

GIORGIO DE NOVA

L'OGGETTO DEL « CONTRATTO DI INFORMATICA »: CONSIDERAZIONI DI METODO

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. La nozione legislativa di oggetto del contratto. — 3. L'oggetto del contratto come strumento per qualificare i contratti. — 4. L'oggetto del contratto e i contratti informatici.

1. PREMESSA.

L'oggetto del contratto non è argomento che si possa affrontare con animo del tutto sereno.

Perché lo storico del diritto ci avverte che la nozione di oggetto del contratto è « il risultato di una vicenda storica (...) che non dà serie garanzie sulla sua fecondità come strumento dommatico » (così Carlo Augusto Cannata). Perché il comparatista, rilevato che nei sistemi di *common law* non esiste riscontro, liquida l'oggetto del contratto dicendo che « al massimo (...) può servire a classificare certe regole sui contratti in un indice alfabetico, e forse neppure a questo! » (così Gino Gorla). Perché il filosofo del diritto adduce ad esempio di ridondanza nel diritto per eccesso di concetti legislativi proprio la previsione, fra i requisiti del contratto, dell'oggetto accanto ed insieme alla causa (così Giorgio Lazzaro).

Ma il codice civile detta norme in relazione all'oggetto del contratto. E dunque il giurista positivo non può lasciarsi intimorire da tutte codeste ammonizioni, e deve innanzitutto chiedersi quale sia la nozione legislativa di oggetto del contratto. Tanto più lo deve, ai fini del tema che ci interessa, di fronte alla adozione, da parte del recente capitolato d'onori per i contratti informatici a favore della P.A.

* Relazione al convegno « I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio » organizzato da questa *Rivista*, svoltosi a Pavia il 16 e 17 maggio 1986 ed i cui atti sono pubblicati dall'Editore A. Giuffrè.

** Data la natura di questo scritto, mi limito a sciogliere le citazioni indicate nel testo, nell'ordine.

CANNATA, *Oggetto del contratto*, voce in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, p. 830; GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, Jus, 1953, p. 295; LAZZARO, *Entropia della legge*, Giappichelli, 1985, p. 37; SANTINI, *Relazione di*

sintesi, in *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, Giuffrè, 1982, p. 212; SBISÀ, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers*, in *I contratti di utilizzazione dei computers*, Giuffrè, 1984, pp. 29-30; SBISÀ, *Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni*, in *Tipicità e atipicità dei contratti*, Giuffrè, 1983, p. 120; MEDICUS, *Modelvorstellung im Schuldrecht*, in *Festschrift für Felgentraeger*, Göttingen, 1969, p. 322 ss.; PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Giuffrè, 1984, p. 303 ss.; SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Breitkopf und Härtel, 1876, p. 164.

(d.m. 8 febbraio 1986), di una terminologia non molto sorvegliata. A termini dell'art. 2 costituiscono oggetto del contratto « prodotti » e « servizi ». Già l'adozione dell'inedito termine di « prodotti » lascia perplessi, così come quella di « servizi », una parola che « è espressione polisensa, che può definire tutto e definire niente » (Santini).

Al di là della precisione terminologica codesto capitolato costituisce — sia detto per inciso — un intervento normativo di notevole rilievo, che sembra smentire in fatto la sostanziale superfluità dell'intervento legislativo in materia di contratti informatici, da taluni sostenuta.

Si pone anzi, a mio avviso, l'esigenza di confrontare i contratti informatici con la disciplina del capitolato d'onori, che, per essere espressione di un contraente forte, la P.A., costituisce un modello in certo senso alternativo rispetto ai contratti informatici predisposti dalle imprese d'informatica.

Ma veniamo alla nozione legislativa di oggetto del contratto.

2. LA NOZIONE LEGISLATIVA DI OGGETTO DEL CONTRATTO.

All'interprete che voglia elaborare una nozione unitaria di oggetto del contratto il linguaggio del codice offre indicazioni importanti, ma anche qualche elemento di confusione.

