

RICERCHE

LA GIURISPRUDENZA TEDESCA IN MATERIA DI CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO BENI O SERVIZI INFORMATICI

SOMMARIO

1. Premessa. L'utilità di una considerazione della elaborazione giurisprudenziale tedesca nello studio dei contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici. — 2. Obblighi di informazione del fornitore, *weitere Verhaltenspflichten* e principio di *Treu und Glauben*. — 3. La qualificazione dei contratti aventi ad oggetto il *software*. — 4. La responsabilità per vizi del *software* o dell'impianto di elaborazione dati globalmente inteso. — 5. I contratti aventi ad oggetto l'*hardware* e il *software* tra la configurazione in termini di *Geschäftseinheit* e l'utilizzazione del concetto di *Geschäftsgrundlage*. Alcuni recentissimi orientamenti giurisprudenziali. — 6. Conclusioni. Categorie dogmatiche tradizionali e realtà del mercato nella riflessione sui contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici.

1. PREMESSA. L'UTILITÀ DI UNA CONSIDERAZIONE DELLA ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE TEDESCA NELLO STUDIO DEI CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO BENI O SERVIZI INFORMATICI.

La caratteristica forse più significativa dei primi contributi nella nostra dottrina sul tema dei c.d. contratti di informatica può essere ravvisata nel taglio eminentemente comparatistico, che ad essi quasi costantemente è stato dato¹. Constatata la scarsità, se non la totale mancanza, in Italia di una elaborazione giurisprudenziale (oltre che dottrinale) in materia — dovuta, a sua volta, al ritardo nel processo di informatizzazione del nostro paese e alla minore « cultu-

ra » informatica media, tale da rendere ancora più accentuato che altrove quel fenomeno di dipendenza dell'utente dal fornitore che scoraggia, anche in caso di inadempimento da parte di quest'ultimo, il ricorso alle vie legali —, si guardava ad esperienze giuridiche a noi vicine come ad una sorta di laboratorio, in grado di fornire utili punti di riferimento per l'impostazione dei problemi destinati ad emergere nella prassi.

¹ L'osservazione vale per buona parte dei contributi in materia. Cfr., in particolare, tra gli altri C. ROSSELLO, *La responsabilità da inadeguato funzionamento di programmi per elaboratori elettronici. Aspetti e problemi dell'esperienza nordamericana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 123 ss.; ID., *I contratti dell'informatica. Spunti di riflessione in comparazione con l'esperienza statunitense e francese*, in *I contratti di utilizzazione del computer*, a cura di G. ALPA, Milano, 1984, 80 ss.; M.R. MARELLA, *Contratto unitario e collegamento negoziale nella « vendita » di hardware e software: l'esperienza tedesca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 81 ss.; EAD., *Problemi relativi alla garanzia per vizi del software nell'esperienza tedesca*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. ALPA e V. ZENOVICH, Milano, 1987, 95 ss.; M. MONINA, *Contratti informatici e obblighi di informazione*, *ibidem*, 115 ss.

Se nell'arco degli ultimi anni il quadro della elaborazione giurisprudenziale italiana si presenta lievemente più ricco ed articolato², conserva una sua utilità considerare il modo in cui vengono impostate, in altri ambienti giuridici, le questioni che il fenomeno dei c.d. contratti di informatica pone. Non si tratta soltanto di volgersi verso esperienze in cui la riflessione sul tema è consapevole e aggiornata³ e le soluzioni offerte sono persuasive e coerenti; la considerazione della elaborazione della materia operata in altri paesi può altresì fornire qualche elemento ulteriore per determinare se sia possibile ed utile aggregare attorno ad un *nomen* unitario di « contratti di informatica » la articolata problematica che prospettano rispettivamente le singole ipotesi in cui beni o servizi informatici siano dedotti come prestazioni in un contratto⁴. In altre parole — e va qui rammentato che si parla di contratti di informatica anche a proposito delle operazioni negoziali concluse a mezzo di

computers —, se l'attinenza a vario titolo dei contratti alle tecnologie dell'informatica consenta di fondare l'esistenza di un diritto contrattuale dell'informatica⁵, ovvero le questioni che sorgono in *subiecta materia* siano suscettibili di essere affrontate e risolte già alla stregua delle più collaudate costruzioni della dogmatica civilistica, sia pure « rilette » alla luce della particolarità dei beni e delle prestazioni che di quei contratti costituiscono oggetto.

In questa prospettiva, la considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale tedesca, di una esperienza, cioè, che ha conosciuto una riflessione teorica estremamente raffinata sulla problematica contrattuale, può risultare particolarmente proficua, proprio al fine di vagliare l'adeguatezza degli strumenti logici apprestati dalla civilistica tradizionale alla comprensione di una realtà che presenta non pochi aspetti di novità.

2. OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DEL FORNITORE, WEITERE VERHALTENSPFLICHTEN E PRINCIPIO DI TREU UND GLAUBEN.

Nell'ambito della ricca casistica, offerta dalle decisioni giurisprudenziali tedesche, un particolare interesse riveste l'indagine intorno ai principi sui quali la giurisprudenza tedesca ha fondato la sussistenza di obblighi di informazione del fornitore nei confronti dell'utente dell'*hardware*, ma soprattutto di quello del *software*. È affermazione comunemente ripetuta che il contenuto di questi obblighi è, nel settore dei contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici, particolarmente ampio, atteso il divario di cultura informatica tra fornitore e utilizzatore, anche se, come si è segnalato da ultimo nella nostra dottrina, il progressivo aumento della cultura informatica media — o la possibilità di avvalersi della collaborazione di società di consulenza informatica — sono destinati a circoscrivere l'estensione di questi obblighi⁶.

Nell'esperienza giuridica tedesca, nonostante l'assenza nel BGB di una

² Cfr., da ultimo, in questa *Rivista*, 1988, 492, Trib. Roma, 20 novembre 1987, con richiami della precedente giurisprudenza italiana in materia.

³ Si segnala fin d'ora che, nella più recente riflessione giurisprudenziale tedesca, appare, per certi versi, in corso di superamento quello che ben può considerarsi il problema principale con cui la giurisprudenza italiana in materia si è confrontata, quello dell'unitarietà giuridica o, quanto meno, dello stretto collegamento tra i contratti con cui il cliente si procura l'*hardware* e il *software*: cfr. BGH 25 marzo 1987, in *Computer und Recht*, 1987, 358 ss.; BGH 4 novembre 1987, *ivi*, 1988, 124 ss., nonché in *WM-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1987, 1492 ss.

