto di rinegoziare, non si potrà ricorrere alla *blind negotiation*.

Non si ritiene, invece, utilizzabile la *peer pressure*, definita anche pressione fra le parti. Si tratta di uno strumento prende avvio con una sorta di denuncia del fornitore del servizio da parte del cliente, inviata all'Odr *provider* e che sfrutta la pubblicazione *online* della denuncia stessa o dell'accordo raggiunto. Si fa leva, dunque sulla pubblicità sul *web*, in quanto la pubblicazione dell'accordo costituisce un forte incentivo, laddove aiuta a costruire in buon nome commerciale dell'impresa che ha venduto il bene e/o servizio e influenza la c.d. giuria fantoccio degli utenti. Questa pubblicità non sembra rilevare nel caso di contratti di *outsourcing*. Se è innegabile che per l'impresa fornitrice del servizio informatico la reputazione aziendale ha un peso non marginale, è anche vero che tale reputazione non si costruisce attraverso i commenti positivi o negativi presenti in rete, quanto piuttosto con l'interazione diretta con gli *stakeholders*.

Alla luce di tali considerazioni, che il rimedio che si mostri maggiormente in grado di assicurare l'effettività della tutela dei contraenti è l'arbitrato, nella sua variante di arbitrato telematico.

L'arbitrato telematico si caratterizza per la gestione dell'intera procedura arbitrale *on line*, a partire dal deferimento della decisione, fino alla notifica della decisione, passando per una fase istruttoria che garantisca il principio del contraddittorio in aule virtuale, attraverso l'implementazione della videoconferenza, nonché l'archiviazione di tutti i documenti digitali. Si garantisce in tal modo una tutela realmente effettiva, in grado di garantire la diminuzione dello spreco di risorse, termini temporali adeguati e competenze specializzate, nel pieno rispetto dei principi del giusto processo costituzionalmente tutelati.

*Tiziana Baratta*

## BIBLIOGRAFIA

- ADDIS F., *Note introduttive ai Principi Unidroit*, in AA. VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, G. Vettori (a cura di), Padova, 1999;
- AGUSTINOY GUILAN A., *Introducción al régimen jurídico de los nombres de dominio*, in AA.VV., *Derecho y nuevas tecnologías*, M. Peguera Poch (coordinador), Barcelona, 2005;
- AL MUREDEN E., *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004;
- ALBERTI C., *La società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Istituzioni del federalismo: Rivista di studi giuridici e politici*, 2011, 2, p. 23;
- ALBERTINI L., *Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislative)*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 267;
- ALPA G., *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. giur.*, XL, 1989, p. 1143;
- ALPA G., *L'arbitrato e la risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in AA. VV., *Arbitrato*, G. Alpa e V. Vigoriti (a cura di), Torino, 2013;
- ÀLVAREZ SUESCUN E., *Decisiones de «hacer o comprar» en el ámbito de los sistemas de información: una aproximación desde la teoría de recurso y capacidades*, in *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, 2007, n. 31, p. 224;
- AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in AA. VV., *Il terzo contratto*, G. Gitti e G. Villa (a cura di), Bologna, 2008;
- AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002;
- AMORE G., *Appalto e claim*, Padova, 2007;
- ANDREWS N., *La “doppia elica” della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 529;
- APARICIO VAQUERO J.P., *La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información*, in AA. VV., *Derecho y nueva tecnologías*, V. Carrascosa López, Granada, 2002;
- APRUZZI V., *Il contratto di escrow: aspetti giuridici*, in *Cyberspazio e dir.*, 2002, p. 79;
- ARATA F., *Variazioni in corso d'opera ed effetti sulle condizioni originarie del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 149;
- ARIETA G., *Note in tema di rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 744;
- ASTOLFI A., *Il contratto di joint venture: la disciplina giuridica dei raggruppamenti temporanei d'impresa*, Milano, 1981;

- ASTONE F., *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione "negativa", e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali (a proposito di cass., ss.uu., 18 febbraio 2010, n. 3947)*, in *Riv. not.*, 2010, p. 1239;
- ASTONE M., *L'aspettativa e le tutele. Contributo ad uno studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006;
- ASTONE M., *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 2012;
- ATAZ LÓPEZ J., *La buena fe contractual*, in AA. VV., *Tratado de contratos*, I, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, N. Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2009;
- AUTIERI P., *La tutela della reputazione economica*, in AA. VV., *L'informazione e i diritti della persona*, G. Alpa (a cura di), Napoli, 1983;
- BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000;
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, 2<sup>a</sup> ed., rist., Milano, 1963;
- BARATTA T., *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in corso di pubblicazione;
- BARBAGALLO I., *I contratti di housing e di hosting: profili negoziali e responsabilità penale del fornitore di accesso e degli utenti*, in AA. VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, X, P. Cendon (a cura di), Torino, 2008;
- BARBERA L., *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali*, in AA. VV., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, R. Tommasini (a cura di), Torino, 2003;
- BARBERA L., *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contratti*, 2008, p. 786;
- BARCELONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, p. 467;
- BELLANTE M., *Attività pericolose (danni da) 2009]*, in *Encicl. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 2009, p. 1;
- BELLANTUONO G., *I contratti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000;
- BENEDETTI G., *Categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649;
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Introducción al derecho de contratos*, in AA. VV., *Tratado de contratos*, I, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, N. Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2009;
- BERNINI A.M., *L'arbitrato amministrato. Il modello della camera di commercio internazionale*, Padova, 1996;
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, Milano, 1995;

- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000;
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2012;
- BIN M., *Il compromesso e la clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim.*, 1991, p. 373;
- BLASCO PEDRO C., *Las herramientas de gestion (II). El outsourcing informatico. La consultoria informatica*, in AA. VV., *Manual de gestion y contratacion informatica*, P. Soler Matutes e M. Piattini Velthuis, e (a cura di), Navarra, 2006;
- BLANCO PÉREZ-RUBIO L., *El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo*, in *Rev. crit. der. inm.*, 2015, p. 1101;
- BOCCHINI E., *Sostituzione giuridica nell'attività impresa e asimmetria informativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 341;
- BOCCHINI R., *La somministrazione di servizi*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2000, p. 1105;
- BOCCHINI R., *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999;
- BOCCHINI R. e GENOVESE A., *Il contratto di outsourcing*, in AA. VV., *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, R. Bocchini e A.M. Gambino (a cura di), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011;
- BOERO P., *La somministrazione*, in AA. VV., *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2009;
- BONELL M.J., *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti. I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006;
- BONELL M.J., *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 599;
- BONELLI F., *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, U. Draetta e C. Vaccà (a cura di), Milano, 1992;
- BORRUSO R. e CIACCI G., *Diritto civile e informatica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004;
- BOTTARELLI D., *Gli effetti delle variazioni ex artt. 1659 e 1661 c.c. sul termine di consegna e sulla relativa clausola penale*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 426;
- BRAVARD J.L. e MORGAN R., *I vantaggi dell'outsourcing*, Milano, 2007;
- BRUNO C., *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 235;

BUGIOLACCHI L., *Commercio elettronico e ODR (Ondine Dispute resolution) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1403;

BUSTO LAGO J.M., *El contrato de arrendamiento de servicios*, in AA. VV., *Tratados de contratos*, III, 2ª ed., N. Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2013;

BUSTO LAGO J.M., *¿Cabe aplicar «rebus sic stantibus» en un contrato de compraventa como contrato de trato único?*, in AA. VV., *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercoviz*, Á. Carrasco Perera (a cura di), Navarra, 2015;

BUSTO LAGO J.M., *Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla «rebus sic stantibus», frustración de las expectativas del comprador (Comentario a la STS de 26 abril 2013)*, in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 2016, p. 575;

CABELLA PISU L., *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 547;

CADARSO PALAU J., *El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista. El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de precios*, in AA. VV., *Cuaderno de derecho judicial. Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamiento rústicos*, A. Juanes Peces (a cura di), Madrid, 1994;

CAGNASSO O. e COTTINO G., *L'outsourcing*, in AA. V.V., *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2009;

CAGNASSO O., *Il contratto di appalto*, in AA. VV., *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Padova, 2009;

CAGNASSO O., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XVI, 1989;

CALAMANDREI P., *I «computer service contracts»*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 187;

CAMARDI C., *Metodi «alternativi» di soluzione delle controversie nelle reti telematiche. Una riflessione su diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in AA. VV., *Metodi on line di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR*, C. Camardi (a cura di), Padova, 2006;

CAPALDO G., *Dai contratti aleatori dell'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296;

CAPONI R., *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 663;

CAPUTO A. e SCOTTI R., *I contratti preparatori: il contratto preliminare*, in AA. VV., *Il contratto*, P. Fava (a cura di), Milano, 2012;

