

TRIBUNALE BARI

4 GIUGNO 1994

PRESIDENTE: NAPOLETANO

ESTENSORE: LABELLARTE

PARTI: VICTOR SERVICE S.R.L.

(Avv. Mirizzi)

NIXDORF S.P.A.

(Avv. ti D'Ursi e Fadda)

Contratto di fornitura di hardware e software • Vendita a prova o con riserva di gradimento limitatamente al software • Inapplicabilità dello schema negoziale della vendita alla fornitura di software • Tipologie contrattuali • Qualificazione • Motivi.

Con riferimento alla fornitura di hardware e software deve ritenersi ammissibile l'applicabilità dello schema negoziale della vendita solo per quanto riguarda la fornitura di hardware. Per quanto riguarda la fornitura di software, invece, a prescindere dal tipo specifico di vendita (a prova o con riserva di gradimento), detto schema appare inapplicabile.

Si deve, infatti, nettamente distinguere tra contratti di cessione dei diritti di utilizzo del programma e contratti di cessione dei diritti attinenti allo sfruttamento economico del programma stesso. La prima tipologia contrattuale è generalmente e comunemente denominata « licenza d'uso » ed ha per oggetto il trasferimento dei diritti d'uso, in maniera non esclusiva, atteso che il cedente opera la cessione a favore di una pluralità di soggetti, senza che venga trasferita la proprietà del programma. La seconda tipologia contrattuale è una vendita in senso tecnico che

non consente l'uso ripetuto del bene da parte di una pluralità di soggetti diversi da quello a cui è stata ceduta la proprietà. Nel caso di specie il contratto controverso è da ritenersi in-quadrabile nella prima categoria atteso che non sono stati ceduti in via esclusiva i diritti di utilizzazione del programma ma solo la facoltà d'uso per un dato periodo di tempo.

Contratto di fornitura di hardware e software • Discontinuità o mancanza di erogazione di energia elettrica • Inadempimento della fornitrice in ordine al corretto funzionamento del sistema • Insussistenza • Motivi.

Deve escludersi la responsabilità da inadempimento del fornitore di hardware e software quando emerga, dalle prove assunte, che il lamentato difetto di funzionalità del sistema derivi da discontinuità o mancata erogazione di energia elettrica in alcune ore della giornata. Spetta, infatti, all'utente, che ne fosse a conoscenza anteriormente alla conclusione del contratto di fornitura del sistema informatico, l'onere di predisporre mezzi idonei a garantire l'erogazione — e la continuità — dell'energia elettrica di rete.

S VOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con atto di citazione notificato il 13 novembre 1986, la Victor Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, esponeva che il 23 giugno 1985, la Nixdorf Computer s.p.a. le aveva proposto l'acquisto di un elaboratore elettronico e di un programma per la computerizzazione della gestione del villaggio turistico « Victor Village » in Marina d'Ugento;

— che, in data 27 marzo 1986, essa attrice aveva inviato alla Nixdorf una proposta contrattuale che prevedeva il prezzo globale di L. 153.000.000, oltre Iva ed il versamento di un acconto di L. 10.000.000;

— che la Nixdorf Computer aveva accettato la proposta ed emesso fattura per l'acconto di L. 8.474.576, oltre Iva e che, tra la fine di maggio e gli inizi di giugno 1986 aveva fornito e posto in opera l'elaboratore (Hardware) ed il relativo programma (Software);

— che la convenuta aveva successivamente emesso fattura di L. 128.000.000 per la fornitura della macchina, fattura di L. 4.000.000, oltre Iva, per il canone di assistenza tecnica, fattura di L. 25.000.000 per il contratto di Software e la fattura di L. 1.868.655, oltre Iva, per il canone di licenza d'uso del programma, relativamente al periodo 1° giugno - 31 dicembre 1986.

Deduceva l'attrice che i programmi e l'hardware si erano rivelati inidonei e mal funzionanti e, benché la Nixdorf Computer avesse inviato propri tecnici che avevano provvisoriamente posto riparto agli inconvenienti, questi ultimi si erano ripetuti sempre con maggiore frequenza sino a che, l'attrice, con telefax del 17 e 18 agosto 1986, contestò le surriferite circostanze e, a metà settembre dello stesso anno, comunicò alla Nixdorf il proprio mancato gradimento.

Dopo vari incontri e colloqui, la Victor Service aveva ribadito la propria posizione e la controparte, che non aveva ritirato macchinari e programmi, pretendeva il pagamento delle fatture.

Esponeva la Victor Service che il contratto era da inquadrarsi nell'ambito della vendita con riserva di gradimento, contratto che non si era perfezionato stante il mancato gradimento da parte dell'attrice.

Quest'ultima, quindi, conveniva davanti al Tribunale di Bari, la Nixdorf Computer s.p.a. per sentire dichiarare non perfezionato il contratto e non tenuta essa concludente al pagamento delle somme indicate nelle fatture con condanna della convenuta ariceversi la macchina ed i programmi, a restituire l'acconto versato, ed a risarcire il danno da svalutazione monetaria ed interessi.