⁴ In realtà, la dottrina italiana rileva ormai concordemente che la denominazione di contratti di informatica è del tutto sprovvista di una portata di determinazione concettuale, cosicché si può riconoscerle al più la funzione di ... titolo per un convegno: cfr., tra gli altri, M. BIN, *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, in *I contratti di informatica*, cit., 61 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti di informatica*, *ibidem*, 31 ss.

⁵ Sul punto cfr., in particolare, V. ZENO-ZENCOVICH, *op. ult. cit.*, 32.

⁶ Cfr., sul tema degli obblighi di informazione, con particolare riguardo all'esperienza francese, M. MONINA, *Contratti informatici e obblighi di informazione*, cit., *passim*. La comparazione è svolta, oltre che con l'esperienza francese, anche con quella nordamericana, in C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica ecc.*, cit., 116 ss. Vedi anche L. CABELLA PISU, *La disciplina delle garanzie nei contratti e nel codice*, in *I contratti di informatica*, cit., 85. Cfr., per il rilievo che il divario di conoscenze tra fornitore ed utilizzatore è destinato verosimilmente a decrescere, V. ZENO-ZENCOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei contratti di informatica*, cit., 38.

disposizione generale in tema di responsabilità precontrattuale, si è potuti pervenire, argomentando dal principio di buona fede di cui al par. 242 BGB, al riconoscimento di un obbligo delle parti, tra cui si svolgono trattative per la conclusione di un contratto e che si siano quindi trovate in una situazione di « contatto sociale » particolarmente qualificata, di comportarsi con cura e diligenza in modo da non pregiudicare gli interessi della controparte⁷. Una delle specificazioni di questo principio è appunto rappresentata dallo *Aufklärungspflicht*, cioè dall'obbligo di fornire a colui con cui si sia entrati in trattative informazioni sulle circostanze che possono opporsi alla conclusione del contratto o pregiudicare il raggiungimento dello scopo contrattuale.

Una volta ammessa la sussistenza dei c.d. obblighi di informazione a carico del fornitore, le questioni che sorgono attengono soprattutto, da un lato, alla delimitazione del loro contenuto, dall'altro alla individuazione della disciplina cui assoggettare le azioni fondate sulla violazione di siffatti obblighi, anche alla luce delle possibili interferenze con le norme sulla garanzia per i vizi della cosa. Sotto quest'ultimo profilo, particolare interesse riveste la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 6 giugno 1984, nella quale si precisa che, laddove il venditore, in occasione di approfondite trattative e su richiesta del compratore, fornisca consigli, benché aventi ad oggetto la qualità della cosa venduta, si può avere una responsabilità risarcitoria per violazione di un *Nebenpflicht* assunto nell'ambito del contratto di vendita, senza che tale possibilità risulti preclusa dalle azioni di garanzia spettanti al compratore⁸. Qui, dunque, la correzione del precedente orientamento del BGH, secondo cui le disposizioni sulla garanzia per vizi escludono la responsabilità per informazioni colposamente inesatte del venditore che si riferiscono a qualità della cosa è fondata sia sulle approfondite trattative intercorse tra le parti, sia sulla circostanza che i consigli in ordine all'impianto, che meglio avrebbe consentito la realizzazione degli interessi dell'acquirente, erano stati da quest'ultimo espressamente richiesti. Tuttavia, nella stessa pronuncia, si assoggetta poi la pretesa risarcitoria di colui che ha rice-

vuto le informazioni inesatte sulle qualità dell'oggetto della prestazione al medesimo termine di prescrizione di sei mesi, che è fissato per le azioni di garanzia nei contratti di vendita e di appalto (parr. 477, 638 BGB). In tal modo, a ben vedere, si finisce per elidere il significato che poteva avere, ai fini della tutela dell'acquirente, l'astratta affermazione della sussistenza di un diritto al risarcimento del danno, cagionato da informazioni colposamente date circa la presenza, nel bene dedotto in contratto, di determinate qualità.

Altre sentenze delineano i confini dei menzionati obblighi di informazione. Così, si perviene ad affermare che è compito del fornitore di informarsi approfonditamente sui bisogni dell'utente, che non abbia adeguate conoscenze del settore, al fine di consigliarlo circa la scelta dell'impianto di elaborazione dati più congruo alle sue esigenze⁹. A tale stregua, come è agevole comprendere, gli obblighi di informazione vengono sostanzialmente modellati sulla necessità di assicurare il pieno soddisfacimento dell'interesse dedotto in contratto, ma una siffatta ampiezza è giustamente subordinata alla condizione di *Nichtfachmann* (profano) e, quindi, alla palese mancanza di adeguate conoscenze da parte dell'utente. Quest'ultima limitazione appare in effetti opportuna, alla luce del già segnalato, progressivo aumento della cultura informatica degli utenti e al fine di evitare che siano accollati al fornitore, in modo del tutto irragionevole, costi e rischi (legati alla inadeguatezza dell'impianto prescelto ai bisogni del cliente) che possono, invece, senz'altro gravare su quest'ultimo¹⁰.

Il principio di buona fede, a cui — secondo quanto abbiamo visto — è in sostanza ricondotto l'obbligo del fornitore di informare l'utente al momento

⁷ Per una prima informazione sull'argomento si rinvia alle fondamentali pagine di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 13^a ed., München, 1982, 100 ss. In una prospettiva di riforma del BGB, cfr. anche D. MEDICUS, *Culpa in contrahendo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 573 ss.

⁸ Cfr. BGH 6 giugno 1984, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, 2938.

⁹ Cfr. LG Kiel 26 marzo 1984, in *Computer und Recht*, 1987, 22 ss.

¹⁰ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *op. loc. ult. cit.*

della conclusione del contratto, viene altresì in considerazione in sede di attuazione del programma contrattuale, come fonte di obblighi di esecuzione di prestazioni ulteriori rispetto a quella principale dedotta in contratto, ma pur sempre necessarie per consentire il raggiungimento dello scopo contrattuale e tali da non cagionare un sacrificio rilevante per la parte ad esse tenuta. Non è certamente possibile, in questa sede, ripercorrere il dibattito dottrinale, svoltosi anche nell'ambito della nostra esperienza giuridica, circa la consistenza di questi obblighi accessori o ulteriori (*Nebenpflichten* o, secondo un'altra formulazione, *weitere Verhaltenspflichten*): se essi, cioè, possano essere effettivamente configurati come obblighi autonomi sia pure collegati all'obbligazione principale e ad essa funzionali ovvero se essi non siano altro in sostanza che specificazioni del contenuto della prestazione principale¹¹. In ogni caso, la