- CARBONE P., *La revisione dei prezzi nei contratti di servizi e forniture e l'adeguamento monetario degli appalti di lavori*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2013, p. 65;
- CARBONE V., *È applicabile all'arbitrato irrituale la disciplina dell'art. 810, secondo comma?*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1179;
- CARDARELLI F., *La cooperazione fra imprese nella gestione di risorse informatiche: aspetti giuridici del c.d. «outsourcing»*, in *Dir. inf.*, 1993;
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966-2011;
- CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari. Trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933;
- CARNELUTTI F., *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I;
- CARNEVALI U., *La prova della colpa grava nelle clausole di esonero da responsabilità*, in *Giur. it.*, 2005;
- CARRASCO PERRERA Á., *reivindicación y defensa de la vieja doctrina «rebus sic stantibus»*, (Comentario a la STS de 15 octubre 2015), in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 2015, p. 175;
- CARRASCOSA LÓPEZ V., POZO ARRANZ M.A. e RODRIGUEZ DE CASTRO E.P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Granada, 1999
- CARRESI F., *Il contratto*, in AA. VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu, F. Messineo (diretto da), XXI, Milano, 1987;
- CASTELLI L., *L'obbligo di rinegoziare*, in *Contratti*, 2016, p. 185;
- CASTRO A.M. e ZAPATA A.C., *El hardship en los contratos internacionales*, in *Revista e-mercatoria*, 2005, p. 97;
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21;
- CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007;
- CATERBI S., *La garanzia per i vizi nel contratto di appalto - Prescrizione e decadenza*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 262;
- CECCHIELLA C., *Arbitrato irrituale e attuazione giudiziale del patto compromissorio*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 1083;
- CECCHERINI G., *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità e diritto europeo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Comporti*, S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio (a cura di), Milano, 2008;
- CENTRO CALAMANDREI, *I «computer service contracts»*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 179;

- CERINA P., *I contratti internazionali di informatica e legge applicabile: prime considerazioni*, in *Dir. inf.*, 1994, p. 405;
- CERVALE M.C., *Appalto d'opera e servizi*, in AA. VV., *La colpa nella responsabilità civile*, III, P. Cendon (a cura di), Torino, 2006;
- CESARO V.M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione del vincolo contrattuale*, Napoli, 2000;
- CHIEPPA R. e LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- CHINÈ G., *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, nota a Cass, 27 aprile 1996, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 1095;
- CHULIÀ VICENT E. e BELTRÁN ALANDETE T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. I, Factoring, joint venture, tarjetas de crédito, franquicia y know-how*, Barcellona, 1999;
- CIACCI G., *Semplificazione e liberalizzazione per la «nuova» firma elettronica*, in *Dir. e pratica società*, 2002, 5, p. 17;
- CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849;
- CICCIÒ G., *Presupposizione e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1993, p. 639;
- CICERO C., *La transazione*, Torino, 2014;
- CIPRIANI F., *La procura su foglio autonomo tra la certificazione e gli spilli del difensore*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 538;
- CIRILLO G.P., *Trattamento pubblico dei dati personali e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 851;
- CLARICH M., *Privacy informatica: prime osservazioni*, in *Danno resp.*, 1997, p. 137;
- CLARIZIA O., *Sopravvenienze non patrimoniali ed inesigibilità della prestazione*, Napoli, 2012;
- COLOMBO C., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999;
- COLONNA V., *Il danno da lesione della privacy*, in *Danno resp.*, 1999, p. 18;
- COMOGLIO P. e RONCAROLO C., *Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrali: problemi e prospettive*, in AA. VV., *Arbitro e riservatezza. Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrali*, A. Malatesta e R. Sali (a cura di), Padova, 2011;
- CONSOLO C., *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fu giurisdizione e ADR?*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1275;
- CONSOLO C. e MURONI R., *Contratti collegati con clausole arbitrali identiche: sempre unica la potestà (e così il processo) arbitrale?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1271;

- CONSOLO C. e NEGRI M., *Ipotecbe di costituzionalità sulle ultime modifiche alla legge Pinto: varie aporie dell'indennizzo municipale per durata irragionevole del processo (all'epoca della - supposta - spending review)*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1429
- CORAPI D., *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 23;
- CORRADO C., *I poteri costitutivi degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 560 (Nota a Arb. Roma, 23 ottobre 2003);
- CORRADO R., *La somministrazione*, in *Tratt. Vassalli*, 2, Torino, 2009;
- COSSU B., *Le procedure ad evidenza pubblica*, in *Aa. Vv.*, *Il contratto*, P. Fava (a cura di), Milano, 2012;
- COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Aa. Vv.*, *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, U. Draetta e C. Vaccà (a cura di), Milano, 1992;
- COSTANZA M., *Contratti atipici: validità, elasticità del tipo, disciplina applicabile*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 891;
- CREA C., *Connessioni tra contratti ed obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013;
- CRISCUOLO F., *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 699;
- CRISCUOLO F., *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 71.
- CRISCUOLI G., *Computer service contracts*, in *Enc. giur.* Treccani, VII, Roma, 1983;
- CUADRADO PÉREZ C., *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, Navarra, 2014;
- D'ALESSANDRO L., *Il risarcimento dei danni conseguenti al trattamento dei dati personali: l'art. 18 l. 675/96 e l'art. 2050 c.c.*, in *Resp. comunicazione impresa*, 2000, p. 423;
- D'AMBROSIO M., *Social network e diritti della personalità - Considerazioni in tema di privacy e responsabilità civile*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, p. 330;
- D'AMBROSIO M., *Cloud computing*, in *AA. VV.*, *Manuale di diritto dell'informatica*, D. Valentino (a cura di), 3<sup>ª</sup> ed., Napoli, 2016;

- D'AMBROSIO M., *Diritto di oblio e principio dell'openness nelle procedure giudiziarie: il caos delle pronunce della Corte di Cassazione*, in corso di pubblicazione;
- D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgamo.*, in *Contratti*, 2011, p. 653;
- D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 247;
- D'ARCANGELO F., *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 929;
- D'ARRIGO C.M., *Il controllo della sopravvenienza nei contratti a lungo termine*, in AA. VV., *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, R. Tommasini (a cura di), Torino, 2003;
- D'ORAZIO R. e ZENO ZENOVICH V., *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 421;
- DANOVI R., *La procura alle liti e il rapporto tra parte e difensore*, in *Riv. proc. civ.*, 1992, p. 919;
- DE AMUNÀTEGUI RODRÍGUEZ C., *La cláusola rebus sic stantibus*, Valencia, 2003;
- DE CARLOS BERTRÁN M., *El outsourcing como técnica de gestion alternativa y su regulación contractual*, in *Derecho de los negocios*, 1998, n. 91, p. 9;
- DE CASTRO VÍTORES G., *Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas*, in *Rev. crit. der. inm.*, 2014, p. 2827;
- DE MARTINI A., *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950;
- DE MAURO A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000;
- DE NICOTLIS R. e VOLPE C., *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, III, M.A. Sandulli, R. de Nicolis e R. Garofali (diretto da), Milano, 2008;
- DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993;
- DE NOVA G., *Conclusioni e conservazione del contratto*, in *Contratti*, 1997, p. 445;
- DE NOVA G., *Trattamento dei dati personali: responsabilità degli intermediari bancari e finanziari*, in *Danno resp.*, 1997, p. 401;
- DE NOVA G., *Il contratto: dal contratto tipico al contratto alieno*, Padova, 2011;
- DE SANTIS F., *Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuali*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 241;

- DEL CARMEN GETE-ALONSO e CALERA M., Sub *Art. 7*, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, vol. 1, M. Albaladejo (diretto da), Madrid, 1992;
- DEL PESO NAVARRO E., *Manual de outsourcing informatico. Analisis y contratación*, Madrid, 2003;
- DEL RE C., *La conciliazione*, in AA. VV., *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, A. SIROTTI GAUDENZI (a cura di), Torino, 2010;
- DEL SORBO D. e SPANO A., *Deposito a garanzia: gli escrow accounts nella prassi del commercio internazionale*, in *Commercio internaz.*, 2008, 24, p. 5;
- DELFINI F., *Clauseole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto* (Nota a Cass., 24 gennaio 1997, n. 750), in *Contratti*, 1997 p. 255;
- DELFINI F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999;
- DELFINI F., *Il d.p.r. n. 137/2003 in materia di firme elettroniche (commento al d.p.r. 7 aprile 2003, n. 137)*, in *Contratti*, 2003, p. 825;
- DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987;
- DI GIANDOMENICO G., *La nozione di alea nei contratti*, in *Nuova giur. civ.*, 1989, II, p. 280;
- DI MAJO A., *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1990, XXI, p. 1;
- DI MAJO A., *Il contratto e l'obbligazione nei principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 883;
- DI ROSA G., *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Milano, 1998;
- DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2002;
- DÍEZ-PICAZO L., *Comentario del artículo 1258*, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991;
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, 6ª ed., Navarra, 2007;
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 6ª ed., Navarra, 2007;
- DÍEZ-PICAZO L. e DE LEÓN P., *La cláusula "rebus sic stantibus"*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 1996, p. 669;
- DÍEZ-PICAZO L. e GUILLÓN A., *Sistema de derecho civil*, II, 10ª ed., Madrid, 2012
- DIMUNDO A., *La capacità degli arbitri*, in AA. VV., *Arbitrato*, G. Alpa e V. Vigoriti (a cura di), Torino, 2013;
- DUNI G., *Le firme elettroniche nel diritto vigente (osservazioni sulla normativa italiana nel 2006)*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 501;