Si costituiva la convenuta la quale contestava l'inquadrabilità della fattispecie nell'ambito della vendita con riserva di gradimento, atteso che il riferimento, contenuto nel contratto, alla bontà dei programmi era stato fatto solo per stabilire la data del 30 settembre 1986 entro cui doveva avvenire il pagamento del saldo; le parti non avevano subordinato l'efficacia o il perfezionamento del contratto, alla prova della bontà dei programmi od al gradimento da parte dell'acquirente; il contratto, secondo la convenuta, era, quindi perfetto e, in ogni caso, la Victor Service, non aveva dimostrato di avere effettuato alcuna verifica della bontà dei programmi e non si era attivata, entro la data del 30 settembre 1986 fissata in contratto, per fare constare l'esito negativo della prova o del gradimento; inoltre l'attrice aveva utilizzato macchina e programmi per tutta la stagione estiva 1986.

La convenuta instava, quindi, per il rigetto della domanda e, in via riconvenzionale, chiedeva la condanna dell'attrice al pagamento di tutte le somme indicate nelle fatture, oltre al risarcimento del danno da svalutazione monetaria, dalle date in cui il pagamento avrebbe dovuto essere effettuato, sino all'effettivo soddisfo, oltre agli interessi sulla somma rivalutata.

Indi la causa, istruita con prove testimoniali ed interrogatorio formale, all'udienza collegiale del 16 febbraio 1994, sulle conclusioni innanzi trascritte, veniva ritenuta per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — La domanda principale è infondata e merita, pertanto, integrale rigetto.

Parzialmente fondata è, invece, la domanda riconvenzionale che deve, conseguentemente, trovare accoglimento per quanto di ragione.

Occorre prendere le mosse dai dati documentali e, in particolare, dalla proposta contrattuale del 27 marzo 1986 sottoscritta dall'attrice ed accettata dalla convenuta con nota del 24 aprile 1986.

La proposta, nella parte che qui interessa, così recita: « La Victor Service » si impegna a versare in data 27 marzo 1986 la somma di L. 10.000.000 ed a rilasciare lettera di credito bancaria a copertura del saldo, che avverrà il 30 settembre 1986, dopo che sarà stata verificata ed accettata la bontà dei programmi ».

Le parti hanno dibattuto moltissimo sull'interpretazione di siffatta clausola.

Secondo l'attrice le parti hanno concluso un contratto di vendita con riserva di gradimento che non si è perfezionato per difetto del gradimento medesimo.

La convenuta sostiene, invece, che potrebbe, in astratto, configurarsi sia una vendita con riserva di gradimento, sia una vendita a prova, sia soltanto una clausola di stile posta allo scopo di rafforzare le garanzie prestate dalla convenuta in ordine al buon funzionamento dei programmi.

Si è visto in narrativa che il contratto riguarda sia la fornitura e posa in opera della macchina (hardware) sia il programma (software).

Il dato letterale della proposta contrattuale, poi integralmente accettata, è nel senso che il dato condizionante della « bontà », comunque si voglia ricostruire la fattispecie, riguarda soltanto i programmi e non la macchina.

Da ciò la convenuta fa derivare la impossibilità di configurare il contratto come vendita con riserva di gradimento.

La S.C., con sentenza 27 febbraio 1986, n. 1270, ha stabilito che la vendita con riserva di gradimento è un contratto soltanto *in itinere* e non perfezionato fin a che la riserva non sia sciolta dal potenziale acquirente con la comunicazione del gradimento al venditore, mentre la vendita a prova è un contratto perfetto nei suoi elementi costitutivi, ma sospensivamente condizionato per la sua efficacia all'esito positivo della prova.

La vendita con riserva di gradimento è pacificamente costruita come una proposta irrevocabile da parte del venditore cui accede una opzione da parte del compratore che è libero o meno di dare il gradimento.

Nella specie, come si è visto, la proposta viene — per contro — dal compratore e, come rettamente ha osservato la convenuta, seguendo la tesi dell'attrice, si avrebbe una accettazione irrevocabile a fronte di una proposta revocabile.

Infatti, l'attrice da potenziale accettante, figura come proponente non in maniera irrevocabile, mentre la convenuta, invece che proponente in maniera irrevocabile, figura quale accettante.

L'inversione delle posizioni di proponente ed accettante, quindi, è di ostacolo alla configurabilità del contratto *inter partes* come vendita con riserva di gradimento.

Inoltre va posto in rilievo come, con riferimento ai programmi per computers (e nella specie la clausola concernente la « bontà » riguarda solo i programmi), lo schema della vendita, a prescindere dal tipo specifico della stessa (a prova o con riserva di gradimento), appare inapplicabile.