giurisprudenza e la dottrina tedesche, forse per ovviare ai problemi che il sistema della responsabilità civile del BGB poneva¹², hanno sempre teso a riconoscere una notevole ampiezza a questa categoria, che, del resto, sembra rinvenire il suo terreno di più proficua applicazione proprio nell'ambito di rapporti contrattuali che pongono le parti a stretto contatto l'una con l'altra e richiedono, quindi, ad esse uno sforzo di cooperazione particolarmente intenso. Si è, allora, ritenuto che possa rientrare nel *Leistungstreuepflicht*¹³ gravante sul fornitore di *software* o, più in generale, di sistemi per l'elaborazione elettronica di dati, mostrare e spiegare il funzionamento dell'impianto, nonché le caratteristiche e i modi di utilizzazione del *software* all'utente, che sia sprovvisto delle necessarie cognizioni teoriche¹⁴. Certamente, un sistema di elaborazione elettronica di dati risulta assolutamente inidoneo a realizzare l'interesse, per cui è stato acquisito, se l'utente non è in grado di farlo funzionare in tutto o in parte. Ma, a tale riguardo, sembra doversi distinguere tra le istruzioni necessarie per quel particolare sistema informatico dedotto in contratto, che devono certo essere poste a disposizione dell'utente dal fornitore (come dimostra anche la giurisprudenza in materia di consegna del manuale di istruzioni, che sarà in seguito esaminata) e un vero e proprio addestramento all'uso del *computer*, che non sembra invece poter essere accollato al fornitore¹⁵. Infatti, i corsi di istruzione all'utilizzazione di sistemi di elaborazione elettronica di dati rappresentano una prestazione di valore economico tutt'altro che trascurabile. Pertanto, non sembra ragionevole farne oggetto di un obbligo accessorio e integrativo della prestazione principale, già alla stregua del criterio secondo cui il debitore non può essere tenuto a comportamenti, che sacrifichino, in modo ingiustificato, i suoi interessi.

¹¹ Per una rapida ricognizione delle varie posizioni nella dottrina italiana, cfr. comunque U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, 2ª ed., Milano, 1966, 13 ss., secondo cui ai doveri accessori non spetterebbe un rilievo autonomo, trattandosi semplicemente di momenti nei quali si specifica la prestazione principale; in senso contrario, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1984, 472 ss., che ravvisa nella buona fede senz'altro una fonte di integrazione del rapporto contrattuale, da essa discendendo una serie di obblighi di comportamento (sul punto, in senso critico, cfr. però G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, 157, nt. 261). Nella dottrina tedesca, da ultimo, cfr. C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 803 ss.

¹² Sulla genesi della categoria degli obblighi di protezione nella dottrina tedesca, cfr., per una essenziale informazione, L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 507 ss.

¹³ Sui tratti che il *Leistungstreuepflicht*, assume nella elaborazione giurisprudenziale tedesca, cfr. BGH 28 aprile 1982 in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, 998; BGH 19 ottobre 1977, *ivi*, 1978, 260; BGH 18 giugno 1971, in *WM-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1971, 1475; BGH 25 gennaio 1967, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, 830.

¹⁴ Cfr. OLG Stuttgart 23 giugno 1986, in *Computer und Recht*, 1987, 172 s. Sui *Sorgfaltspflichten* del fornitore, in particolare per quanto concerne la *Beratung*, cfr. OLG München 25 settembre 1986, in *Computer und Recht*, 1987, 675 ss.

¹⁵ Si vedano i rilievi sul punto di D. NAUROTH, *Pflicht zur Einarbeitung aus dem Gesichtspunkt der Leistungstreue?*, in *Computer und Recht*, 1988, 24 ss.: l'addestramento all'uso del computer (si trattava nella specie di un PC) non sembra *verkehrssüblich*, come dimostra anche il fatto che la tariffa, praticata per corsi di istruzione del genere, si aggira tra i 700 e i 1.200 DM al giorno e per persona.

3. LA QUALIFICAZIONE DEI CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO IL SOFTWARE.

La giurisprudenza tedesca ha avuto modo più volte, nel corso degli ultimi anni, di affrontare le questioni connesse alla qualificazione dei contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici, andando incontro a difficoltà non dissimili da quelle che altre esperienze giuridiche hanno conosciuto. In effetti, non è soltanto la peculiarità del bene *software* e i diversi aspetti che esso può assumere, a seconda che si tratti di *software* standard o sviluppato per le particolari esigenze del cliente, a sollecitare le riflessioni dei giudici tedeschi, ma anche la ricostruzione delle ipotesi in cui la prestazione dedotta in contratto si concreta nella manutenzione dello stesso *software* (secondo l'accezione che il termine manutenzione riceve in questa materia)¹⁶ o dell'impianto di elaborazione dati complessivamente inteso.

I criteri di cui ci si è avvalsi nella elaborazione giurisprudenziale germanica, al fine di qualificare i contratti aventi ad oggetto il *software* possono essere così delineati. Laddove il contratto obblighi il fornitore alla prestazione di un *software* sviluppato in funzione delle particolari esigenze dell'utente (*Individualsoftware*) si ritengono applicabili le disposizioni dettate per il *Werkvertrag*, cioè per il contratto d'appalto, dai parr. 631 ss. del BGB¹⁷. Ma anche qualora il contenuto della prestazione si presenti più complesso ed articolato, comprendendo accanto alla consegna dell'*hardware* e del *software* l'adattamento individuale del programma ai peculiari bisogni del cliente, quest'ultima circostanza può essere valorizzata al fine di individuare nella fattispecie un *Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen*, ex par. 651 BGB¹⁸.

Nel caso, invece, in cui il *software* dedotto in contratto sia un *software* standard, il negozio viene qualificato, a seconda dell'atteggiarsi in concreto delle rispettive prestazioni delle parti (che possono aver configurato l'operazione o in termini di atto di acquisto di un diritto su un bene o come rapporto obbligatorio di durata), ora come vendita (*Kauf*) ora come contratto di licenza

(*Lizenzvertrag*) o contratto di *know-how*, ora come locazione (*Miete*) o affitto (*Pacht*)¹⁹. Così, se un *software* standard venga posto a disposizione dell'acquirente dietro un corrispettivo versato in unica soluzione, la disciplina applicabile sarà quella della vendita, in particolare — come vedremo in seguito — per quanto concerne il regime della responsabilità per i vizi di cui ai parr. 459 ss. BGB²⁰. Tuttavia, ricostruire in termini di compravendita il contratto avente ad oggetto il *software* implica una soluzione affermativa, che è invece tutt'altro che pacifica, del quesito circa la stessa ammissibilità della vendita di beni immateriali o di diritti di utilizzazione sugli stessi²¹. Può apparire allora più persuasivo il ricorso allo schema del contratto di *know-how*; peraltro, secondo l'unico precedente giurisprudenziale, che, a quanto consta, abbia adottato senz'altro tale soluzione²², si dovrebbe in tal caso procedere all'applicazione analogica delle disposizioni in tema di *Pacht*, piuttosto che far capo a quelle dettate nell'ambito della normativa generale sugli *Schuldverhältnisse aus Verträgen*.