- ERBER G. e SAYED-AHMED A., *Offshore outsourcing. A global shift in the present it industry*, in *Intereconomics*, 2005, p. 100;
- ESTEBAN DE LA ROSA F., *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, 1999;
- FABRIZIO SALVATORE A., *Responsabilità per illecito trattamento dei dati personali* (Nota a Cass. civ., sez. II, ord. 4 gennaio 2011, n. 186, in *Danno e resp.*, 2011, p. 139);
- FACHECHI A., *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, Napoli, 2016;
- FAGIOLO A. e LA MARCA E., *L'inadempimento e la responsabilità contrattuale nell'outsourcing*, in AA. VV., *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*, V, P. Cendon (a cura di), Torino, 2006;
- FALETTI G., *Il contratto di application service provisionig*, in *Dir. inf.*, 2001, p. 411;
- FAVA P., *Il contratto*, Milano, 2012;
- FENOY PICÓN N., *La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento*, in *Anuario de derecho civil*, 2010, p. 47;
- FENOY PICÓN N., *La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación Parte Segunda: los remedios por incumplimiento*, in *Anuario de derecho civil*, 2011, p. 1481;
- FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *Trayectorias y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial*, in *Arbitraje*, II, n. 2, 2009;
- FERRANTE E., *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p.151;
- FERRARI F., *Il codice dell'amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 415;
- FERRI G., *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, in AA. VV., *Studi in memoria di Ascarelli*, II, Milano, 1969;
- FERRI G., *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Giur.it*, 2013, p. 275;
- FERRI G.B., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 331;
- FESTI F., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001;
- FICI A., *Il contratto incompleto*, Torino, 2005;

- FIN C., *Responsabilità per esercizio di attività pericolose: prova liberatoria e concorso di colpa del danneggiato*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 216;
- FINESSI A., *Il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in AA. VV., *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, S. Delle Monache (a cura di), Torino, 2010;
- FINOCCHIARIO G., *Documento informatico e firma digitale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 956;
- FINOCCHIARIO G., *Firma digitale e firme elettroniche - Profili privatistici*, Milano, 2003;
- FITZGIBBON S., *Fiduciary relationship are not contracts*, in *Marquette law review*, 1999, p. 303;
- FOIS P., *I valori fondamentali del «nuovo» diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 15;
- FORGILLO E., *La giustizia telematica. Le Ondine Dispute resolution.*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, D. Valentino (a cura di), 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2016;
- FÓRNEAS CARRO J.R., *Outsourcing saque el máximo partido de sus proveedores*, La Coruña, 2008;
- FRANCESC BAYGUAL A., *Algunos contratos de telecommunicatione, informáticos y de prestación de servicios de la sociedad de la información*, in AA. VV., *Internet. Claves legales para la empresa*, Madrid, 2002;
- FRANCESCHELLI V., *Beni immateriali*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, p.934;
- FRANCESCHELLI V., *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contratti*, 1994, p. 385;
- FRANCESCONI A., *I sistemi informativi nell'organizzazione d'impresa*, Milano, 2011;
- FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010
- FRANZONI M., *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compito dell'interprete* (nota a Trib. Roma 20 gennaio 2004), in *Resp. civ.*, 2004, p. 510;
- FREYTES A.E. *La frustración del fin del contrato*, Córdoba, 2011;
- FRIGNANI A. e TORSELLO M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010;
- FUSARO A., *Attività pericolose e dintorni - Nuove applicazioni dell'art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1337;
- GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 905;
- GABRIELLI E., *Il contratto e la sua classificazione*, in AA. VV. *Trattato dei contratti*, E. Gabrielli (a cura di), Torino, 2006;

- GABRIELLI E., *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in AA. VV. *Trattato dei contratti*, E. Gabrielli (a cura di), Torino, 2006;
- GABRIELLI E., *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in AA. VV., *Studi in onore di Ugo Majello*, I, M. Comperti e S. Monticelli (a cura di), Napoli, 2005, p. 751;
- GABRIELLI E., *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 1705;
- GABRIELLI E., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 570;
- GABRIELLI E., *Alea e svalutazione nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 710;
- GABRIELLI E., *Contratto e contratti: scritti*, Torino, 2011;
- GASSEN D. e BECHINI U., *Firme elettroniche a valore legale internazionale: un nuovo approccio per migliorare l'interoperabilità*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 349;
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2010;
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014;
- GALGANO F., *Diritto commerciale*, Bologna, 2007;
- GALGANO F. e MARRELLA F., *Diritto e prassi nel commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (diretto da) Padova, 2010;
- GALLETTI M., *Il contratto preliminare e le sopravvenienze contrattuali*, in AA. VV., *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, R. Tommasini (a cura di), Torino, 2003;
- GALLETTI M., *Joint venture e modelli di integrazione tra imprese nel sistema degli appalti: tutela e responsabilità*, Milano, 2005;
- GALLI R., *Appunti di diritto civile*, Napoli, 2008;
- GALLO P., *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992;
- GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641;
- GALTERIO D., *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, *ivi*, 1992, p. 125;
- GAMBA C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008;
- GAMBINO A.M., *Firma elettronica (diritto civile)*, in *Enc. Giur.* Treccani, 2003, XIV, p. 1;
- GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004;

- GARCÍA CARACUEL M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2014;
- GARCÍA VIDAL Á., *Registrazione e gestione dei nomi a dominio*, in *AIDA*, 2007, p. 385;
- GARCÍA VIDAL Á., *El derecho español sobre los nombres a dominio*, Granada, 2004;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015;
- GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 667;
- GHIDINI G., *I programmi per computers fra brevetto e diritto d'autore*, in AA.VV., *La tutela giuridica del software*, G. Alpa (a cura di), Milano, 1984;
- GIAMPIERI A., *Rischio contrattuale in Common law*, in *Contr. Impr.*, 1996, p. 590;
- GIANNATTASIO C., *Appalto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1977;
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, 2ª ed., Milano, 1988;
- GIOIA G., *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 880;
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento*, 3ª ed., Milano, 1975;
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, Milano, 1998;
- GIORGIANNI M., *Scritti minori*, Napoli, 1988;
- GIORGINI E., *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2012;
- GIRIMONTE S., *Esiste uno standard di diligenza nell'esercizio delle attività pericolose?* (Nota a Cass., sez. III, 13 maggio 2003, n. 7298, in *Giur. it.*, 2004, p. 976;
- GITTI G., *Problemi dell'oggetto*, in *Trattato del contratto*, II, G. Vettori (a cura di), Milano, 2006;
- GILLEY K.M. e RASHEED A., *Making more by doing less: an analysis of outsourcing and its effects on firm performance*, in *Journal of Management*, 2000;
- GÓMEZ CALLE E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994;
- GÓMEZ TOBOADA J., *Los arrendamientos de obra y de servicios*, in AA. VV., *Instituciones de derecho privado*, III, V.L. Simó Santonja (a cura di), Madrid, 2003;
- GONZÁLEZ RAMÍREZ M.R., MLLOPIS TAVERNER J., e GASCÓ GASCÓ J.L., *El Offshore Outsourcing de sistemas de información en las empresas industriales españolas*, in *Economía Industrial*, 2011, n. 380, p. 63;