Invero, in tema di contratti relativi al « software » (i programmi), vi è una netta distinzione tra contratti di cessione dei diritti attinenti allo sfruttamento economico del programma stesso; la prima tipologia contrattuale è generalmente e comunemente denominato « licenza d'uso » ed ha ad oggetto il trasferimento dei diritti d'uso, in maniera non esclusiva, atteso che il cedente opera la cessione a favore di una pluralità di soggetti, senza che venga trasferita la proprietà del programma; il secondo tipo contrattuale, assai poco diffuso, è una vera e propria vendita del programma che, però, non consente l'uso ripetuto del bene da parte di più soggetti.

Dagli atti di causa emerge con chiarezza che il contratto controverso è da ritenere inquadrabile nella prima categoria, atteso che la convenuta non ha ceduto in via esclusiva i propri diritti relativi al programma all'attrice, poiché è stata solo trasferita la facoltà d'uso e di utilizzazione per un dato periodo di tempo.

Ciò trova conferma nella circostanza pacifica e risultante dalle fatture in atti, che il corrispettivo dovuto dalla Victor Service è espressamente qualificato canone di licenza.

A prescindere, però, dalla concreta qualificazione giuridica del rapporto controverso, gli atti consentono comunque di ritenere infondata la domanda principale.

Il legale rappresentante dell'attrice, in sede di interrogatorio formale, ha confessato che, all'epoca dei fatti, vi furono frequenti sbalzi di tensione dell'energia elettrica e che la Nixdorf provvide, a mezzo di suoi tecnici, ad installare degli stabilizzatori di corrente, senza riuscire a risolvere gli inconvenienti; il teste Cavallo, consulente dell'attrice all'epoca dei fatti, ed il teste Loseto Pietro, responsabile amministrativo della società attrice, hanno confermato la circostanza degli sbalzi di tensione.

Anche altri testi hanno confermato dette circostanze.

Garavaglia Roberto e Zambon Dennis (dipendenti della Nixdorf) hanno detto che vi erano degli sbalzi di tensione che danneggiavano i flussi di informazione ed hanno precisato che, in alcune ore della giornata, non veniva affatto erogata energia elettrica e che l'installazione degli stabilizzatori di corrente non poteva, ovviamente, ovviare alla mancanza di elettricità; lo Zambon ha aggiunto che il programma presentava dei problemi dovuti agli sbalzi di tensione ed alla mancanza di energia elettrica; ha pure detto il teste che il tecnico messo a disposizione dalla convenuta e che rimane presso il villaggio turistico si occupava di software (programmi), mentre altri tecnici che vennero dalle filiali di Bari e Taranto si occupavano di hardware (macchina).

Emerge dagli atti che i difetti e gli inconvenienti riguardavano non il programma, ma la macchina, tanto è vero che il tecnico della Nixdorf presente in loco, esperto solo di programmi, dovette richiedere l'intervento dei tecnici provenienti da Bari e Taranto, esperti in hardware.

La clausola concernente il preteso gradimento riguarda solo i programmi e non la macchina ed il fatto che il tecnico stabilitosi presso il villaggio, esperto in software, non fosse riuscito a trovare il guasto chiedendo l'intervento di altri tecnici esperti in hardware conferma che i difetti afferrivano alla macchina, esclusa dalla clausola.

Ma, a tutto concedere, anche ritenendo, per amore di tesi, che la clausola possa essere intesa come comprendente anche la macchina, è certo che gli inconvenienti erano senz'altro dovuti agli sbalzi di tensione e, so-

prattutto, alla mancata erogazione dell'energia elettrica in certe ore della giornata.

È notorio che gli sbalzi di tensione e, a maggiore ragione, la cessazione di erogazione di corrente elettrica fanno andare in « tilt » gli elaboratori ed è altrettanto evidente che dette disfunzioni di energia si ripercuotono negativamente sia sulla macchina che sui programmi.

La Victor Service era ben consapevole di detti sbalzi ed ammanchi di corrente, tanto che il suo legale rappresentante lo ha confessato in giudizio.

Né è pensabile che in un villaggio turistico i responsabili dello stesso non sapessero di tali inconvenienti afferenti alla rete elettrica che alimenta il villaggio stesso.

Il Tribunale di Roma ha già affrontato lo specifico problema dell'energia elettrica e, con sentenza del 1° marzo 1990 (pubblicata sulla rivista *Diritto dell'Informazione e Informatica*, 1991, 194), ha stabilito che deve escludersi la responsabilità da inadempimento del fornitore di un computer col relativo programma, quando emerga dalle prove assunte che il lamentato difetto di funzionalità del sistema deriva da discontinuità nell'erogazione dell'energia elettrica.

Nella specie, vi è di più, atteso che è provata non solo la discontinuità nell'erogazione (di per sé sufficiente, secondo il tribunale romano ad escludere l'inadempimento), ma addirittura la mancanza di erogazione di energia elettrica in alcune ore della giornata.