L'art. 1346 — come già l'art. 1325, n. 3 — non dice cosa sia l'oggetto, ma, nel predicare la necessità che esso sia possibile e lecito, lascia intendere che non identifica l'oggetto con il bene.

L'art. 1347 in rubrica parla di possibilità dell'*oggetto*, ma poi, nel testo, di possibilità della *prestazione*; così pure l'art. 1349 in rubrica parla di determinazione dell'*oggetto*, ma poi, nel testo, di determinazione della *prestazione*.

L'art. 1348, nel prevedere che possa essere dedotta la *prestazione* di cose future, conferma da un lato la distinzione tra oggetto del contratto e bene, e dall'altro la identificazione dell'oggetto del contratto nella *prestazione*.

Possiamo dunque concludere che, in base ai dati *normativi*, oggetto del contratto sono le prestazioni dedotte nel contratto medesimo.

Ma in quale senso deve intendersi — in questo contesto — il termine « prestazione »? Nel significato ristretto di *contenuto dell'obbligazione*, o nel significato ampio di *risultato dedotto*?

A mio avviso, nel significato ampio.

Lo si deduce dall'art. 1348, che si pone il problema della *prestazione* di cose future con riguardo — implicito — al *trasferimento* di cose future; dall'art. 1376, in cui si parla di « contratti che hanno per *oggetto* il trasferimento della proprietà »; e cioè appunto, in entrambi i casi, un risultato che si realizza senza l'intermediazione di un'obbligazione, e che non è quindi contenuto di un'obbligazione; dall'art. 1453, dove per *prestazioni* corrispettive si intende ogni risultato dedotto in contratto, e non soltanto i contenuti di obbligazioni.

Chiarito che oggetto del contratto sono le prestazioni, soggiungo che in alcune norme appare ben chiara la *prestazione*, che poi è

(meglio, può essere) il bene. Così l'art. 1429 distingue, in tema di errore, fra l'errore che cade sull'*oggetto del contratto* (n. 1) e l'errore che cade sull'*oggetto della prestazione* (n. 2). E l'art. 1316 è preciso nel parlare, in tema di obbligazioni indivisibili, di *prestazione* che ha per *oggetto una cosa o un fatto*.

Tuttavia, permane nel linguaggio del codice una rappresentazione materialistica dell'oggetto: così l'art. 1472, comma 1, parla di « vendita che ha per oggetto una *cosa* futura », e di alberi e frutti come « oggetto della vendita », sicché l'oggetto è identificato nella cosa.

Così pure, affiora nel codice una nozione troppo ampia di oggetto. Così nell'art. 1470 si dice che la vendita è il contratto « che ha per oggetto il trasferimento dalla proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto *verso* il corrispettivo di un prezzo »: dove si evidenzia lo scambio, e così la *causa* della vendita.

3. L'OGGETTO DEL CONTRATTO COME STRUMENTO PER QUALIFICARE I CONTRATTI.

Una volta detto che oggetto del contratto sono le prestazioni, e che per prestazione si intende non solo il contenuto dell'obbligazione, ma più ampiamente l'attribuzione patrimoniale dedotta in contratto, è necessario evitare un pericolo. Che è quello di ampliare eccessivamente la nozione di oggetto. Se, infatti, si identifica l'oggetto con la modificazione della situazione giuridica cui mirano le parti, ci si avvicina alla nozione di contenuto, e si finisce per ingredire su un piano inclinato, in cui non si sa più distinguere tra contenuto e causa, e contenuto ed effetti.

Soprattutto, ai nostri fini, si formula una nozione di oggetto del contratto che — per identificarsi con il contratto stesso in esame — non è più idonea per la qualificazione. Perché il dato assunto come qualificante si identifica con il dato da qualificare.

Restiamo, dunque, all'identificazione dell'oggetto nelle prestazioni.