- GONZALES RAMIRES M.R., GASCO GASCO J.L. e LLOPIS TAVERNER J., *Razones y riesgos de l'outsourcing de lo sistema de información: una analisis de su situación y evolución*, in *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 2010, vol. 16., n.1, p. 55;
- GORGA G. e MULA D., *Alternative dispute resolution e Online dispute resolution nell'ordinamento italiano*, in *Dir. ed economia mezzi di comunicazione*, 2010, f. 3, p. 65;
- GORNI A., *L'adaptation convenuta dalle parti*, in AA. VV., *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa, Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, C. Vaccà (a cura di), Milano, 1992;
- GORRASINI. A. e TESCIONE F., *Per un quasi commento sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 237;
- GRANATO CORIGLIANO R., *Firma digitale e forma elettronica*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 809;
- GRANIERI M., *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007;
- GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. comm.*, 1936;
- GRAZIOSI A., *Documento informatico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2008, p. 491;
- GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990;
- GUERINONI E., *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007;
- GUIDA G., DELLA MASSARA T., DE POLI M., DALLA PAOLA M. e MATERIA L., *Le obbligazioni pecuniarie*, in AA. VV., *Trattato delle obbligazioni*, S. Patti e L. Vacca (a cura di), Padova, 2010;
- GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house, nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009;
- IORIO G., *Sulla natura della certificazione di autenticità relativa alla autografia della sottoscrizione della procura speciale rilasciata in calce all'atto introduttivo del giudizio*, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, p. 130
- IRTI N., *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Riv. arb.*, 1994;
- IRTI N., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289;
- IRTI N., *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 189;
- IRTI N., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 1139;

- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2001;
- IZZI B., *La firma elettronica negli strumenti di circolazione della ricchezza*, in *Riv. not.*, 2004, p. 867;
- KAKABADSE N. e KAKABADSE A., *Outsourcing global de IT: analisis, desarrollo, y prácticas recomendadas*, in AA. VV., *Estrategias globales de outsourcing*, P. BARRAR e R. GERVAIS (a cura di), Gower, 2007;
- LA PERA S., *Joint venture y sociedad acuerdos de coparticipación empresarial*, Buenaos Aires, 1984;
- LA ROSA E., *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in AA. VV., *Sopraevenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, R. Tommasini (a cura di), Torino, 2003;
- LABELLA E., *Tutela della microimpresa e «terzo contratto»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 857;
- LAUDISA L., *Arbitrato e riservatezza*, in *Riv. arb.*, 2004;
- LAZZARELLI F., *L'equilibrio contrattuale nelle forniture dei sistemi informatici*, Napoli, 2010;
- LEGGIADRO F., *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*, in *Urb. app.*, 2013, p. 310;
- LEGGIADRO F., *Gli affidamenti in house alle società pubbliche partecipate*, in *Urb. app.*, 2011, p. 957;
- LEPORE A., *Il possibile carattere transnazionale delle ADR nel sistema italo-comunitario delle fonti*, in *Corti salernitane*, 2015, p. 118;
- LIMONE M., *I contratti di cloud*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it).
- LIPARI M., *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, p. 223;
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964;
- LONSDALE C., *Atenuación de riesgos y outsourcing: modelos alternativos para gestionar los riesgos de suministro*, in AA. VV., *Estrategias globales de outsourcing*, P. BARRAR e R. GERVAIS (a cura di), Gower, 2007, p. 347;
- LONGU T., *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti fra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 345;
- LÓPEZ VILAS R., *El subcontrato*, Madrid, 1973;
- LORDI A., *Contratto di deposito del codice sorgente*, in *Contr. Impr.*, 2004, p. 949;
- LUCIANI A.M., *Escrow*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 801;

- LUIO F.P., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 605;
- LUIO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim.*, 2004, p. 1201;
- LUMINOSO A., *Codice dell'appalto privato*, in *Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali annotati con la dottrina e la giurisprudenza*, A. LUMINOSO (a cura di), Milano, 2010;
- LUMINOSO A., *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 501;
- LONGOBUCCO F., *Rapporti di durata e divisibilità contrattuale*, Napoli, 2012;
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996;
- MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo della rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63;
- MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in *Tratt. dei contratti*, V. Roppo (a cura di), Milano, 2006;
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione*, in AA. VV., *I contratti in generale*, E. Gabrielli (a cura di), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006;
- MACCARONE M. e S. MARTUSCELLI, *Reputazione economica*, in AA. VV., *La prova e il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, I, P. Cendon (a cura di), Torino, 2008;
- MADRID PARRA A., *El cumplimiento*, in *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, 1998;
- MAIETTA A., *I segni distintivi nell'era internet*, in AA. VV., *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie*, G. Cassano e I.P. Cimino (a cura di), Padova, 2008;
- MAISTO F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico – sostanza economica e natura giuridica degli autoregolamenti complessi*, Napoli, 2000;
- MAGRÌ A., *Possibilità giuridica ed esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 661;
- MACHO GÓMEZ C., *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa*, in *An. der. civ.*, 2014, p. 231;
- MANTELERO A., *Processi di outsourcing informatico e cloud computing, la gestione dei dati personali e aziendali*, in *dir. inf.*, 2010, p. 673;
- MANTELERO A., *Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1216;

- MARAGON A., *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 357;
- MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006
- MARINI A., *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1993;
- MARRELLA F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, p. 29;
- MARTINEZ ATIENZA G., *Obligación de los arbitros, las partes y las instituciones Arbitrales de guardar confidencialidad de las informaciones que conozcan por las actuaciones Arbitrales*, in *Comentarios a la ley de Arbitraje*, Barcellona, 2011;
- MARTÍNEZ MUÑOZ J. A., *¿Abuso del derecho?*, Madrid, 1998;
- MARTINEZ VELENCOSO L.M., *Derecho de superficie y cláusula rebus sic stantibus* (Comentario a la STS de 20 febrero 2001),
- MARTINEZ VELENCOSO L.M., *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Madrid, 2003;
- MARTINEZ VELENCOSO L.M., *Sentencia de 1 junio de 2010. Arrendamiento de cosas: frustración del fin del negocio* (Comentario a la STS de 1 junio 2010, n. 1135), in *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 2011, p. 479;
- MASCIA A., *La composizione stragiudiziale delle dispute e l'utilizzo della tecnologia*, in *Vita not.*, 2009;
- MASTROPIETRO B., *Il danno da illecito trattamento dei dati personali nel quadro dei recenti orientamenti in materia di danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, II, p. 677;
- MASTROILLI A., *L'abuso del diritto e il terzo contratto* (Nota a Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106), in *Danno e resp.*, 2010;
- MATTIONI M., *Osservazioni sul ruolo dell'equità nel diritto privato*, in *Integrazione non legislativa del contratto*, E. Lucchini Guastalla (a cura di), Milano, 2103;
- MATTIONI M., *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 567;
- MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 1095;
- MAUGIERI M., *Esternalizzazione di funzioni aziendali e "integrità" organizzativa delle imprese di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, fasc. 4, pp. 439-469;
- MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt.i dir. priv.*, P. Rescigno (diretto da), Torino, 1985,
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv.crit. dir. priv.*, 1986, p. 5;

- MENICHINO C., *Principio di conservazione e nullità del contratto*, in *Contratti*, 2005, p. 751;
- MENICHINO C., *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale ed onere della prova: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. trim.*, 2005, p. 541;
- MENICHINO C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008;
- MERUZZI G., *Clausole leganti, vendita sotto costo e abuso di posizione dominante*, in *Dir. ind.*, 1995, p. 586;
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1975;
- MESSINETTI D., *Beni Immateriali, Enc. giur. Trecc.*, vol. V, Roma, 1988;
- MESSINETTI D., *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970;
- MEZZOTERO A., NANIA L. e ROMEI D., *Contratto e risoluzione delle controversie*, in AA. VV., *Il contratto*, G. Buffone, C. De Giovanni e I. Natali (a cura di), Padova, 2013;
- MIGLIETTA M. e MIGLIETTA A., *L'appalto privato*, Torino, 2006;
- MIGLIETTI L., *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense ed europea*, Napoli, 2014;
- MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 8;
- MINERVINI E., *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 492;
- MINERVINI E., *I sistemi O.D.R.*, in AA. VV., *Internet e diritto civile*, C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), Napoli, 2015;
- MONTANI V., *Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da genus a species*, in *Danno resp.*, 2012;
- MONTEMAGGI S., *Note minime in tema di "recupero" del contratto nullo ex art. 36 del codice del consumo*, in AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, E. Navarretta (a cura di), Milano, 2007,
- MONTESINOS GARCÍA A., *Arbitraje y nuevastecnologías*, Navarra, 2007;
- MONTICELLI S., *I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele*, in *Eur. dir. priv.*, 2011;
- MORESE R., *Il termine di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi*, in *Contratti*, 2009;
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato.*, Padova, 2008;
- MUCCIOLINI N., *L'attività pericolosa: un'autonoma fonte di responsabilità tra contratto e responsabilità oggettiva* (Nota a Cass., sez. III, 18 marzo 2005, n. 5971, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 321;
- MUSELLA A., *Il contratto di outsourcing del sistema informativo*, in *Dir. inf.*, 1998;