È emerso anche che la convenuta si è attivata, predisponendo l'installazione di stabilizzatori di corrente ma è chiaro che detti apparecchi servono a neutralizzare gli sbalzi di tensione, ma nulla possono fare se la corrente manchi del tutto.

Pertanto, comunque si voglia ricostruire la fattispecie, l'attrice deve addebitare a sé stessa il cattivo funzionamento del sistema informatico, incombendo ad essa attrice l'onere di predisporre mezzi idonei a garantire la continuità dell'erogazione dell'energia elettrica.

Certamente nessun obbligo in tal sensi può ritenersi facente carico alla convenuta che, per di più e pur non essendovi obbligata, si è attivata per eliminare gli inconvenienti.

Questi non sono stati eliminati proprio perché, come si è visto, gli stabilizzatori non sono idoneo ai loro scopo se manca del tutto l'erogazione di energia.

Conclusivamente, se il contratto venisse qualificato vendita con riserva di gradimento, il mancato gradimento dipende esclusivamente dall'attrice.

In ogni caso è ben strano che le parti abbiano indicato come termine ultimo per esprimere il gradimento, la data del 30 settembre 1986, coincidente con la fine della stagione estiva e cioè con la fine del periodo di utilizzo del programma, con la conseguenza che, nell'ipotesi di diniego di gradimento espresso nel termine ultimo, l'attrice non avrebbe dovuto corrispondere alunché alla convenuta, atteso che, ai sensi dell'art. 1520 c.c., il contratto non si perfeziona fino a che non sia comunicato il gradimento al venditore, pur essendosi locupletata (ingiustamente) del servizio reso dalla macchina e dal programma.

Va detto che nessun apporto utile alla ricostruzione del contratto può venire dalla deposizione del teste Zambon che ha dichiarato che fu stipulato dalle parti un contratto con riserva di gradimento, atteso che ai testi è

assolutamente inibita ogni valutazione di carattere giuridico che spetta esclusivamente al giudice.

Ove si costruisse la fattispecie come vendita a prova, sottoposta alla condizione sospensiva che la cosa avesse le qualità pattuite o fosse idoneo all'uso cui era destinata *ex art.* 1521 c.c., sarebbe applicabile l'*art.* 1359 c.c., dovendosi la condizione ritenersi avverata, essendo il mancato avveramento imputabile all'attrice che non ha fatto sì che l'erogazione dell'energia fosse continuativa.

Infine la migliore dottrina (che l'*art.* 118 disp. att. c.p.c. ci vieta di citare) ritiene che, nel dubbio, ai sensi dell'*art.* 1371 c.c. (riguardante le regole finali di interpretazione del contratto oneroso nel senso dell'equo contemperamento degli interessi delle parti) il contratto debba, nella materia *de quo*, interpretarsi come vendita a prova.

In conclusione la circostanza pacifica della difettosità dell'erogazione dell'energia elettrica, porta, in ognuna delle ipotesi ricostruttive prospettate, al rigetto integrale della domanda principale.

Il contratto, comunque ricostruito, si è certamente perfezionato sicché alla convenuta competono le somme richieste in via riconvenzionale a titolo di sorte capitale, pari a L. 199.307.754, da cui va detratto l'acconto versato di L. 10.000.000.

Tale importo risulta dal contratto, dalle fatture in atti e non è stato minimamente contestato dall'attrice che, anzi, lo ha riconosciuto nell'atto di citazione contenente la domanda principale di accertamento negativo.

Non competono i danni derivanti dalla svalutazione monetaria, non avendo la convenuta fornito alcuna prova sul punto.

Compete, quindi, alla convenuta, a titolo di riconvenzionale, la somma di L. 189.307.754, già detratto l'acconto di L. 10.000.000, oltre agli interessi legali dalla domanda sino all'effettivo soddisfo.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M. — Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla domanda principale proposto, con atto di citazione notificato il 13 novembre 1986, dalla s.r.l. « Victor Service » in persona del legale rappresentante, nei confronti della Nixdord Computer s.p.a., in persona del legale rappresentante, nonché sulla domanda di riconvenzionale da quest'ultima proposta, con comparsa di costituzione e risposta del 29 gennaio 1987, nei confronti dell'attrice, così provvede:

- 1) rigetta la domanda principale;
- 2) accoglie parzialmente la domanda riconvenzionale e, per l'effetto, condanna l'attrice al pagamento, in favore della convenuta, della somma di L. 189.307.754, oltre agli interessi legali dalla domanda sino all'effettivo soddisfo;
- 3) condanna l'attrice al rimborso, in favore della convenuta, delle spese processuali, liquidate in complessive L. 6.981.500 di cui L. 619.500 per spese L. 2.362.000 per diritti e L. 4.000.000 per onorari, oltre Iva e Cap come per legge.