I contratti con cui un'impresa si obbliga ad eseguire la manutenzione del *software* (nell'accezione più ampia, rispetto al linguaggio comune, che il termine manutenzione qui riceve) sono stati, dal canto loro, per lo più ricondotti in giurisprudenza al tipo del *Werkvertrag*²³

¹⁶ Sul punto, cfr., in generale, C. ROSSELLO, *I contratti di manutenzione del software*, in *I contratti di informatica*, cit., 203 ss.

¹⁷ Cfr., già in epoca non più recente, BGH 14 febbraio 1971, in *WM-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 1971, 615 ss.

¹⁸ Cfr. OLG Stuttgart 1° ottobre 1986, in *Computer und Recht*, 1987, 857.

¹⁹ Per una rassegna delle varie costruzioni, cfr. H. KÖHLER, *Rechtsfragen zum Software-Vertrag*, in *Computer und Recht*, 1987, 827 ss. e in giurisprudenza BGH 4 novembre 1987 cit.

²⁰ Cfr., tra le altre pronunce, OLG Stuttgart 29 ottobre 1986, in *Computer und Recht*, 1988, 296; OLG Stuttgart 23 giugno 1986, cit.; BGH 4 novembre 1987, cit.; OLG München 30 settembre 1987, in *Computer und Recht*, 1988, 130 ss.

²¹ Sulle difficoltà teoriche che può porre la configurazione in termini di vendita del contratto di cessione del software, cfr., per tutti, M.R. MARELLA, *Problemi relativi alla garanzia per vizi del software nell'esperienza tedesca*, cit., 101-102.

²² Cfr. BGH 3 giugno 1981 in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, 2684.

²³ Cfr. OLG Karlsruhe 28 febbraio 1985, in *Computer und Recht*, 1987, 232.

pur nella consapevolezza, riscontrabile anche in dottrina, che taluni aspetti della disciplina dettata in materia dal BGB — ad esempio per quanto concerne i concetti di *Abnahme* e *Vollendung* — possono dar luogo a difficoltà, quando se ne faccia applicazione ai contratti di manutenzione del *software*²⁴. Si è, poi, sottolineato che la peculiare natura delle prestazioni richieste all'impresa di manutenzione e il loro carattere di continuità rende particolarmente intenso il vincolo fiduciario, che permea di sé il rapporto e consente di fondare obblighi integrativi di cura degli interessi della controparte²⁵.

4. LA RESPONSABILITÀ PER VIZI DEL SOFTWARE O DELL'IMPIANTO DI ELABORAZIONE DATI GLOBALMENTE INTESO.

La qualificazione dei contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici si pone come premessa logica necessaria non solo per la regolamentazione delle ipotesi in cui la prestazione dedotta in contratto presenti difformità rispetto a quanto divisato dalle parti, o appaia comunque inidonea a realizzare l'inten-

resse dell'utilizzatore, ma anche per impostare nel modo più corretto un'altra delle questioni centrali in materia: se, cioè, sia possibile ravvisare nelle convenzioni con cui l'utente si procura presso lo stesso fornitore o fornitori diversi le varie componenti di un sistema di elaborazione dati (in particolare, l'*hardware* e il *software*) una operazione unitaria dal punto di vista giuridico, oltre che connessa sotto il profilo economico. A ben vedere, le due aree di problemi, cui si è appena fatto cenno, si prestano ad essere ricondotte entrambe nell'ambito di una riflessione sul sinallagma²⁶ nei contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici. Infatti, l'esigenza di una considerazione unitaria di due operazioni negoziali formalmente distinte si pone soprattutto quando si tratti di stabilire se la compromissione della funzionalità dell'una possa ripercuotersi anche sull'altra.

Le difficoltà che pone l'adattamento delle disposizioni normative sui vizi della cosa oggetto della prestazione — modellate su una realtà economica risalente — alle peculiarità del bene *software* e dei sistemi di elaborazione elettronica dei dati, sono state avvertite anche nell'esperienza tedesca. In realtà, la nozione stessa di vizio può essere solo con difficoltà applicata al *software*, poiché un *software* del tutto privo di vizi, come più volte è stato chiarito, non esiste²⁷. Vedremo tra breve sulla base di quali criteri di giudizio la giurisprudenza tedesca ha cercato di superare questa difficoltà²⁸; occorre ora considerare a quali differenti conseguenze conduca, sotto il profilo qui considerato, l'inquadramento dei contratti aventi ad oggetto il *software* nell'uno o nell'altro tipo contrattuale o la loro configurazione come contratti *sui generis*, con la conseguente applicazione della disciplina generale per le *Leistungsstörungen*.

Nel sistema delle norme sulla compravendita dettate dal BGB, al compratore di una cosa affetta da vizi, che ne sopprimano o diminuiscano in modo apprezzabile il valore o la idoneità all'uso abituale o contrattualmente previsto, ovvero mancante di qualità promesse (par. 459) viene offerta l'alternativa tra risoluzione del contratto e diminuzione del prezzo (par. 462), mentre una pretesa risarcitoria potrà sussistere quando la

²⁴ Per alcune interessanti riflessioni sulla insufficienza delle norme che regolano l'appalto, cfr. H.P. LÖWE, *Gedanken zur rechtlichen Einordnung von Wartungsverträge*, in *Computer und Recht*, 1987, 219 ss.

²⁵ Cfr. OLG Koblenz 17 febbraio 1984, in *Computer und Recht*, 1987, 107; OLG Bamberg 1° ottobre 1985, in *Computer und Recht*, 1987, 234.

²⁶ Cfr., ad esempio, l'impostazione dello scritto di M. BIN, *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, cit., 62.

²⁷ Al riguardo, si vedano i rilievi di M.R. MARELLA, *Problemi relativi alla garanzia ecc.*, cit. Nella dottrina tedesca, in luogo di molti, si veda J. MEHRINGS, *Computersoftware und Mängelhaftung*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1985, 189 ss., recensito da M.R. MARELLA, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 410 ss.