- MUSIO I., *Responsabilità precontrattuale*, in AA. VV., *Trattato della responsabilità civile*, P. Stanzone (diretto da), I, *La responsabilità contrattuale*, Padova, 2012;
- MUSOLINO G., *Onerosità e difficoltà dell'esecuzione*, in AA. VV., *Trattato dei contratti*, D. Valentino (a cura di), Torino, 2011;
- MUSTI B., *I contratti ad oggetto informatico*, Milano, 2001;
- MURRA R., *Note minime sull'efficacia del potere del difensore di certificazione della firma apposta sulla procura ad litem*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1514;
- NALDONI M., *La vicenda del danno non patrimoniale nella legislazione sulla privacy italiana*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 935;
- NANNA C.M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010;
- NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006;
- NASTRI M., *Le opportunità dell'atto pubblico informatico*, in *Notariato*, 2010, p. 556
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1974;
- NAVARRA R., *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, Napoli, 2014
- NAVARRETTA E., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 3;
- NAVONE G., *La firma digitale ed il sistema di certificazione quale nuovo strumento di pubblicità legale*, in *Dir. Internet*, 2008, p. 113;
- NELLI R.P. e BENSI P., *L'impresa e la sua reputazione. L'evoluzione della media coverage analysis*, Milano, 2003;
- NICOLUSSI A., *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 843;
- NOCERA I.L., *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim.*, 2014, p. 1449;
- OPPO G., *Contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 629;
- OPPO G., *Creazione ed esclusiva del diritto industriale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, p. 187;
- OPPO G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 143;
- ORLANDO CASCIO S. e ARGIROFFI C., *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1988;
- ORO NOBILI M. e ULISSI L., *Il deposito fiduciario del software: il source-code escrow agreement*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2002, p. 473;

- OSTI G., *Appunti per una teoria della «sopravvenienza»*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, p. 471;
- PALAZZOLO A., *Il «domain name»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 167;
- PANETTA R., *Il risarcimento del danno da violazione dei dati personali - Una nuova frontiera per il danno esistenziale?*, in *Dir. e giust.*, 2003, 12, p. 79;
- PARDOLESI R., Prefazione, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004;
- PARINI M.M., «Terzo contratto» e tutela dell'imprenditore debole, in *studiorum iuris*, 2015, p. 308;
- PARMIGGIANI F., *Controllo e dominio nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, p. 209;
- PARRINELLO C., *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori: riflessioni sui principi Unidroit*, in AA. VV., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, R. Tommasini (a cura di), Torino, 2003;
- PASQUINO T., *Le clausole di esonero da responsabilità nei contratti di fornitura dei servizi telematici*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 787;
- PATTI S., *Della prova documentale*, in *Comm.Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1996;
- PAULEAU C., *El regime juridico de las "joint venture"*, Valencia, 2003;
- PERCHINUNNO M.C., *Collegamento negoziale e contratti informatici: dai contratti sul software all'open source*, *Contr. impr.*, 2005, p. 304;
- PÉREZ CONESA C., *El convenio arbitral*, in AA. VV., *Tratados de contratos*, III, 2ª ed., N. Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2013;
- PERFUMI C., *Articolo 2050 c.c.: ai limiti estremi della colpa* (Nota a Cass., sez. III, 13 maggio 2003, n. 7298), in *Danno e resp.*, 2004, p. 181;
- PERLINGIERI G. e LAZZARELLI F., *Il contratto telematico*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, D. Valentino (a cura di), 3ª ed., Napoli, 2016;
- PERLINGIERI P., *Firma digitale e commercio elettronico*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2000, p. 35;
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334;

- PERLINGIERI P., *Arbitrato e costituzione*, Napoli, 2002;
- PERLINGIERI P., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005;
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006;
- PERLINGIERI P., *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 480;
- PERLINGIERI P., *Sui modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2014, p. 93;
- PERLINGIERI P., *Sulle cause di scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia*, in *Giust. proc. civ.*, 2014, p. 657;
- PERNAS GARCÍA J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Madrid, 2008;
- PERON S., *Ius variandi nel contratto di appalto*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 66;
- PERON S., *Sul risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy* (Nota a T. Milano, 3 settembre 2012), in *Resp. civ.*, 2013, p. 225;
- PETRELLA C., *Le clausole compromissorie nei contratti*, Salerno, 2003;
- PICCOLI P. e ZANOLINI G., *Il documento elettronico e la «firma digitale»*, in *Riv. not.*, 2000, p. 879;
- PICOZZA E., *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA. VV., *I contratti di appalto pubblico*, C. Franceschini (a cura di), Torino, 2010;
- PIERANI M., *On line dispute resolution*, in AA. VV., *Diritto dell'internet e nuove tecnologie*, G. Cassano e I.P. Cimino, Padova, 2008;
- PIERAZZI E.M., *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 251;
- PIERGIOVANNI M., *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2000, p. 122;
- PIETROBON V., *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1991, XXIV, p. 1;
- PIGNALOSA M.P., *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 411;
- PINO A., *Contratto aleatorio, contratto commutativo ed alea*”, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1221;

- PLEITE GUARDAMILLAS F., *El àmbito de aplicaci3n subjetiva de la Ley de contratos del sector publico. Claves para la clasificaci3n de los podere adjudicadore*, Madrid, 2010;
- PONTECORVINO A., *Clausola compromissoria ed esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 537;
- PONZANELLI G., *Le clausole di esonero dalla responsabilit3*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 852;
- POPOLI P., *Outsourcing risk management*, Torino, 2008;
- PROPERSI A., *Le joint ventures: gli accordi fra imprese: aspetti economico-aziendali, giuridici e fiscali: la stipulazione del contratto, l'organizzazione, il controllo contabile, schemi contrattuali*, Roma, 1992;
- PUNZI C., *Arbitrato (arbitrato rituale e irrituale)*, in *Encicl. giur.* Treccani, Roma, XVII, 1988, p. 1;
- RAMINGWONGS. e SAJEEY A.S.M., *Offshore outsourcing: the risk of keeping mum*, in *Communication of ACM*, 2007, vol. 50, n. 8, p. 101;
- RECANO P., *La responsabilit3 civile da attivit3 pericolose*, Padova, 2001;
- RECINTO G., *La natura giuridica del settlement tra giusto processo e giuste Ondine dispute resolution*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2015;
- REYES CORRIPIO GIL-DELGADO M., *Los contratos inform3ticos. Eldeber de informaci3n precontractual*, Madrid, 1999;
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205;
- RESCIGNO P., *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13;
- RESCIGNO P., *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Aa. Vv., Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, U. Draetta e C. Vacc3 (a cura di), Milano, 1992;
- RESNIK J., *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 699;
- RESTA G., *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *AA. VV., Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, G. Resta (a cura di), Milano, 2011;
- RICCI A., *La reputazione nell'era digitale*, in *AA. VV., Diritto dell'informatica*, F. Delfini e G. Finocchiaro (a cura di), Torino, 2014;
- RICCI E.F., *Note sull'arbitrato «amministrato»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1;

- RICCIARDI A., *L'outsourcing strategico*, in *Amministrazione e finanza*, 2011, p. 78;
- RICCIARDI A., *L'outsourcing strategico. Modalità operative, tecniche di controllo ed effetti sugli equilibri di gestione*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2009;
- RICCIO G.M., *La mediazione on-line*, in AA. VV., *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, A. Pera e G.M. Riccio (a cura di), Padova, 2011;
- RICCIO G.M., *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in AA. VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, G. Resta e V. Zeno-Zencovich (a cura di), Roma, 2015;
- RICCIUTO V., *La formazione progressiva del contratto*, in AA. VV. *Trattato dei contratti*, E. Gabrielli (a cura di), Torino, 2006;
- RINALDI R., *La tutela penale del software tra interpretazione estensiva e interpretazione analogica*, in *Dir. inf.*, 1987, p. 1058;
- ROBUSTELLA C., *I contratti di fornitura di servizi telematici*, in AA. VV., *I contratti dell'impresa*, S. Monticelli e G. Porcelli (a cura di), 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2013;
- ROCA GUILLAMON J., *Sub. art. 1258*, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, vol. ???, M. Albaladejo (diretto da), Madrid, 1992;
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA M.G., *Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios*, in *Rev. crit. der. inm.*, 2015;
- RONCHI M., *Sulla natura della responsabilità per esercizio di attività pericolosa* (Nota a Cass., sez. III, 13 maggio 2003, n. 7298, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1356);
- ROLANDO E., *Gestione dei servizi pubblici locali: affidamento «in house» o procedura ad evidenza pubblica? La scelta agli Enti locali*, in *Giust. it.*, 2006, p. 2174;
- ROLLI R., *«Guerra del Golfo» ed embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 115;
- ROPPO V., *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, in *Danno resp.*,... p. 660;
- ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669;
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, 1, Milano, 2011;
- ROSSELLO C., *I contratti dell'informatica*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, III, 11, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2000;