**BREVI NOTE A
MARGINE DEL
PROBLEMA DELLA
QUALIFICAZIONE
E DELL'INADEMPIMENTO
DEL CONTRATTO
DI FORNITURA
DI HARDWARE E SOFTWARE**

La sentenza del Tribunale di Bari, che qui si annota, affronta, preliminarmente al giudizio di rilevanza o meno dell'inadempimento del fornitore di beni informatici, il problema della qualificazione del contratto di fornitura, unitamente a manutenzione ed assistenza tecnica, di hardware e software, *rectius* di un sistema informatico: problema, quest'ultimo, che è già stato trattato, *ex funditus*, in una mia nota¹, a margine dell'originale sentenza del Tribunale di Torino del 13 marzo 1993 (Pres. est.

Barbuto), cui mi sia consentito, pertanto, rinviare, sin da ora, per ogni ulteriore approfondimento.

In quella sede si è rilevato che nel caso di fornitura di un sistema informatico² *ad hoc*, ossia di un sistema in cui hardware e software siano personalizzati per l'uso richiesto dall'utente finale, le parti danno vita ad un unico contratto atipico — anche in presenza di una pluralità di documenti contrattuali ed indipendentemente dalla terminologia adottata negli stessi³ — in cui, essendo prevalente l'elemento dell'obbligazione di risultato⁴ rispetto alle altre obbligazioni pattuite, lo schema negoziale cui fare riferimento, per determinarne la disciplina applicabile in ossequio ai principi del contratto misto, deve essere quello del contratto d'appalto anziché quello della vendita (*Principio dell'assorbimento*)⁵ o della ven-

¹ Tosi, *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, in questa *Rivista*, 2, 1995, 386 ss.

² Sulla nozione tecnica e sulla natura giuridica dei nuovi beni informatici, nonché sulla loro tutela giuridica mi sia permesso rinviare *amplius* al recente studio monografico dello scrivente autore dal titolo *I contratti di informatica. Tipi contrattuali, informazione, responsabilità. Casi e materiali*, Milano, 1993, 39 ss.

³ Così Trib. Torino 13 marzo 1993, Pres. est. Barbuto, in questa *Rivista*, 2, 1985, 382 ss. con nota di commento dello scrivente, cui *adde*, in dottrina, BIN, *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, in AA.VV., *I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio*, VII, a cura di G. Alpa e V. Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 72. Si veda, inoltre, App. Torino, 15 febbraio 1985, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2716.

⁴ Sulla problematica relativa alla dicotomia corrente tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi si vedano in generale: MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Rivista di diritto*

commerciale, 1954, I, 185 e ss.; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Obbligazioni* (art. 1218-1229), Bologna-Roma, 80 e ss.; VISENTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 50 ss.; e con riferimento particolare alla fornitura di beni informatici: HARRIS, *Complex Contract Issues in the Acquisition of hardware and software*, in *Computer Law Journal*, 4, 1983, 86 e ss. Solleva perplessità in ordine alla distinzione *de qua* RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 191.

⁵ In base a detto criterio (DE NOVA), si applica la disciplina del tipo principale o prevalente: la prevalenza deve avere riguardo alla funzione, ossia alla modificazione della situazione giuridico-sociale — ed economica — delle parti che il negozio è capace di compiere, se riconosciuto come legittimo di tutela dall'ordinamento. Nel caso di più interessi principali che si fondono in una causa unitaria il criterio dell'elemento prevalente risulta tuttavia arbitrario. La giurisprudenza, infatti, ricorre al criterio dell'assorbimento solo dopo l'inuti-

dita per l'hardware⁶ e dell'appalto per il software (*Principio della combinazione*)⁷.

Si osservi a tal proposito, che, secondo giurisprudenza della Corte di Cassazione⁸, il problema dell'accertamento della natura di unico contratto misto o di pluralità di contratti collegati è una *res facti*, e come tale insuscettibile di essere ancorata a valutazioni astratte e generali⁹ essendo riconducibile alla esclusiva volontà delle parti (*Criterio soggettivo*). Ad esso si contrappone l'orientamento dottrinale (e della giurisprudenza di merito più recente, *infra* citata), cui si ritiene dover aderire, secondo cui l'accertamento dell'unicità contrattuale o della pluralità di contratti collegati discende dalla connessione funzionale tra loro. Sottratto il collegamento contrattuale alla disponibilità delle parti, questo rileva come dato oggettivo (*Criterio oggettivo*)¹⁰ — *rectius res iuris* — ossia attiene alla qualificazione giuridica dei fatti¹¹.

le tentativo di applicare ai vari elementi contrattuali, in ossequio al criterio della combinazione, la disciplina dei tipi legali cui essi sono riconducibili. Sul punto vedi *amplius* DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, *passim*.

⁶ Sui contratti relativi all'hardware si veda, da ultimo ARNÒ, *I contratti relativi all'hardware*, in *Contratti*, 1995, 224 ss.