Per altro verso, non dobbiamo credere che l'oggetto sia sufficiente a qualificare il contratto. Perché dobbiamo tenere conto anche di altri profili, come la qualità delle parti, la durata, e così via.

Non possiamo, dunque, arrestarci alle prestazioni per identificare il tipo.

Tanto meno possiamo arrestarci alle prestazioni per individuare la disciplina.

Proprio in relazione al tema dei contratti informatici è stato detto che « la soluzione dei conflitti, nascenti dallo sviluppo di rapporti che consistono nell'insieme di più operazioni, non dipende tanto dall'individuazione dello schema applicabile a una valutazione di sintesi, quanto piuttosto dalla identificazione della singola prestazione rispetto alla quale è sorto il contrasto » (Giuseppe Sbisà). A favore di codesta soluzione si è espresso anche il prof. Mirabelli, che ha soggiunto che la nostra giurisprudenza sarebbe ormai orientata verso l'applicazione del c.d. principio di combinazione nella disciplina dei contratti misti.

Dissentito da questa riedizione della teoria formulata da Hoeniger all'inizio del secolo, e ciò su entrambi i versanti del problema: quello dei contratti da qualificare (i contratti informatici) e quello dei contratti tipici le cui discipline si vorrebbero in tal modo richiamare.

Sul primo versante, è necessario ricordare che i contratti informatici sono già frammentati nella prassi in più contratti non perché ciò sia funzionale al loro oggetto, ma a seguito del noto procedimento del *Department of Justice* nei confronti dell'IBM per violazione della normativa *antitrust*. Sicché una ulteriore frammentazione da parte dell'interprete in più prestazioni non appare davvero opportuna.

Sul secondo versante, dissento dalla tesi dell'applicazione della disciplina per prestazioni per la ragione, semplice, ma decisiva, che nel nostro diritto positivo manca una serie di discipline tipiche per prestazioni tipiche, manca un *Tatbestandsalphabet*. Non lo troviamo nella parte generale delle obbligazioni, né nella parte generale del contratto, né nella parte sui singoli contratti. Non credo, infatti, che sia esatto dire (con Sbisà) che il necessario « alfabeto elementare sono i contratti tipici (...) che fundamentalmente consistono nella disciplina di singole prestazioni tipiche: trasferimento di un diritto (vendita), godimento di una cosa (locazione), svolgimento di attività giuridica per conto altrui (mandato), compimento di un'opera o di un servizio (contratto d'opera e appalto) e così via ».

Basti pensare al trasferimento di un diritto, prestazione dedotta in tipi diversissimi, come la donazione, la vendita, la rendita vitalizia, il riporto, e così via.

Ciò senza dire che vi sono contratti, come la società e la transazione, che non si caratterizzano per la natura della prestazione.

La controversia dottrinale sui contratti misti, pur nella sua sostanziale sterilità, ha avuto il merito di dimostrare che non sussiste un collegamento diretto tra singolo elemento della fattispecie e frazione di disciplina legale del tipo.

Ed anche chi di recente ha proposto la costruzione di una disciplina per modelli di prestazione ha poi — di fronte alla insufficienza dei risultati — fatto ricorso allo strumento del tipo (*Medicus*).

Quanto alla giurisprudenza non sarei così sicuro che le nostre Corti siano oggi attestate in modo chiaro nell'adozione del criterio della combinazione (applicano, da ultimo, il criterio della prevalenza Cass. 5 aprile 1984, n. 2217, in *Foro pad.*, 1984, I, 1, e Cass. 16 aprile 1984, n. 2626).

Ricordo, piuttosto, che la giurisprudenza statunitense, in materia di contratti informatici, risulta operare di regola con il criterio della prevalenza.

A mio avviso, per individuare la disciplina applicabile ad un contratto è necessario procedere ad una qualificazione preliminare del contratto in esame, confrontandolo con il tipo normativo cui ha fatto riferimento il legislatore nel dettare le singole discipline dei contratti tipici.