- ROSSELLO C. e ZENO ZENOVICH V., *Condizioni generali di contratti di utilizzazione del computer* (ricerca del centro di iniziativa giuridica P. Calamandrei), in *Dir. inf.*, 1986, p. 266;
- ROSSI T., *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 831;
- ROVELLI L., *Arbitrato e figure affini (sulla natura dell'arbitrato irrituale)*, *ivi*, 1994, p. 220;
- ROVERSI R., *I contratti di "outsourcing" della manutenzione*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 522;
- RUBINO D. e IUDICA G., *Dell'appalto*, in comm. Scialoja-Branca, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 2007;
- RUBINO SAMMARTANO M., *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 2006;
- RUBINO SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010;
- RUGGERI L., *Mercato telematico ed autonomia privata: un nuovo ruolo per la «lex mercatoria»*, in AA. VV., *Studi in onore di Ugo Majello*, II, M. Comporti e S. Monticelli (a cura di), Napoli, 2005;
- RUGGIERI L., *I Domain names*, in AA. VV. *Manuale di diritto dell'informatica*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, D. Valentino (a cura di), 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2016;
- RUFFINI G., *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 417 ss.;
- RUFFINI G., *Il patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 711 ss.;
- RUSSO D., *Sull'equilibrio dei contratti*, Napoli, 2001;
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore - persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 124;
- RUVOLO M., *Il contratto preliminare nella giurisprudenza*, Padova, 2011;
- SACCO R., *La nozione di contratto*, R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3<sup>a</sup> ed., in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2004;
- SACCO R., *La volontà*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3<sup>a</sup> ed., in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2004;
- SACCO R., *I rimedi sinallagmatici*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3<sup>a</sup> ed., in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2004;
- SAMMARCO P., *I nuovi contratti dell'informatica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 2006, p. 362;

- SAMMARCO P., *La concessione di spazio digitale in rete aperta*, in Aa. Vv., *I contratti di utilizzazione dei beni*, in *Trattato dei contratti*, V. Cuffaro (a cura di), Torino, 2008;
- SAMMARCO P., *Software ed esaurimento del diritto*, in *Dir. inf.*, 2006;
- SAN CRISTÓBAL REALES S., *La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles*, in *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2011, p. 277;
- SANTONASTASO F., *Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa «per sua natura» - Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contr. impr./Europa*, 2005, p. 21;
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002;
- SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008;
- SCAGLIONE F., *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur.it.*, 2008, p. ;
- SCARPELLO A., *La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 227;
- SCARPELLO A., *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010;
- SCOGNAMIGLIO R., *Il collegamento negoziale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960;
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2008;
- SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18;
- SCHIZZEROTTO G., *L'arbitrato*, Milano, 1982;
- SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale con ampia appendice di giurisprudenza*, Napoli, 1983;
- SENA G., *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 57;
- SENA G., *Note critiche sul procedimento di mediazione e conciliazione – sua disapplicazione alla proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 170;
- SENIGAGLIA R., *Informazione contrattuale nella net economy e trasparenza del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 229;
- SERRAO E., *Il contratto preliminare*, Padova, 2011;

- SICA S., *Danno morale e legge sulla privacy informatica*, in *Danno resp.*, 1997, p. 282;
- SICCHIERO G., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006 p. 919;
- SILLA V., *Il contratto di outsourcing*, in AA. VV., *I singoli contratti*, G. Cassano (a cura di), Padova, 2010;
- SIMON H.A., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985;
- SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 415;
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.;
- SOLER MATUTES P., *Aspectos generales de la contratación informática*, in AA. VV., *Manual de gestión y contratación informática*, P. Saler Matutes, M. Piattini Velthuis (a cura di), Navarra, 2008;
- SORRENTINO F., *Firma digitale e firma elettronica: stato attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 536;
- SPANGARO A., *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014;
- TAMPONI M., *Liberalizzazioni, «terzo contratto» e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 91;
- TARZIA G., *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 14;
- TIMOTEO M., *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione negoziale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 619;
- TOMMASINI R., *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione*, in AA. VV., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, R. Tommasini (a cura di), Torino, 2003;
- TORRENTE A. e SCHELESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013;
- TOSI E., *Il contratto di outsourcing di sistema informatico*, Milano, 2001;
- TOSI E., *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, in *Dir. Inf.*, 1995;
- TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione dei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003;

- TREZZA C., *Esecuzione in forma specifica del preliminare*, in AA. VV., *Il contratto preliminare*, G. Capo, A. Musio e G. Salito (a cura di), Padova, 2014;
- TRIPODI E.M., *I sistemi di conciliazione on line: dalla soluzione delle controversie alla gestione dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Dir. Internet*, 2005, p. 205;
- TROIANO S., *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005;
- TURINI L., *Il contratto di escrow per le licenze di software*, in *Merito*, 2005, f. 4, p. 2;
- UDA G.M., *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II;
- VACCÀ C., *La responsabilità per inadempimento del prestatore di servizi: attuali tratti ed evoluzione della disciplina*, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, U. Draetta e C. Vaccà (a cura di), Milano, 1992;
- VACCÀ C., *Il punto su ODR, Ondine dispute resolution*, in *Contratti*, 2009, p. 1072;
- VALENTE A., *La registrazione e l'utilizzo del domain name: l'arbitrato obbligatorio della ICANN*, in *Contratti*, 2001, p. 501;
- VALENTINO D., *Globalizzazione economica e disorder law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror- image rule*, in *Riv. dir. priv.* 2008, p. 392;
- VALENTINO D., *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 509;
- VALENTINO D., *La fornitura di servizi informatici e l'informatizzazione delle imprese*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, D. Valentino (a cura di), 3<sup>s</sup> ed., Napoli, 2016;
- VALENTINO D., *L'allocazione del rischio nei contratti di fornitura di assistenza informatica*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1012;
- VALENTINO D., *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, relazione al Convegno "L'Integrazione dei contratti di impresa tra libertà negoziale e interventi normativi e regolamentari", tenutosi presso l'Università degli Studi di Salerno, il 27 maggio 2016, ined.;
- VAQUERO PINTO M.J., *Otros: gestión y servicios profesionales*, in AA. VV., *Tratados de contratos*, III, 2<sup>a</sup> ed., N. Moralejo Imberón y S. Quicios Molina (a cura di), Valencia, 2013;
- VARI P., *Outsourcing di servizi informatici*, in *Inform. e diritto*, 1995;
- VARI P., *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Padova, 2001;
- VENDITTI A., *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. Civ.*, 1954;

- VERDE G., *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 425;
- VEZZOLI G., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 124;
- VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008;
- VIOLA L., *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in materia di tutela giurisdizionale del diritto alla privacy*, in *Giust. proc. civ.*, 2014, p. 885;
- VIRTUANI R., *L'organizzazione del processo di outsourcing nei sistemi informativi aziendali*, Milano, 2005;
- VOLPE C., *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. app.*, 2008, p. 1401;
- ZACCHEO M., *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim.*, 1987;
- ZAGAMI P., *L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano*, in *Trusts*, 2012, p. 365;
- ZALLONE R., *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003;
- ZENO-ZENOVICH V., *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti d'informatica*, in Alpa e Zeno Zenovich, *I contratti dell'informatica*, Milano, 1987;
- ZENO-ZENOVICH V., *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Dir. inf.*, 2007, p. 263;
- ZENO ZENOVICH V., *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del tribunale civile di Roma*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 405;
- ZINCONI A., *Il contratto di outsourcing: natura, caratteristiche, effetti*, in *Riv. dir. autore*, 2002, p. 381;
- ZUCCHINO R., *Sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose* (Nota a Cass., sez. III, 2 marzo 2001, n. 3022), in *Giur. it.*, 2001, p. 2275;
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Collegamento negoziale e arbitrato*, in AA. VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, F. Carpi (a cura di), Napoli, 2009.