⁷ La soluzione dei conflitti nascenti dallo svolgimento di rapporti consistenti in una pluralità di prestazioni andrebbe rinvenuta — in ossequio a detto principio — non tanto nell'individuazione dello schema applicabile in base a una valutazione di sintesi, quanto piuttosto dall'identificazione della singola prestazione, e quindi dello schema contrattuale ad essa applicabile, rispetto alla quale è sorto il contrasto: vedi in tal senso SBISA, *Profili generali dei contratti di utilizzazione dei computers*, in AA.VV., *I contratti di utilizzazione del computer*, a cura di Alpa, I, Milano, 1984, 30; BIN, *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, in AA.VV., *I contratti di informatica*, in *I contratti di informatica*, a cura di Alpa e Zeno-Zencovich, VII, Milano, 1987, 68 ss.; e GIACOBBE, *Sulla disciplina giuridica dei negozi complessi*, in *Giustizia civile*, 1956, I, 2116-2121. In buona sostanza in base al criterio della combinazione, si applica la disciplina specifica cui appartiene ciascun elemento contrattuale.

⁸ Cass. 18 marzo 1975, n. 1042, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1190; Cass. 5 settembre 1978, Cass. 4038.

⁹ SACCO-DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Torino, 1988, 463.

¹⁰ BIN, *L'equilibrio sinallagmatico nei contratti informatici*, cit., 71 ss. e spec. 73.

¹¹ La problematica di cui è si è fatto

breve cenno nel testo si ricollega alla contrapposizione tra attività di interpretazione del contratto — *res facti* — e attività di qualificazione del contratto — *res iuris*. Secondo Bianca (*Dir. civile* 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 377 ss. e spec. 380-381 e 444-445) «l'interpretazione è l'operazione che accerta il significato giuridico rilevante dell'accordo contrattuale (...) interpretare il contratto vuol dire accertare il significato di ciò che le parti hanno disposto, ossia accertare il contenuto sostanziale del contratto». Ad essa si contrappone la *valutazione giuridica* che è «invece volta ad accertare il valore giuridico dell'atto. La valutazione giuridica dell'atto può comprendere tre momenti: la qualifica, la verifica degli effetti, e l'integrazione degli effetti, nessuno di questi momenti rientra nell'atto interpretativo. La qualifica segue all'interpretazione in quanto essa tende a classificare il contratto, e cioè ad accertare in quale schema causale-giuridico esso debba essere inquadrato (...)». L'accertamento degli effetti programmati dalle parti è, invece, ancora parte dell'operazione interpretativa. Qualificare giuridicamente un atto «vuol dire assegnarlo ad una data categoria giuridica o giuridicamente rilevante». «Sul piano processuale la distinzione (*tra interpretazione e qualificazione*, N.d.R.) rileva in quanto l'interpretazione è riservata al *giudice di merito* (...). Quale valutazione giuridica la qualificazione del contratto *non* è invece riservata esclusivamente al giudice di merito (...). Varie qualificazioni sono possibili in relazione alle varie categorie in cui può essere intesa la materia contrattuale secondo i diversi profili: dei soggetti, degli effetti, della forma ecc. La qualificazione del contratto è principalmente quella che lo assegna ad un dato tipo contrattuale. Questa qualificazione procede in base alla causa concreta del

Tuttavia, se prevalente è lo schema dell'appalto nel caso di fornitura di un sistema informatico *ad hoc*, nulla osta a che sia applicabile, in quanto prevalente, lo schema negoziale della vendita *tout court* nel caso di contratto di fornitura di un sistema informatico standard ossia di un sistema in cui, a differenza di quello *ad hoc*, né hardware né software siano stati adattati per soddisfare le esigenze di un utente specifico.

La sentenza in epigrafe ritiene, però, senza aver cura di precisare se si tratti di software standard o personalizzato, che lo schema negoziale della vendita, a prescindere dal tipo specifico della stessa (a prova o con riserva di gradimento: problematica peraltro irrilevante non solo ai fini della decisione ma anche del presente lavoro) sarebbe ad esso inapplicabile.

L'affermazione non pare condivisibile alla luce dell'art. 64-bis, lett. c) del d.lgs. 518/92 da cui pare senz'altro ragionevole dedurre che la figura negoziale della vendita abbia trovato asilo, essendone riconosciuta implicitamente — come si è cercato di dimostrare in altro mio scritto¹² — l'applicabilità anche per la cessione di singola copia autorizzata di software *standard* e non solo, come si rileva nella sentenza *de qua*, per «cedere lo sfruttamento economico del programma stesso».

2. Il problema dell'inadempimento del contratto di fornitura, unitamente a manutenzione ed assistenza tecnica, di hardware e software¹³ — *rectius* di un sistema informatico — è collegato a quello, già esaminato, della sua qualificazione.