²⁸ Nella dottrina tedesca, il tema dei vizi del *software* è stato di frequente trattato: cfr., oltre allo scritto di MEHRINGS, cit., GORNY-KILIAN, *Computersoftware und Sachmängelhaftung*, Stuttgart, 1985; ENGEL, *Mangelsprüche bei Software-Verträgen*, in *Betriebs-Berater*, 1985, 1159 ss.; BRANDI-DOHRN, *Die Gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages*, in *Computer und Recht*, 1986, 63 ss.; KILIAN, *Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware*, *ibidem*, 187 ss.; H. KOHLER, *Rechtsfragen zum Software-Vertrag*, cit., in particolare 828 ss.

cosa manchi di una qualità promessa ovvero il venditore abbia taciuto l'esistenza di vizi (par. 463 BGB). Ora, a parte le perplessità, già considerate in precedenza, che suscita l'inquadramento dei contratti di cessione del *software* nello schema della compravendita, tali rimedi non sono sembrati, soprattutto alla dottrina, congrui al fine di assicurare una tutela adeguata dell'acquirente di *software* difettoso. Si denuncia l'insufficienza di un termine prescrizione di soli sei mesi per proporre l'azione di risoluzione o riduzione del prezzo (termine che secondo l'interpretazione prevalente vale altresì per l'azione di risarcimento di cui al par. 463), la mancata previsione di un diritto alla riparazione della cosa difettosa, la difficoltà di valorizzare, come qualità della cosa « promesse » le peculiari esigenze dell'utilizzatore²⁹. Tuttavia, anche quando si riconduca il contratto avente ad oggetto il *software* allo schema dell'appalto (come avviene — lo si è già segnalato — nelle ipotesi in cui il programma sia elaborato « su misura » per i bisogni dell'utente) o a quello della locazione/affitto si perviene a risultati che non appaiono del tutto soddisfacenti per quanto attiene alla disciplina della responsabilità per i vizi. Anche le disposizioni in tema di appalto, infatti, prevedono un termine di prescrizione di sei mesi, decorrente dalla accettazione (*Abnahme*) dell'opera per far valere i vizi di quest'ultima e già si è avuto modo di notare come i vizi del *software* si palesino di solito dopo un tempo assai più lungo; tale insufficienza della disciplina potrebbe forse essere superata attraverso una migliore e più approfondita specificazione dei controlli cui sottoporre il programma al momento della *Abnahme*³⁰.

Le inadeguatezze della normativa in tema di affitto/locazione, che del resto solo raramente è stata ritenuta applicabile ai contratti aventi ad oggetto il *software*³¹ si colgono, invece, in ciò che la responsabilità del locatore per i vizi della cosa assume, nel sistema del BGB (cfr. parr. 537-538), carattere rigorosamente oggettivo, implicando una vera e propria garanzia della assenza di vizi della cosa, che, come si è detto, non corrisponde, per quanto concerne le prestazioni ora considerate, a verità e che neppure è mitigata dalla esclusione delle

azioni di garanzia, che il par. 539 sancisce per l'ipotesi di conoscenza dei vizi lamentati, dato che in materia ben di rado potrà aversi una conoscenza di essi da parte dell'utente. D'altra parte, l'azione del conduttore si prescrive in trenta anni, realizzandosi così un'evidente disparità di trattamento, rispetto alle ipotesi in cui si sia fatto luogo alla applicazione delle norme in tema di appalto o di vendita³².

Si comprende, allora, come nel tentativo di pervenire, quanto meno, ad una regolamentazione uniforme della materia, si sia optato, soprattutto da una parte della dottrina, per l'applicazione alla fattispecie dei contratti di informatica della normativa generale sulle *Leistungstörungen*. A ben vedere, però, tale soluzione, benché consenta, da un punto di vista sistematico, di valorizzare le peculiarità dei contratti aventi ad oggetto il *software*, escludendo la possibilità di inquadrarli *tout court* in tipi contrattuali nominati, conduce, sotto un profilo pratico, a soluzioni non del tutto appaganti. Infatti, a tale stregua, il fornitore del *software* sarebbe responsabile per i vizi iniziali di esso, a prescindere da ogni valutazione in termini di colpevolezza, a meno di non poter ravvisare un'impossibilità iniziale obiettiva ex par. 306, e i relativi diritti si prescriverebbero in trenta anni. Inoltre, come già si è segnalato, pure quando si è fatto riferimento in giurisprudenza al contratto di *know-how*, come schema *sui generis*, nel quale inquadrare la concessione in godimento del *software*, si è poi preferito ricorrere alla normativa dettata per l'affitto. Può essere interessante rammentare che, sulla base di questa premessa, la già citata decisione del *Bundesgerichtshof* del 3 giugno 1981 ha affermato che l'inserimento di una *Sperre* (termine che, in questo contesto, può tradursi come « protezione ») nel programma, al fine di impedirne un uso

²⁹ Sullo stato del dibattito al riguardo nella dottrina tedesca, cfr., da ultimo, H. KÖHLER, *op. ult. cit.*, nonché M.R. MARELLA, *Problemi relativi alla garanzia per vizi ecc.*, cit., 101 ss.

³⁰ Sulle perplessità che suscita l'inquadramento nello schema dell'appalto, cfr. KILIAN, *Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware*, cit., 194.

³¹ In tal senso cfr. la sentenza del BGH 3 giugno 1981, cit. alla nota 22.

³² Per talirilevi, cfr. M.R. MARELLA, *op. ult. cit.*, 104 ss.

non autorizzato, non rappresentava una violazione dell'obbligo di assicurare il godimento del *software* e quindi non legittimava ad un recesso immediato, essendo preordinato alla protezione del programma. Più di recente, in un'altra pronuncia del BGH³³ che verrà in seguito esaminata per il contributo che offre alla discussione sul tema del collegamento tra i contratti di *hardware* e di *software*, si è ritenuto che l'inserimento di una *Sperre* nel programma sia illegittimo quando sia qualificato dall'intento di esercitare pressione sull'utilizzatore al fine di costringerlo alla stipula di un contratto di manutenzione a condizioni particolarmente favorevoli per il fornitore. Alla luce delle considerazioni finora esposte appare forse più realistico l'atteggiamento della prevalente giurisprudenza, che ha per lo più riportato il contratto avente ad oggetto la prestazione di *software* standard allo schema della compravendita ed ha cercato di superare, in sede di interpretazione delle disposizioni in materia, le difficoltà a suo tempo evidenziate. Così, in talune occasioni si è proposta una nozione di *Sachmängel* tale da ricomprendere altresì limitazioni della capacità e delle prestazioni del programma rispetto alle aspettative dell'utente³⁴. Inoltre, si è ritenuto — con riferimento al sistema di elaborazione dati globalmente inteso — che esso sia *mangelhaft*, cioè affetto da vizi, quando le limitate capacità del sistema rendano necessari tempi quotidiani di