## INDICE DEGLI AUTORI\*

- ADDIS F., II 279;
- AGUSTINOY GUILAN A., III 573;
- AL MUREDEN E., II 291;
- ALBERTI C., I 220;
- ALBERTINI L., III 571;
- ALPA G., II 253 III 472;
- ÀLVAREZ SUESCUN E., I 80;
- AMADIO G., I 26;
- AMBROSOLI M., II 331 333;
- AMORE G., I 167, II 273 299 389;
- ANDREWS N., III 490 497;
- APARICIO VAQUERO J.P., I 76 84 126 140 146;
- APRUZZI V., III 439;
- ARATA F., I 161 162;
- ARIETA G., III 476;
- ASTOLFI A., I 119;
- ASTONE F., I 138
- ASTONE M., III 408 450;
- AUTIERI P., III 560 561
- BALESTRA L., II 268;
- BARASSI L., II 255 III 426;
- BARATTA T., II 357
- BARBAGALLO I., I 99
- BARBERA L., II 349 350 382;
- BARCELLONA M., I 172 173 II 243 351 352;
- BELLANTE M., III 450;
- BELLANTUONO G., II 367;
- BENEDETTI G., I 135;
- BERNINI A.M III 575;
- BIANCA C.M., I 41 163 II 268 336 343 III 444 445 448 511;
- BIN M., III 476 502;
- BLASCO PEDRO C., I 114;
- BLANCO PÉREZ-RUBIO L., II 354;
- BOCCHINI E., I 190;
- BOCCHINI R., I 147 150 155, II 247;
- BOCCHINI R. e GENOVESE A., I 148 155 157;
- BOERO P., I 154;
- BONELL M.J., II 280
- BONELLI F., II 266;
- BORRUSO R. e CIACCI G., I 4 14 20;
- BOTTARELLI D., I 161;
- BRAVARD J.L. e MORGAN R., II 373;
- BRUNO C., II 332 344;
- BUGIOLACCHI L., III 551;
- BUSTO LAGO J.M., I 146 166, II 319 323 324;
- CABELLA PISU L., II 326;

---

\* I numeri romani si riferiscono al capitolo, quelli arabi alla nota.

CAGNASSO O., I 154, II 326;  
 CAGNASSO O. e COTTINO G., I 151;  
 CENTRO CALAMANDREI, I 18 68 71;  
 CAMARDI C., III 556;  
 CAPALDO G., II 268;  
 CAPONI R., III 575;  
 CAPUTO A. e SCOTTI R., III 538;  
 CARBONE P., I 168;  
 CARBONE V., III 399, 445 476;  
 CARDARELLI F., I 69 76 141 146;  
 CARIOTA FERRARA L. I 41 73;  
 CARNELUTTI F. III 510;  
 CARNEVALI U., III 443;  
 CARRASCO PERRERA Á., II 322;  
 CARRASCOSA LÓPEZ V., POZO ARRANZ  
 M.A. e RODRIGUEZ DE CASTRO E.P., I 1;  
 CARRESI F., I 39, III 399 407;  
 CASTELLI L. II 343,  
 CASTRO A.M. e ZAPATA A.C., II 294;  
 CASTRONOVO C., II 340;  
 CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S., I  
 192;  
 CATERBI S., III 424;  
 CECHELLA C., III 476;  
 CECCHERINI G., III 442;  
 CERINA P., I 1;  
 CERVALE M.C., III 421;  
 CESARO V.M., II 275 364 385 390;  
 CHIEPPA R. e LOPILATO V., I 239 ;  
 CHINÈ G., I 30;  
 CHULIÁ VICENT E. e BELTRÁN  
 ALANDETE T., I 119 ;  
 CIACCI G., III 571;  
 CIAN G., I 178;  
 CICCIO G., II 338;  
 CICERO C., III 510;  
 CIPRIANI F., 494;  
 CIRILLO G.P., III 524;  
 CLARICH M., III 450;  
 CLARIZIA O., II 328  
 COLOMBO C., I 35;  
 COLONNA V., III 450 452;  
 COMOGLIO P. e RONCAROLO C., III 474;  
 CONSOLO C., III 493 576  
 CONSOLO C. e MURONI R., I 59;  
 CONSOLO C. e NEGRI M., III 455;  
 CORAPI D., II 276 290;  
 CORRADO C., III 539;  
 CORRADO R., I 154;  
 COSSU B., I 223 224;  
 COSTANZA M., I 139, II 265 362 366 391;  
 CREA C., I 55 57 58;  
 CRISCUOLO F., II 310, III 414 487 510;  
 CRISCUOLI G., I 63 66 72;  
 CUADRADO PÉREZ C., I 200;  
 D'ALESSANDRO L. III 450;  
 D'AMBROSIO M., I 102 103 108, III 450  
 470 ;  
 D'AMICO G., I 203, III 579;

D'ARCANGELO F., III 443;  
 D'ARRIGO C.M., II 387;  
 D'ORAZIO R. e ZENO ZENOVICH V., I 1;  
 DANОВI R., III 494;  
 DE AMUNÀTEGUI RODRÍGUEZ C., II 246  
 256 338 ;  
 DE CARLOS BERTRÁN M., I 118;  
 DE CASTRO VÍTORES G., II 354;  
 DE MARTINI A., II 252;  
 DE MAURO A., II 256 347;  
 DE NICOTLIS R. e VOLPE C. I 230;  
 DE NOVA G., I 127 129, II 326 363, III  
 524 525 ;  
 DE SANTIS F., III 571;  
 DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA  
 M., I 202;  
 DEL PESO NAVARRO E., I 85, 146;  
 DEL RE C., III 486;  
 DEL SORBO D. e SPANO A., III 439;  
 DELFINI F., II 253 266, III 444 445 571;  
 DI GIANDOMENICO G., II 253 268  
 DI MAJO A., II 302 III 406;  
 DI ROSA G., I 119;  
 DIENER M.C., I 41, III 518;  
 DÍEZ-PICAZO L., I 146, II 305 310;  
 DÍEZ-PICAZO e A. GUILLÓN, II 312;  
 DÍEZ-PICAZO L. e DE LEÓN P., II 307;  
 DIMUNDO A., III 505;  
 DUNI  
 ERBER G. e SAYED-AHMED A., I 123;  
 ESTEBAN DE LA ROSA F., I 119 ;  
 FABRIZIO SALVATORE A., III 450;  
 FACHECHI A., III 557 577;  
 FAGIOLO A. e LA MARCA E., III 430;  
 FALETTI G., I 95 96;  
 FAVA P., III 520 ;  
 FENOY PICÓN N., II 324  
 FERNÁNDEZ ROZAS J.C., III 571;  
 FERRANTE E., II 326;  
 FERRARI F., III 572;  
 FERRARI V., II 268;  
 FERRI G., I 10 209;  
 FERRI G.B., ;  
 FESTI F., III 512 521 522;  
 FICI A., I 182;  
 FIN C., III 450;  
 FINESSI A., III 524;  
 FINOCCHIARIO G., III 571;  
 FITZGIBBON S., I 74;  
 FOIS P., II 249;  
 FORGILLO E., III 460 547 551;  
 FÓRNEAS CARRO J.R., I 112;  
 FRANCESC BAYGUAL A., I 115;  
 FRANCESCHELLI V., I 159;  
 FRANCESCONI A., II 369;  
 FRANCO R., I 25;  
 FRANZONI M., III 531;  
 FREYTES A.E., II 248;  
 FRIGNANI A., I 205;

FRIGNANI A. e TORSELLO M., I 298;

FUSARO A., III 439 450;

GABRIELLI E., I 37 135, II 253 266 268 327 330, III 520;

GASSEN D. e BECHINI U., III 571;

GALTERIO D. III 476;

GALGANO F., I 15 130 131 III 427 444 535 537;

GALGANO F. e MARRELLA F., I 6;

GALLETTI M., I 120, III 411 ;

GALLI R., I 52;

GALLO P., I 190 193 225, II 249 250 251 270 271;

GAMBA C., II 368;

GAMBINO A.M., III 571;

GAMBINO F., II 267 343 353;

GARCÍA CARACUEL M., II 307 310 313 324;

GARCÍA VIDAL Á., III 574;

GAZZONI F., III 399 446;

GENTILI A., II 274 286;;

GIAMPIERI A., II 253;

GIANNATTASIO C., I 152;;

GIANNINI M.S., I 271;

GIOIA G., I 205;

GIORGIANI M., I 28, II 326, III 428;

GIORGINI E., II 255;

GIRIMONTE S., III 451;

GITTI G., I 178;

GILLEY K.M. e RASHEED A., I 77;

GÓMEZ CALLE E., I 186;

GÓMEZ TOBOADA J., I 166 ;

GONZÁLEZ RAMÍREZ M.R., MLLÓPIS TAVERNER J., e GASCÓ GASCÓ J.L., I 122;

GONZÁLEZ RAMÍRES M.R., GASCO GASCO J.L. e LLOPIS TAVERNER J., I 87 90;

GORGA G. e MULA D., III 544 569;

GORRASINI. A. e TESCIONE F., III 450;

GRANATO CORIGLIANO R., III 571;

GRANIERI M., II 243 258 260;

GRASSETTI C., I 73;

GRAZIOSI A., III 572

GRECO G., I 222;

GUERINONI E., I 177 178; III 399;

GUIDA G., DELLA MASSARA T., DE POLI M., DALLA PAOLA M. e MATERIA L., II 300;

GUZZO G., I 216;

IORIO G., III 494;

IRTI N., I 79 127 193, II 363, III 510 513;

KAKABADSE N. e KAKABADSE A., I 124;

LA PERA S., I 119;