Rilevate le consonanze e le dissonanze, sarà possibile procedere all'individuazione della disciplina, ed anche al richiamo contemporaneo — *pro parte* — di più discipline tipiche: ma sempre alla luce dell'originaria qualificazione unitaria.

4. L'OGGETTO DEL CONTRATTO E I CONTRATTI INFORMATICI.

Dopo questa premessa, forse troppo lunga, ma credo necessaria, veniamo all'oggetto specifico, e cioè ai contratti informatici.

a) *Un primo problema* è quello della *identificazione della categoria* stessa dei contratti d'informatica. Qui l'elemento unificante è assai labile. Si tratta della circostanza che i vari contratti sono tutti relativi a beni o servizi che rientrano nel comparto dell'informatica. Non vedo alcun momento comune sul piano della disciplina. Sicché non conviene dare all'espressione « contratti d'informatica » maggiore rilevanza di quella che possa avere il titolo di un libro o il tema di un convegno. Semmai, è bene diffidare da queste etichette riassuntive. Per non trovarsi poi, in successivi convegni, a discutere come sia possibile liberarsene, esattamente come è avvenuto per l'espressione « parabancario », che, nata al convegno di Venezia del 1981, ha poi impegnato in altri congressi non poche voci nella dimostrazione, per vero agevole, che il termine non racchiude fenomeni omogenei.

b) *Un secondo problema* è quello della *classificazione* dei contratti informatici. Qui giova, per una prima distinzione, la nozione di oggetto come bene. E così si potrà distinguere tra contratti che hanno ad oggetto l'*hardware* e contratti che hanno ad oggetto il *software*.

Qui soprattutto giova la nozione di contenuto. E così si potranno distinguere il *leasing* di *software*, i contratti di licenza *software*, l'appalto di servizi informatici, i contratti di fornitura di servizi telematici, e così via.

c) *Un terzo problema* è quello della *qualificazione* dei contratti informatici, che è poi tutt'uno con il problema della loro disciplina. Qui, avrà un ruolo importante — ma non esclusivo — l'oggetto inteso come insieme delle prestazioni. Ed è in questa luce che potranno essere esaminati i profili dell'equilibrio sinallagmatico, delle garanzie, dell'inadempimento. Se un rilievo di metodo può ancora essere aggiunto, è l'avvertenza di sottrarsi al fascino dell'archetipo della vendita, che induce a prestare attenzione soltanto al bene diverso dal danaro, per dare invece il dovuto rilievo alle modalità di prestazione del corrispettivo (Panzarini).

d) *Un quarto problema* è quello dell'applicazione ai nostri contratti della disciplina della *parte generale del contratto sull'oggetto*, e così dell'analisi dei requisiti della possibilità, della liceità, della determinatezza o determinabilità. Non posso dire, sin d'ora, se quest'ultima prospettiva sarà particolarmente fruttuosa. Personalmente, non mi aspetto molto dall'applicazione delle norme sul contratto in genere.

È stato scritto, a proposito del contratto: « Questi infiniti diversi contratti, che la vita ci presenta, hanno un punto soltanto in comune: due o più persone si trovano di fronte, e dicono che qualcosa, che risponde ai loro interessi in quel momento, dovrà accadere o non accadere, accadrà o non accadrà. Questa quintessenza tratta dalla massa infinita dei contratti concreti è però così sottile, che ha perso ogni colore, ed il concetto di “contratto” non è meno astratto dei concetti di “cosa”, “negozio”, “atto”, “proprietà” ».

« Tutto l'individuale dei fenomeni concreti, in cui pulsa la vita vera, è evaporato; nel “contratto” non abbiamo la loro anima, bensì un fantasma inafferrabile » (Schlossmann).

Ed allora conviene che io mi taccia, e lasci la parola a chi ci parlerà
« dei fenomeni concreti, in cui pulsa la vita vera ».