La scelta della qualificazione del contratto di fornitura di un sistema informatico, in superamento della pluralità documentale di accordi negoziali, come unico contratto misto si rivela, pertanto, decisiva, ai fini della maggior tutela dell'utente finale — consumatore, non solo, e non tanto, nel momento, pur delicato, dell'individuazione della disciplina applica-

contratto». Si osservi, infine, che la qualificazione giuridica data dalle parti ad un contratto non è vincolante né per le parti stesse né per i terzi «dovendo in ogni caso valere la qualificazione appropriata al complessivo contenuto del contratto»: così BIANCA, *op. cit.*, 445.

¹² TOSI, *Licenza d'uso e vendita di copia di software alla luce del d.l. 29 dicembre 1992, n. 518*, in *Arch. civ.*, 10, 1995, 985 ss.; *Id.*, *I contratti ad oggetto informatico*, in *Giovani Avvocati*, AIGA, 1, 1995, 34 ss.; *Id.*, *Software License Agreements in Italy*, in *The International Computer Lawyer*, 3, 1995, 21 ss.; e *Id.*, *Lizenz und Kaufvertrag über Softwarekopien in Italien*, in *Computer und Recht*, 8, 1995, 457 ss.

¹³ Si sono pronunciati in materia di inadempimento dei contratti di informatica: Trib. Salerno, 2 gennaio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, II, 1131, con nota di MONINA, *Contratti informatici e inadempimento del venditore*, *ibidem*, 1173 ss.; App. Torino, 15 febbraio 1985, in questa *Rivista*, 1985, 1011 ss. con nota di ROS-

SELLO, *L'inadempimento di un contratto di utilizzazione del computer*; e in *Foro it.*, 1985, I, c. 2716, con nota di MARELLA, *Vendita di «hardware» con «software» e risoluzione del contratto per inadempimento*, *ibidem*; Trib. Roma, 20 novembre 1987, in questa *Rivista*, 1988, II, 492; Trib. Milano, 20 ottobre 1988, Rel. Budano, in questa *Rivista*, 1989, II, 549 ss.; Trib. Milano, 20 ottobre 1988, Rel. Bichi, in questa *Rivista*, 1989, II, 552 ss. con nota di richiami di SCOGNAMIGLIO; Trib. Torino, 9 giugno 1989, De Leo c. Honeywell Bull- Clessari, inedita; Pret. Torino, 23 ottobre 1989, in *Impresa*, 1990, 5, 596; Trib. Roma, 1° marzo 1990, in questa *Rivista*, 1991, I, 195; Trib. Roma, 27 settembre 1991, in questa *Rivista*, 1993, 740, con nota di richiami di PASQUINO; Pret. Parma, 3 marzo 1992, in questa *Rivista*, 1992, III, 939, con nota di richiami di ROSSELLO; e da ultimo Trib. Torino, 13 marzo 1993, cit. con nota di TOSI, *Natura e qualificazione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, cit.

bile — secondo i criteri *supra* ampiamente illustrati — quanto nel momento patologico della vicenda negoziale, ossia per il caso d'inadempimento del fornitore del sistema.

Le osservazioni formulate con riferimento ad una pluralità documentale di accordi negoziali ben si possono adattare all'ipotesi del contratto misto, redatto in un unico contesto documentale, nella parte riguardante l'individuazione della disciplina giuridica applicabile.

Nel caso di regolamento contrattuale redatto in un unico testo — contratto unico —, come nel caso di specie, raramente è, infatti, enucleata una sola prestazione, corrispondente a uno schema tipico puro, ma il più delle volte si è di fronte ad una pluralità di schemi contrattuali tipici, nel caso di contratto misto, e atipici, nel caso di contratto complesso, fusi in una unica causa, per la realizzazione di un interesse unitario sul piano pratico-economico.

La rilevanza dell'inadempimento, *ex art.* 1455 c.c., dovrà, quindi, essere valutata, nel caso di unico contratto misto, in un'ottica unitaria — e non parcellizzata — della vicenda contrattuale.

La sentenza in commento, richiamando espressamente un condivisibile precedente in termini del Tribunale di Roma 1° marzo 1990 (Pres. Misiti - Est. Fenu: in questa *Rivista*, 1991, 194 ss., con nota di richiami di Scognamiglio), afferma che deve escludersi la responsabilità da inadempimento del fornitore di un computer col relativo software, quando emerga — dalle prove assunte — che il lamentato difetto di funzionalità del sistema derivi da discontinuità nell'erogazione dell'energia elettrica e *a fortiori*, come nel caso di specie, quando derivi da mancanza totale di energia elettrica in alcune ore della giornata. L'utilizzazione di stabilizzatori non è infatti idonea allo scopo, quando la corrente manchi del tutto: essendo all'uopo da predisporre — in quest'ultimo caso — gruppi elettrogeni di continuità¹⁴.