LA ROSA E., II 264;

LABELLA E., I 25;;

LAUDISA L., III 473 475;

LAZZARELLI F., I 64 76 186 191 201 204, III 553;

LEGGIADRO F., I 211;

LEPORE A., III 457 496;

LIMONE M., I 104;

LIPARI M., II 268;

LIPARI N., I 73;

LONSDALE C., I 86;  
 LONGU T., I 201 205;  
 LÓPEZ VILAS R., I 30;  
 LORDI A., II 349;  
 LUCIANI A.M., II 349;  
 LUISO F.P., III 482 503 575;  
 LUMINOSO A., I 171, II 243;  
 LONGOBUCCO F., II 244;  
 MACARIO F., I 180, II 253 272 330 350  
 359 364 365 370, III 396 397 400 404 405  
 415;  
 MACCARONE M. e S. MARTUSCELLI, III  
 561;  
 MACHO GÓMEZ C., III 546;  
 MADRID PARRA A., II 296;  
 MAIETTA A., III 573;  
 MAISTO F., I 36;  
 MAGRÌ A., III 410;  
 MANTELERO A., I 105 109 ;  
 MARAGON A., III 570;  
 MARASCO G., II 243 245 248 255 259 266  
 291 295 346 353 363;;  
 MARINI A., III 510;  
 MARRELLA F., II 278;  
 MARTINEZ ATIENZA G., III 474;  
 MARTÍNEZ MUÑOZ J.A., I 203  
 MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., II 309 312  
 314;  
 MASCIA A., III 543;  
 MASTROPIETRO B., III 450  
 MASTRORILLI A., I 25;  
 MATTIONI M. II 343,  
 MAUCERI T., I 170 171, II 366;  
 MAUGIERI M., I 79 82 120;  
 MAZZAMUTO S., III 537;  
 MENGONI L., II 343, III 396;  
 MENICHINO C., II 363, III 443 444 482;  
 MERUZZI G., I 21;  
 MESSINEO F., I 12;  
 MESSINETTI D., I 5 11;  
 MEZZOTERO A., NANIA L. e ROMEI D.,  
 III 465 485;  
 MIGLIETTA M. e MIGLIETTA A., III 416;  
 MIGLIETTI L., III 450;  
 MINERVINI E., I 25, III 443 458 543 544;  
 MONTANI V., III 396;  
 MONTEMAGGI S., III 442;  
 MONTESINOS GARCÍA A., I 134, III 547;  
 MONTICELLI S., I 77, III 500;;  
 MORESE R. III 424;  
 MOSTACCI E., II 280;  
 MUCCIOLINI N., III 450;  
 MUSELLA A., I 76 121 141 145 146;  
 MUSIO I., III 399 427;  
 MUSOLINO G., I 169;  
 MUSTI B., I 1 2 16 17 27;  
 MURRA R., III 494;  
 NALDONI M., III 450;  
 NANNA C.M., II 288;  
 NARDI S., I 56;

NASTRI M., III 571;  
 NATOLI U., I 163, II 389;  
 NAVARRA R., I 25  
 NAVARRETTA E., III 532  
 NAVONE G., III 571;  
 NELLI R.P. e BENSI P., III 559;  
 NICOLUSSI A., II 240;  
 NOCERA I.L., II 284;  
 OPPO G., I 11 130  
 ORLANDO CASCIO S. e ARGIROFFI C., I 38;  
 ORO NOBILI M. e ULISSI L., III 439  
 OSTI G., II 250 339;  
 PALAZZOLO A., III 573;  
 PANETTA R., III 450;  
 PARDOLESI R., I 25 II 267;  
 PARINI M.M., I 25;  
 PARMIGGIANI F., I 205;  
 PARRINELLO C., II 286 287;  
 PASQUINO T., III 443 444 451 453;  
 PATTI S., III 494;  
 PAULEAU C., I 119;  
 PÉREZ CONESA C., III 499;  
 PERFUMI C., III 450;  
 PERLINGIERI G. e LAZZARELLI F., I 91;  
 PERLINGIERI P., I 12 130 132 136, II 255 263 266 285, III, 354 360 361 399 455 460 463 486 542 552 571 579;  
 PERNAS GARCÍA J.J.; I 214;  
 PERON S., I 159 160 164, III 450;  
 PETRELLA C., III 510;  
 PICCOLI P. e ZANOLINI G., III 571;  
 PICOZZA E., I 223;  
 PIERANI M., III 546;  
 PIERAZZI E.M., II 269;  
 PIERGIOVANNI M., I 189, 201;  
 PIETROBON V., II 334;  
 PIGNALOSA M.P., II 383;  
 PINO A., II 268;  
 PLEITE GUARDAMILLAS F., I 209;  
 PONTECORVINO A., III 534 536;  
 PONZANELLI G., III 444;  
 POPOLI P., III 432;  
 PROPERSI A., I 119;  
 PUNZI C., III 476 513;  
 RAMINGWONG S. e SAJEEY A.S.M., I 123;  
 RECANO P., III 450;  
 RECINTO G., III 558;  
 REYES CORRIPIO GIL-DELGADO M., I 1 193 194 199;  
 RESCIGNO P., I 200 201, II 353, III 459 505 510;  
 RESNIK J., II 256  
 RESTA G., I 12;  
 RICCI A., III 561;  
 RICCI E.F., III 575;  
 RICCIARDI A., I 78, 83 125 141 143 173, III 435 444;  
 RICCIO G.M., III 524 568;  
 RICCIUTO V., III 409;

ROBUSTELLA C., I 94 99;  
 ROCA GUILLAMÓN J., II 310;  
 RONCHI M., III 450;  
 ROLANDO E., I 220;  
 ROLLI R., II 261;  
 ROPPO V., II 340 393 III, 524;  
 ROSSELLO C., I 1 67;  
 ROSSELLO C. e ZENO ZENOVICH V., I 18  
 ROSSI T., III 577;  
 ROVELLI L., III 476;  
 ROVERSI R., II 380;  
 RUBINO D. e IUDICA G., I 154;  
 RUBINO SAMMARTANO M., II 243, III  
 421 510 522  
 RUGGERI L., I 131, III 574;  
 RUFFINI G., III 499 512 535;  
 RUSSO D., II 259;  
 RUSSO E., I 24;  
 RUVOLO M., III 410 412;  
 SACCO R., I 29, II 267 326 327 331 335  
 345;  
 SAMMARCO P., I 12 49 75 99, III 418 433;  
 SAN CRISTÓBAL REALES S., III 483;  
 SANTONASTASO F., III 450;  
 SANTORO-PASSARELLI F., ;I 12 73 203, II  
 255 407;  
 SAPONE N., III 399;  
 SCAGLIONE F., I 185;  
 SCARPELLO A., I 176 182;  
 SCOGNAMIGLIO R., I 43, II 327 434;  
 SCHLESINGER P., III 392 395 ;  
 SCHIZZEROTTO G., I 34 III 521;  
 SENA G., I 12;  
 SENIGAGLIA R., I 196;  
 SERRAO E., III 411;  
 SICA S., III 450, 524;  
 SICCHIERO G., II 254, 267, 274, III 402;  
 SILLA V., III 416;  
 SIMON H.A., II 386;  
 SIRENA P., I 131 132, II 354;;  
 SOLER MATUTES P., I 1;  
 SORRENTINO F., III 571;  
 SPANGARO A.,II 255;  
 TAMPONI M., I 25;  
 TARZIA G., III 476;;  
 TIMOTEO M.,II 243 283;  
 TOMMASINI R., 262 344;  
 TORRENTE A. e SCHELESINGER P., I 40;  
 TOSI E., I 20 30 116 128 141 146 157, II  
 374379 381, III 417 420 438 523;  
 TRAISCI F.P., II 329;  
 TREZZA C., III 410;;  
 TRIPODI E.M., III 553;  
 TROIANO S., II 255;  
 TURINI L., III 439;  
 UDA G.M., I 193;  
 VACCÀ C., II 242, III 550  
 VALENTE A., III 574;

VALENTINO D., I 22 25 46 88 95 98 100  
112 141 176 178 179 181 195 198, II356  
367 376, III 440 443 446 454;

VAQUERO PINTO M.J.,

VARI P., I 76 81 137; III 573;

VENDITTI A., I 32;

VERDE G., III 476;

VETTORI G., II 340;

VINTI S., I 234;

VIOLA L., III 450;

VOLPE C., I 209;

ZACCHEO M., III 509 510;

ZAGAMI P., 439;

ZALLONE R., I 93 97 98, III 431;

ZENO-ZENOVICH V., I 1 65 70 III 450  
459;

ZINCONE A., I 146, II 372;

ZUCCANO R., III 450;

ZUCCONI GALLI FONSECA E., I 59 60, III  
464 482;.