lavorazione dei dati superiori alla durata della giornata lavorativa, a patto che il venditore conoscesse le operazioni cui il sistema doveva essere adibito³⁵. Nell'applicare, poi, la disposizione del par. 460 BGB, che esclude, tra l'altro, la responsabilità del venditore per vizi della cosa, quando il compratore fosse a conoscenza di essi, si è affermato che la sottoscrizione da parte di quest'ultimo di una lista di controlli effettuati sull'impianto al momento della consegna, non implica conoscenza degli eventuali vizi, agli effetti della citata disposizione di legge, non potendosi esigere da un profano che li individui immediatamente³⁶. Così come, in sede di interpretazione della norma del par. 377 HGB — che, nell'ambito del contratto di compravendita tra *Kaufleute*, impone al compratore di denunciare i vizi della cosa senza ritardo (*unverzüglich*) — si è reputato che la denuncia avvenuta 11 giorni dopo la consegna non possa considerarsi tardiva, attese le difficoltà che può incontrare un profano nella individuazione dei vizi di un sistema di elaborazione elettronica dati³⁷. Il termine per la denuncia prevista dall'articolo citato deve poi decorrere dal momento in cui è concretamente possibile operare il controllo³⁸. Al contrario, le limitate *performances* di un ordinatore non sono denunciabili come vizi, ex par. 459 BGB, nel caso in cui l'acquirente fosse un esperto di sistemi di elaborazione elettronica di dati e quindi in grado di riconoscere agevolmente i vizi stessi³⁹. Sul piano processuale, si è poi rilevato che le difficoltà, che si possono incontrare nel provare la sussistenza di vizi nei programmi per un *computer*, non consentono di esonerare colui, che vuol far valere i vizi stessi, dal darne la prova, mentre non sono sufficienti dichiarazioni generiche di inadeguatezza delle prestazioni offerte dal *software*⁴⁰.

Può essere interessante ricordare che si è ravvisata talora in giurisprudenza un'ipotesi di *Sachmangel* ex par. 459 BGB, laddove, pur essendo stato il personale dell'impresa utente addestrato all'utilizzazione dell'impianto, non sia stato fornito un manuale di istruzioni scritte all'uopo. Si è, infatti, ritenuto⁴¹ che la guida all'uso dell'impianto possa venire in considerazione come una componente essenziale della cosa, la cui

³³ Si tratta di BGH 25 marzo 1987 cit.

³⁴ Cfr. OLG Stuttgart 3 settembre 1986, in *Computer und Recht*, 1987, 230; LG Ellwangen 8 agosto 1985, *ibidem*, 231.

³⁵ Cfr. LG Köln 19 febbraio 1986, in *Computer und Recht*, 1987, 508; per affermazioni analoghe, cfr., con riferimento ad *hardware* difettoso, OLG München 25 settembre 1986, in *Computer und Recht*, 1987, 675.

³⁶ Cfr. OLG Stuttgart 3 settembre 1986, cit.

³⁷ Cfr. LG München I 29 novembre 1984, in *Computer und Recht*, 1987, 20-21.

³⁸ Cfr. LG Tübingen 21 maggio 1987, in *Computer und Recht*, 1988, 306-7.

³⁹ Si veda OLG Düsseldorf 17 ottobre 1985, in *Computer und Recht*, 1987, 173-4.

⁴⁰ Cfr. LG Köln 30 dicembre 1985, in *Computer und Recht*, 1987, 234-236 (in tale fattispecie, trattandosi di elaborazione di un *software* personalizzato, si erano peraltro ritenute applicabili le disposizioni sul *Werhvertrag*).

⁴¹ Cfr. OLG Frankfurt 10 marzo 1987, in *Computer und Recht*, 1988, 294.

mancanza rappresenta una limitazione della idoneità funzionale della cosa stessa e non già un inadempimento parziale. Il corollario che si trae da tale impostazione, che sembrerebbe ispirata ad una *ratio* di accentuata tutela dell'utente — nella misura in cui eleva a componente essenziale dell'impianto la presenza di un manuale di istruzioni scritte — è, però, che l'azione di garanzia dell'acquirente dell'impianto si prescrive in soli sei mesi. Ad un risultato opposto si perviene, invece, quando si ricostruisce l'ipotesi in termini di inadempimento parziale, essendo allora il termine di prescrizione di trenta anni⁴².

Data l'abituale complessità dell'oggetto dei contratti di vendita di un sistema di elaborazione elettronica dati (che comprende un video, una stampante ecc.) è stato, poi, portato all'attenzione della giurisprudenza il quesito circa la possibilità di configurare come connesse le varie componenti del sistema. Il par. 460 BGB dispone, infatti, che qualora più cose siano vendute come *zusammengehörend* (connesse) e una di esse risulti viziata, ciascuna delle parti può domandare che la risoluzione si estenda a tutte, ove le parti viziate non possano essere vantaggiosamente separate dalle altre. A tale riguardo, si è ritenuta sussistere la *Zusammengehörigkeit* fra il *monitor* (che si spegneva dopo pochi minuti dall'accensione) e le altre componenti dell'impianto: infatti, era risultato che le parti avevano posto in essere l'operazione negoziale in vista del raggiungimento di uno scopo unitario, attraverso il collegamento tra i singoli elementi dell'impianto e lo stesso acquirente aveva poi chiesto che la risoluzione si estendesse all'intero sistema, data anche la difficoltà di determinare se il guasto dipendesse solo dall'elemento palesemente viziato (in quel caso, lo schermo) o anche da altri⁴³.

5. I CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO L'HARDWARE E IL SOFTWARE TRA LA CONFIGURAZIONE IN TERMINI DI GESCHÄFTSEINHEIT E L'UTILIZZAZIONE DEL CONCETTO DI GESCHÄFTSGRUNDLAGE.

La prassi, largamente diffusa in tutte le esperienze giuridiche, di concludere contratti distinti per le singole prestazioni in cui si articola la fornitura di un sistema di elaborazione elettronica di dati (dalla vendita dell'*hardware* alla concessione in uso del *software*, dall'addestramento del personale alla manutenzione dell'impianto) è stata di frequente analizzata dalla dottrina sia italiana che straniera, che ne ha messo in luce le ragioni — legate soprattutto, nell'esperienza giuridica europea, alla esigenza di apprestare schemi negoziali più idonei alle peculiarità delle singole operazioni economiche — e ne ha segnalato i rischi per l'utente, derivanti dalla più vantaggiosa ripartizione del rischio contrattuale che in tal modo il fornitore si assicura⁴⁴.