Secondo Trib. Roma 27 settembre 1991 (in questa *Rivista* 1993, 737 ss., con nota di richiami di T. PASQUINO) non sussiste, invece, inadempimento del fornitore di un sistema informatico quando sia dimostrato che questo non solo abbia adempiuto l'obbligazione di consegnare l'hardware e il software, ma anche quella di fornire l'assistenza e l'istruzione hardware e software: prestazione, quest'ultima, che, tuttavia, non possa essere stata eseguita — di fatto — per negligenza dell'utilizzatore.

Sempre con riferimento al problema dell'inadempimento, la più attenta e recente giurisprudenza — Trib. Torino 13 marzo 1993¹⁵ — ha preso in considerazione anche il problema, non meno importante, dell'ulteriore qualificazione dell'obbligazione scaturente dal «contratto di fornitura di un sistema informatico» *ad hoc* — ossia di quel sistema fornito con

¹⁴ Sull'argomento si veda, inoltre, FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989, 186 ss.; ROSSELLO, *La responsabilità da inadeguato funzionamento di programmi per elaboratori elettronici - Aspetti e problemi dell'esperienza nord-americana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 123 ss.; e ID., *L'inadempimento di un contratto di utilizzazione del computer*, in questa *Rivista*, 1985, 1016 ss.

¹⁵ Trib. Torino, 13 marzo 1993, *cit.* Nel caso di specie il Tribunale di Torino ha accertato che la personalizzazione del software e della relativa base di dati in funzione dell'attività svolta dall'utente finale oltreché il conseguente dimensionamento dell'hardware, sono stati attuati al fine di raggiungere l'obiettivo di consentire l'informatizzazione delle attività quotidiane dell'utente medesimo.

specifica garanzia del soddisfacimento delle esigenze personali di un determinato utente — come *obbligazione di risultato* anziché come semplice obbligazione di mezzi.

Conseguenza di tale qualificazione è il consistente rafforzamento del rimedio della risoluzione per inadempimento: si ammette, infatti, l'esercizio anche per il caso di mancato raggiungimento del risultato utile promesso non essendo, per ciò, più sufficiente, ad evitare la risoluzione, la semplice rispondenza astratta dei beni informatici forniti alle specifiche tecniche rilasciate dal produttore.

Sia chiaro, però, che di questa maggior tutela, conseguente alla qualificazione — dell'*obbligazione* derivante dal contratto di fornitura di sistema informatico personalizzato — come *obbligazione di risultato*, non si deve abusare ritenendola sussistente anche in casi in cui il sistema informatico — destinato, per esemio, all'*home computing* — sia del tutto *standard* e « chiavi in mano » (« Turn-Key Contract »)¹⁶.

Si segnala, infine, che già App. Torino 15 febbraio 1985, ragionando in termini di unico contratto misto, ha, correttamente, ritenuto che « quando, nella vendita di un elaboratore elettronico, il venditore assum(a) l'*obbligazione* di fornire al completo il sistema prescelto dall'acquirente, oggetto del negozio stipulato fra le parti non (sia) un semplice elaboratore, ma un vero e proprio sistema di elaborazione da adattare alle esigenze del compratore; pertanto la fornitura incompleta dei programmi da luogo ad inadempimento contrattuale, sanzionabile con la risoluzione del contratto »¹⁷.

EMILIO TOSI

¹⁶ Così ammonisce il DE NOVA, *Risoluzione dei contratti di fornitura di sistemi informatici*, cit., 443, rilevando che « l'accertamento che si trattava di un programma *ad hoc* e che era stata promessa una utilità è premessa necessaria perché la soluzione adottata dal Tribunale possa essere condivisa. Mai come in questi casi è essenziale che la massima non sia generica e così non tradisca la sentenza ».

¹⁷ Così App. Torino, 15 febbraio 1985, in questa *Rivista*, 1985, 1011 ss. con nota di ROSSELLO, cit., in *Foro it.*, 1985, I, c. 2716, con nota di MARELLA, *Vendita di « hardware » con « software » e risoluzione del contratto per inadempimento*, ibidem; Id., *Contratto unitario e collegamento negoziale nella « vendita » di*

hardware e di software: l'esperienza tedesca, in *Riv. crit. dir. priv.*, 81 ss., in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 261 con note di RISTUCCIA, *Obblighi del fornitore e inadempimento nei contratti informatici*. In senso conforme anche Trib. Roma, 20 novembre 1987, in *Dir. informaz. e informatica*, 1988, II, 492; ai soli effetti del risarcimento del danno, Trib. Rovereto, 28 febbraio 1985, in *Dir. informaz. e informatica*, 1986, II, 590; Trib. Torino, 9 giugno 1989, De Leo c. Honeywell Bull- Clessari, inedita; Pret. Torino, 23 ottobre 1989, in *Impresa*, 1990, 5, 596. *Contra*, Trib. Salerno, 2 gennaio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1983, II, 1131, con nota di MONINA, *Contratti informatici e inadempimento del venditore*, cit.