Gli strumenti teorici, cui si è fatto di volta in volta ricorso per evitare le conseguenze più discutibili di questa tecnica contrattuale, sono consistiti o nel costruire senz'altro gli accordi aventi ad oggetto l'*hardware* e il *software* come

⁴² Cfr. AG Essen 26 ottobre 1987, in *Computer und Recht*, 1988, 309. Sull'importanza che nei contratti aventi ad oggetto il *software* o un sistema di elaborazione elettronica dati, assume la consegna di un manuale dell'utilizzatore, vedi altresì OLG Stuttgart 1° ottobre 1986, in *Computer und Recht*, 1987, 857.

⁴³ Cfr. OLG München 20 settembre 1985, in *Computer und Recht*, 1987, 506-507. Sui criteri alla cui stregua valutare la *Zusammengehörigkeit*, cfr. anche OLG Stuttgart 29 ottobre 1986, in *Computer und Recht*, 1988, 296-297.

⁴⁴ Su questa problematica cfr. soprattutto M.R. MARELLA, *Contratto unitario e collegamento negoziale nella « vendita » di hardware e software: l'esperienza tedesca*, cit., 83 ss. (dove si fa cenno anche alle peculiari ragioni — di evitare le sanzioni della legislazione antimonopolistica — cui si ricollega la prassi dei contratti separati negli USA) e M. BIN, *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, cit., 68 ss.

una fattispecie negoziale unitaria ovvero nel ravvisare in essi quanto meno un'ipotesi di contratti collegati, in maniera da poter sancire la rilevanza sull'un contratto dei vizi sinallagmatici dell'altro. In altre parole — e per fare riferimento all'ipotesi in pratica più frequente — l'inadempimento della pattuizione relativa al programma applicativo può, in tale ordine di idee condurre alla risoluzione dell'intero contratto (o, nel caso di collegamento, del contratto collegato).

È probabile che proprio l'esempio della dottrina e della giurisprudenza straniere — oltre che una sempre più sicura comprensione dei caratteri dei prodotti informatici — sia stato decisivo nel condurre la giurisprudenza italiana verso criteri di decisione più realistici, superando formalistiche scissioni dell'oggetto della prestazione dei contratti in esame, in precedenza accreditate⁴⁵. Assume, allora, un particolare interesse l'esame dello stato della giurisprudenza tedesca sul punto.

Si deve dare conto al riguardo di una recente pronuncia del *Bundesgerichtshof*, che sembra rappresentare una (parziale) correzione di rotta rispetto al precedente orientamento, incline a ravvisare, con una certa facilità, un'operazione contrattuale unitaria (anche ai fini dell'applicazione del principio desumibile dal par. 139) nei negozi aventi ad oggetto il *software* e l'*hardware*. L'autorevole organo giudicante, posto di fronte ad un caso di *software* affetto da vizi (il fornitore vi aveva inserito una protezione, ma al fine di forzare l'utente alla conclusione di un contratto di manutenzione ed assistenza e non già a quello di garan-

tirsi contro indebite utilizzazioni del programma), per i quali l'utilizzatore aveva chiesto la risoluzione, estesa altresì al contratto avente ad oggetto l'*hardware*, accoglie l'indirizzo giurisprudenziale, alla cui stregua due contratti, di per sé indipendenti, possono integrare una fattispecie negoziale unitaria, quando secondo l'intenzione delle parti contraenti, le convenzioni debbano stare e cadere insieme. In altri termini, la volontà delle parti deve essere tesa a realizzare l'unità giuridica dell'operazione, non già la semplice connessione economica, anche se è sufficiente che tale volontà, presente in uno dei contraenti sia nota all'altro e da lui non contestata e, quindi, tacitamente accettata; d'altra parte, il dato dell'unità documentale dei due negozi, di per sé preso, è idoneo al più a fondare una mera presunzione di unitarietà giudica dell'operazione. Quel che è interessante rilevare è che, nel caso ora descritto, si è esclusa l'unitarietà giuridica dell'operazione, poiché sia il *software* che l'*hardware* erano prodotti standard e, quindi, potevano essere utilizzati separatamente l'uno dall'altro senza difficoltà⁴⁶. Viene in tal modo proposto un criterio abbastanza suggestivo, quello, per così dire, della fungibilità del *software* e dell'*hardware* per la soluzione del problema dell'unità giuridica dell'operazione. La circostanza, poi, che sia richiesta — per affermare il rilievo unitario dell'affare — la volontà delle parti, induce a ritenere, in questo ordine di idee, che i contraenti possano anche escludere che un'operazione, unitaria sotto il profilo degli interessi con essa realizzati, venga come tale in considerazione anche sotto il profilo giuridico⁴⁷. Si può, tuttavia, formulare il dubbio circa la compatibilità dell'orientamento che emerge da tale pronuncia, con l'esigenza, largamente avvertita in materia, di evitare che il frazionamento più o meno fittizio di una pluralità di operazioni contrattuali si traduca in una distribuzione del rischio contrattuale esclusivamente funzionale agli interessi del fornitore. D'altra parte, si rileva in dottrina, anche la individuazione di una fattispecie unitaria nei singoli accordi relativi ai sistemi di elaborazione dati non sempre mette capo a soluzioni soddisfacenti. In quell'ordine di idee, infatti, la presenza di una volontà tesa all'unitarietà giuridica

⁴⁵ Basterà fare riferimento qui alla distanza che separa le due pronunce di Trib. Salerno 2 gennaio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1131 ss. (con nota di M. MONINA, *Contratti informatici e inadempimento del venditore*) e App. Torino 15 febbraio 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 2717 ss. (con nota di M.R. MARELLA, *Vendita di « hardware » con « software » e risoluzione del contratto per inadempimento*), mentre per ulteriori richiami si rinvia a Trib. Roma 20 novembre 1987, in questa *Rivista*, 1988, 492.

⁴⁶ Cfr. BGH 25 marzo 1987, cit.

⁴⁷ La ipotesi che le stesse parti contraenti possano manifestare una volontà contraria al collegamento è formulata ad esempio da M.R. MARELLA, *Contratto unitario ecc.*, cit., 113 (che nega il carattere vincolante di una clausola che escluda ogni connessione fra le prestazioni dedotte in vari contratti) e M. BIN, *L'equilibrio sinallagmatico*, cit., 71 (il quale pure afferma che il collegamento deve essere accertato alla stregua di dati rigorosamente obiettivi).

ca rende automatica la ripercussione delle vicende riguardanti l'una operazione sull'altra, potendo quindi dar luogo, almeno in talune ipotesi, a conseguenze difformi dagli stessi interessi delle parti. Uno strumento forse più duttile — e meglio in grado di valorizzare la connessione obiettivamente esistente tra le singole convenzioni — potrebbe essere allora, come pure si suggerisce nell'esperienza tedesca, quello del ricorso alla figura della *Geschäftsgrundlage*⁴⁸. Secondo la più recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia⁴⁹, infatti, la sussistenza di una *Geschäftsgrundlage* — e ben potrebbe un contratto venire in considerazione come *Geschäftsgrundlage* dell'altro — deve essere accertata alla stregua di criteri rigorosamente obiettivi, traducendosi in sostanza in un giudizio di esigibilità dell'adempimento, alla stregua del canone di buona fede. La ricostruzione dei rapporti tra il contratto avente ad oggetto il *software* e quello avente ad oggetto l'*hardware* col ricorso ai principi della *Geschäftsgrundlage* consentirebbe, secondo parte della dottrina tedesca, di pervenire a soluzioni meno rigide di quelle cui, invece — come si è visto — conduce la configurazione di contratti aventi ad oggetto l'*hardware* e il *software* come una *Geschäftsseinheit*, nel senso del par. 139 BGB. Il venir meno della *Geschäftsgrundlage* implica in primo luogo l'adattamento del contratto alle mutate circostanze e solo ove quest'ultimo si sia palesato impossibile o eccessivamente oneroso alla risoluzione del contratto stesso. In quest'ordine di idee, può acquisire rilievo il dato che l'utente del sistema, risolto il contratto avente ad oggetto il *software*, possa procurarsi quest'ultimo solo con un consistente aggravio di spesa, considerata la prassi dei fornitori di offrire, ad un prezzo notevolmente scontato il « pacchetto » comprensivo di *hardware* e *software*⁵⁰. Se dalla pronuncia del *Bundesgerichtshof* appena esaminata si desume come criterio atto ad escludere la unitarietà giuridica dell'operazione con cui l'utente si procura l'*hardware* e il *software* quello della loro natura di prodotti standard e quindi della loro agevole fungibilità, una sentenza dell'OLG München ne propone altri: viene negato, infatti, che la semplice circostanza della conclusione contemporanea

di due contratti — aventi ad oggetto l'uno il *software*, l'altro l'*hardware* — possa deporre nel senso dell'unitarietà dell'affare, quando i due contratti siano documentalmente separati e stipulati altresì con soggetti diversi⁵¹.

Un'ulteriore decisione del *Bundesgerichtshof* conferma, soprattutto se dalla lettura delle massime si passi ad un'analisi della motivazione, che l'evoluzione in atto nel mercato dei prodotti informatici non è destinata a restare priva di influenza sulla ricostruzione in termini giuridici delle operazioni economiche che quei prodotti hanno ad oggetto. Di fronte al consueto problema, se la risoluzione fondata sulla presenza di vizi nel *software* possa estendersi anche alla convenzione avente ad oggetto l'*hardware*, il *Bundesgerichtshof* ha, infatti, escluso, censurando sul punto la sentenza dell'OLG Nürnberg, che il giudizio circa la sussistenza di una *einheitliche Kaufsache* (ciò che condurrebbe, nel caso di vizi di una componente della cosa unitaria, senz'altro alla risoluzione del contratto, restando preclusa l'applicazione del par. 469 BGB) o di *mehrere zusammengehörend Sachen* (nel qual caso verrebbe in considerazione invece la disposizione da ultimo citata) possa essere rimesso alla volontà delle parti, dovendo al contrario essere condotto sulla base della valutazione corrente nell'ambito del traffico. Data la crescente autonomia del mercato del *software* e di quello dell'*hardware* negli ultimi anni, la indagine da compiere — e che il *Bundesgerichtshof* ha rimesso al giudice di rinvio — è, appunto, se questo fenomeno abbia dato luogo o meno ad un mutamento, al riguardo, nella *Verkehrsschauung*⁵².

⁴⁸ Cfr. H. KÖHLER, *Rechtsfragen zum Software-Vertrag*, cit., 834.

⁴⁹ Per una prima informazione sulla dottrina e giurisprudenza tedesca in tema di *Geschäftsgrundlage*, ci sia consentito il rinvio a C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 130 ss.

⁵⁰ Cfr., per questi svolgimenti, ancora H. KÖHLER, *op. cit.*, 834 ss.

⁵¹ Cfr. OLG München 30 settembre 1987, in *Computer und Recht*, 1988, 130 ss.

⁵² Cfr. BGH 4 novembre 1987 cit.

6. CONCLUSIONI. CATEGORIE
DOGMATICHE
TRADIZIONALI E REALTÀ
DEL MERCATO NELLA
RIFLESSIONE SUI
CONTRATTI AVENTI AD
OGGETTO BENI O
SERVIZI INFORMATICI.

All'esito di questa rapida ricognizione della giurisprudenza tedesca in materia di contratti aventi ad oggetto beni o servizi informatici, è possibile svolgere qualche riflessione conclusiva.

Si deve, in primo luogo, rilevare che, pur con le difficoltà e i dubbi che si sono di volta in volta segnalati, si è potuto, nell'esperienza germanica, risolvere i problemi che in materia si pongono, utilizzando categorie concettuali di creazione non certo recente ovvero interpretando, in maniera adeguata alle nuove esigenze, clausole o norme generali. Si consideri, infatti, la possibilità, cui si è fatto in precedenza cenno, di impostare alla stregua della teoria della *Geschäftsgrundlage*, il tema dei rapporti fra i contratti aventi ad oggetto, rispettivamente, l'*hardware* e il *software*; ovvero gli spazi che sono offerti all'interprete da clausole generali come quella di buona fede (par. 242 BGB), ad esempio nella costruzione di obblighi di informazione gravanti sul fornitore.

Riceve, così, una definitiva conferma la inconsistenza teorica e la stessa inopportunità pratica di una distinta categoria di contratti di informatica, non rinvenendosi alcun principio o norma particolari, che possano costituire una sorta di autonomo punto di aggregazione di tale problematica.

Un'ulteriore constatazione si impone: in materia, l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale deve essere costantemente raccordata con l'evoluzione della realtà tecnologica e di mercato, che, nel giro di pochi anni, può indurre ad una rinnovata considerazione di questioni in apparenza definitivamente sistemate. Così, la opportunità di una prospettazione in termini di operazione giuridicamente unitaria dei contratti, con cui l'utente ottiene la disponibilità dell'*hardware* e del *software* — che costituiva, fi-

no a tempi recentissimi, uno dei punti fermi della riflessione in materia — può, forse, essere oggetto di una rimeditazione, nell'ordine di idee delle pronuncie del *Bundesgerichtshof* da ultimo citate: una rimeditazione cui anche la dottrina e la giurisprudenza italiane saranno chiamate nel momento in cui si registreranno, sul mercato italiano dei prodotti informatici, mutamenti analoghi a quelli che hanno suscitato l'attenzione dei giudici tedeschi.

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO