

FABIO BRAVO

SOFTWARE « OPEN SOURCE » PER LA P.A. TRA DIRITTO D'AUTORE, APPALTI PUBBLICI E DIRITTO DEI CONTRATTI. LA LICENZA PUBBLICA DELL'UE PER I PROGRAMMI A CODICE SorgENTE APERTO

SOMMARIO: 1. Open Source Software (OSS) e Free Software. Opportunità e criticità per la Pubblica Amministrazione. — 2. Open Source Software, diritto dei contratti e Legge sul Diritto d'Autore (L. 633/1941). — 3. Open Source Software e Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 85/2002). — 4. Open Source Software, Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) e Direttiva del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie del 19 dicembre 2003 (Dir. M.I.T. 19 dicembre 2003). — 5. La « European Union Public Licence » (EURL, vers. 1.0).

I. OPEN SOURCE SOFTWARE (OSS) E FREE SOFTWARE. OPPORTUNITÀ E CRITICITÀ PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

L'Open Source Software (OSS) sta attraversando un periodo di crescente attenzione, da parte degli utenti così come degli studiosi e delle istituzioni.

Com'è noto, con tale espressione si fa riferimento ai programmi per elaboratori rilasciati e distribuiti senza tenere segregato il « codice sorgente », ossia l'insieme delle istruzioni redatte (solitamente) in un apposito linguaggio di programmazione, che, compilato in linguaggio macchina (codice binario) a seguito della sua sottoposizione all'azione del software c.d. « compilatore », viene trasformato in « codice oggetto », eseguibile dall'elaboratore elettronico su cui viene installato.

* Il presente contributo espone parte delle riflessioni contenute nel più ampio contributo (dal titolo « Software "open source" e Pubblica Amministrazione. L'esperienza comunitaria e quella italiana tra diritto d'autore, appalti pubblici e diritto dei contratti ») che raccoglie il risultato dell'attività di ricerca scientifica individuale condotta presso il CIRSFID dell'Università di Bologna (www.cirsfid.unibo.it) nell'ambito del Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale (PRIN) 2005-2007 finanziato dal MIUR, sul tema « Open Source e Proprietà Intellettuale »,

coordinato dal Prof. Luigi Carlo Ubertazzi dell'Università di Pavia (Coordinatore nazionale). Per l'esigenza di contribuire ad una quanto più ampia diffusione possibile dei risultati della ricerca, i diritti relativi alla presente opera vengono rilasciati all'editore in via non esclusiva, con ogni più ampia riserva per l'autore di ripubblicare, riutilizzare e diffondere il presente lavoro, con qualsiasi modalità, forma e mezzo, ivi incluso quello telematico, e senza limitazione alcuna, ivi inclusa quella di carattere temporale o geografico.

La diffusione del codice sorgente, che diviene accessibile da parte di chiunque, è solitamente accompagnata sia dall'ulteriore documentazione e dalle ulteriori informazioni necessarie alla sua stesura ed alla sua successiva modifica (es.: dipendenze, librerie, *makefile*, documentazione tecnica, documentazione di supporto come manuali, *HowTo*, *F.A.Q.*, etc.), sia dalla facoltà, per gli utenti dell'OSS, di sfruttare liberamente il *software* a codice sorgente aperto, con riferimento, tra l'altro, all'utilizzazione, all'effettuazione della copia, alla distribuzione, all'esame, alla modifica ed al miglioramento, tanto in relazione all'opera originaria che alle sue successive estensioni e modifiche, che devono avvenire, solitamente, negli stessi termini previsti dalla licenza originaria, con un effetto definito « virale »¹.

Può notarsi come il fenomeno sia spesso drasticamente in contrapposizione con la prassi usata dalle principali *software houses* di tenere il codice sorgente riservato, sottoposto alla massima segretezza, per ovvie ragioni di *policy* industriale e commerciale. Tale contrapposizione è diventata però contrasto allorché il fenomeno dell'OSS ha assunto connotazioni ideologiche e sociali, accompagnandosi a battaglie energeticamente condotte da chi rivendica non solo il diritto di utilizzare il programma per elaboratore, ma anche quello di accedere sempre e comunque al codice sorgente al fine di modificare il programma e adattarlo alle proprie esigenze. Al riguardo si pensi al fenomeno socio-culturale che si accompagna alla diffusione del *Free Software* ovvero del *Free Libre Open Source Software* (FLOSS), portato avanti come una crociata dalla *Free Software Foundation* (FSF). Quest'ultima, infatti, si pone come obiettivo l'eliminazione delle « restrizioni sulla copia, sulla redistribuzione, sulla comprensione e sulla modifica dei programmi per computer »².

L'efficacia degli interventi strategici della FSF per una completa eliminazione del *software* proprietario dal mercato si percepisce se si considera, come ben evidenziato in dottrina, che « Mentre molte altre organizzazioni distribuiscono tutto il *software* libero al momento disponibile, la *Free Software Foundation* si concentra sullo sviluppo di nuovo *software* libero, inserendolo in un sistema coerente che possa eliminare il bisogno di utilizzare *software* proprietario »³.

Da tale movimento culturale diverse comunità di sviluppatori hanno da tempo preso le distanze, stemperando i toni ideologici e affacciandosi al fenomeno *Open Source* in maniera più equilibrata, considerando soprattutto gli aspetti di sviluppo socio-economico connessi alla diffusione dei programmi a codice sorgente aperto e senza alcuna preclusione all'uso concorrente di *software* proprietario e di *software* OS ove le circostanze lo ritengano consigliabile. Non a caso moltissimi applicativi OS sono stati approntati sia nella versione compatibile con il sistema operativo « Linux » e derivati, chiaramente OS, sia con sistemi operativi di tipo proprietario, tra i quali « Windows » della Microsoft.

¹ Cfr. G. GHIDINI-V. FALCE, *Open source, General Public License e incentivo all'innovazione*, in AIDA 2004, pp. 3 ss., ai quali si rinvia, più approfonditamente, anche per la disamina dei tratti essenziali delle licenze di tipo *open source*.

² Cfr. G. ZICCARDI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2001, p. 231.

³ *Ibidem*, p. 231. I corsivi sono di chi scrive.

Sia che si parli di *Free Software* che di *Open Source Software*, però, il rilascio del codice sorgente non implica necessariamente la gratuità del diritto di utilizzazione e degli altri diritti eventualmente licenziati⁴, anche se molti prodotti noti e molte licenze a cui si ricorre per la distribuzione del software « *open source* » sono improntate alla gratuità⁵.

La contrapposizione tra *software* di tipo proprietario e *software* di tipo *open source* rispecchia, invero, la contrapposizione tra due modelli economici⁶.

La scelta tra *software* di tipo proprietario e *software* di tipo *open source* non sembra però passibile di decisioni aprioristiche, dovendosi invece considerare di volta in volta le esigenze dell'utente (utilizzatore), il tipo di risultati che si intendono perseguire, l'ambiente in cui si colloca la soluzione tecnologica, i costi necessari per abbandonare la soluzione tecnologica precedente, quelli per sostenere le nuove scelte e quelli che si verrebbero a risparmiare rispetto alle nuove soluzioni tecnologiche che si intendono scartare, l'impatto sulla sicurezza informatica e sulla protezione dei dati personali, l'ampiezza dei diritti che si ottengono e le possibilità di riuso della tecnologia, e così via.

Ciò è tanto più vero nel caso il cui la scelta tecnologica debba essere affrontata dalla Pubblica Amministrazione⁷.

⁴ Cfr. G. ZICCARDI, *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 231, il quale ricorda in questo caso l'affermazione coniata da Richard M. Stallman, fondatore della *Free Software Foundation*, per dirimere un equivoco di fondo generato dall'ambiguità del termine « *free* ». Secondo l'affermazione di Stallman, infatti, per « *free software* » non deve intendersi *software* « gratuito » ma *software* « libero », in quanto « *free* », nell'espressione « *free software* », deve intendersi nella medesima accezione ricorrente nell'espressione « *free speech* » e non in quella « *free beer* ». La libertà in argomento, che Stallman accosta al *software*, non a caso è stata paragonata alla « libertà di espressione », in quanto, secondo la FSF, anche l'accesso al codice sorgente deve far parte del novero di garanzie di rango costituzionale. In particolare, come rileva l'A. cit., nella prospettiva della FSF l'espressione « *free software* » deve essere ricollegata « alla libertà dell'utente di eseguire, copiare, distribuire, studiare, cambiare e migliorare il *software* », secondo le seguenti quattro categorie di libertà tipizzate come dal seguente elenco: « 0) libertà di eseguire il programma, per qualsiasi scopo (libertà zero); 1) libertà di studiare come funziona il programma, e adattarlo alle proprie necessità (libertà uno): in questo caso l'accesso al codice sorgente ne è un prerequisito; 2) libertà di ridistribuire copie in modo da aiutare il prossimo (libertà due); 3) libertà di migliorare il programma, e distribuirne pubblicamente i miglio-

ramenti, in modo tale che tutta la comunità ne tragga beneficio (libertà tre). Anche in questo caso l'accesso al codice sorgente ne è un prerequisito ». *Ibidem*, pp. 231 ss.

⁵ Cfr., per le conseguenze giuridiche connesse alla possibile gratuità delle licenze relative al *software* OS, le osservazioni di G. SICCHIERO, *Linee di differenza tra contratti open e proprietari*, in *AIDA* 2004, pp. 318 ss.; V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, in *AIDA* 2004, pp. 252 ss.; S. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, Padova, 2006, pp. 323 ss.

⁶ Si veda, al riguardo, l'analisi di A. PALMIERI, *Open source e contratti di assistenza*, in *AIDA* 2004, pp. 281 ss., ma anche le preziose riflessioni di V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi*, cit., pp. 266 ss.

⁷ Cfr., al riguardo, le Linee Guida del CNIPA in materia di Appalti nel settore ICT, la Direttiva del Ministro dell'Innovazione e delle Tecnologie del 19 dicembre 2003, nonché quanto precisato più dettagliatamente nel corso del presente contributo, ai paragrafi 3, 4, 5 e 6, ai quali si rimanda per i necessari approfondimenti. Si tenga conto, altresì, del commento già reso in F. BRAVO, *Appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e tecniche di redazione contrattuale. Le linee guida del CNIPA*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, n. 1, pp. 103 ss.

Tra l'altro, poi, le distribuzioni sia del *software* proprietario che del *software* di tipo *open source* si accompagnano ad una varietà notevole di operazioni economiche e di modelli contrattuali⁸ e di sistemi di fruizione, ivi incluso l'*Application Service Providing* (ASP)⁹.

Che la valutazione dei due modelli non possa essere aprioristica lo si può vedere anche dalla possibilità di combinare le diverse soluzioni, adottando sistemi misti, in grado di assicurare l'interoperabilità tra i diversi programmi per elaboratore utilizzati, siano essi di base (come i sistemi operativi) o no (come gli applicativi).

La comparazione tra le soluzioni tecnologiche di tipo proprietario o di tipo *open source*, in ogni caso, deve tener conto delle opportunità e delle criticità che quest'ultimo comporta¹⁰.

Tra le principali opportunità vanno annoverate le seguenti:

- 1) sovente gratuità delle licenze o, comunque, tendenziale risparmio o compressione dei costi di acquisto delle licenze (d'uso) del *software*¹¹;
- 2) possibile riduzione dei costi di sviluppo del *software* (ove ci si avvalga di un « ambiente cooperativo di sviluppo » e dell'ausilio di numerosi sviluppatori volontari, anche provenienti dal mondo accademico);
- 3) possibilità di avere più interlocutori per i contratti complementari a quelli di sviluppo o di fornitura del *software*, con riferimento, salvo altro:
 - a) alla manutenzione (statica o dinamica)
 - b) alla consulenza
 - c) all'assistenza
 - d) alla personalizzazione;
- 4) tendenziale possibilità che l'approccio collaborativo e distribuito (ossia, decentrato) nello sviluppo dell'OSS e nella manutenzione dinamica (nuove *release*; nuove versioni; *patch*; etc.), determini una maggiore effi-

⁸ Ivi incluso lo sviluppo di *software*, la vendita del *software*, le licenze d'uso, le licenze *freeware* e *shareware*, i contratti di manutenzione statica e dinamica, i contratti di consulenza e di assistenza e molti altri ancora. Per una disamina accurata dei principali modelli si vedano le opere di G. ALPA (a cura di), *I contratti di utilizzazione del computer*, Milano, 1984; G. ALPA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica: profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987; L. TRENTINAGLIA, *I contratti per l'informatica nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 1990; G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova, 1993; E. TOSI, *I contratti di informatica*, Milano, 1993; C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997; E.M. TRIPODI, *Formulario dei contratti d'informatica e del commercio elettronico*, Roma, 2002; I. IASELLI-M. IASELLI, *I contratti informatici*, Piacenza, 2003; P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica. Sistema e prassi*, cit.; B. MUSTI, *I contratti a oggetto informatico*, Milano, 2008.

⁹ Tra i contributi che hanno affrontato

l'analisi del contratto di *Application Service Providing* (ASP) si segnalano quelli di P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., 483 ss.; R. ZALLONE, *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano, 2003; G. GATTEI, *Application service provider e service level agreement*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e telematiche*, Milano, pp. 812 ss.; D. VALENTINO, *I computer service contracts e l'informatizzazione delle imprese*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, pp. 306 ss.; I. IASELLI-M. IASELLI, *I contratti informatici*, cit., pp. 209 ss.

¹⁰ Per una disamina dei « sistemi » di licenza del *software* OS, del meccanismo OSI di approvazione e certificazione, nonché per i tratti distintivi tra la licenza « GPL », l'« Artistic License » e la « BSD License » cfr. P. PERRI, *I sistemi di licenza Open Source*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e telematiche*, cit., pp. 1088 ss.

¹¹ Come è stato più volte rimarcato, la disponibilità del codice sorgente non implica la gratuità del *software* « *open source* ».

ienza rispetto al più tradizionale approccio tipico del modello di *software* « proprietario »;

5) incremento dei livelli di sicurezza in relazione all'accessibilità del codice sorgente (per la possibilità di analizzare il sorgente e verificare l'effettivo funzionamento dell'applicativo in sintonia con le esigenze di tutela della protezione dei dati personali, tutela dei segreti d'ufficio, tutela di esigenze particolari, come quelle inerenti a settori strategici o sensibili: difesa, finanza)¹²;

6) più ampie possibilità di ricorrere a competenze interne, anche per la manutenzione dinamica (migliorativa), preclusa invece per il *software* di tipo proprietario, il cui modello economico esige che la manutenzione dinamica sia effettuata esclusivamente dalla *software house*;

7) possibilità di avvalersi dell'ausilio della c.d. *community* di sviluppatori e utilizzatori di *software* OS e del patrimonio di conoscenze condiviso stratificatosi nel tempo, frutto del contributo volontario degli appartenenti alla *community*, raccolto e diffuso pubblicamente con mezzi diversi, solitamente sui siti dedicati allo sviluppo ed alla diffusione e distribuzione del programma a codice sorgente aperto che di volta in volta si intende promuovere¹³;

8) possibilità di svincolare lo sviluppo del *software* dalla sua manutenzione (statica, ossia correttiva, e dinamica, ossia migliorativa), dall'assistenza tecnica e da altri contratti che solitamente si ricollegano a quello di sviluppo di *software*¹⁴;

9) possibilità di eliminare o ridurre fortemente il rischio di soggezione o di dipendenza nei confronti della *software house* che commercializza *software* di tipo proprietario, soprattutto nei casi in cui la Pubblica Amministrazione abbia richiesto lo sviluppo di *software ad hoc*, per soddisfare specifiche esigenze della propria organizzazione¹⁵.

Per ciò che concerne le criticità, possono segnalarsi, invece, le seguenti:

¹² Particolarmente significato è il rischio che il *software* proprietario contenga una c.d. « *back door* », uno *spyware* o altre minacce alla sicurezza del sistema informatico, con rischio di violazione, tra l'altro, del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali (soprattutto se sensibili o relativi a particolari settori, come quello della sicurezza pubblica) ove il trattamento avvenga per il tramite di tali applicativi. L'accessibilità del codice sorgente diviene allora importante, per la verifica da parte della Pubblica Amministrazione, con esperti interni o esterni alla propria organizzazione, del corretto funzionamento dell'applicativo e dell'assenza di elementi di vulnerabilità, compreso quello a cui si è fatto poc' anzi riferimento. Sul tema significativa è stata la scelta legislativa della Regione Umbria in materia di *software* OS nella P.A., ampiamente illustrata nel corso della presente ricerca, pubblicata, nella parte che qui ora più interessa, anche in F. BRAVO, *Le leggi regionali sui programmi « Open Source »*, in *Ci-*

berspazio e diritto, 2008, 3, pp. 308 ss., al quale si rinvia.

¹³ Cfr. *mailing list*, *forum* di discussione, *blogs* dedicati, documentazione di progetto, *screenshots* esemplificative, *HowTo*, *FAQ*, etc.

¹⁴ Sul tema, e con specifico riguardo al contratto di assistenza di *software* OS, si rimanda al saggio di A. PALMERI, *Open source e contratti di assistenza*, in *AIDA* 2004, pp. 281 ss.

¹⁵ Nel rischio di dipendenza tecnologica verso le *software house* occorrerà considerare anche i casi in cui queste ultime finiscano per fallire o per abbandonare l'ulteriore sviluppo del *software* o la sua stessa commercializzazione. È chiaro che, per tali ipotesi, il ricorso al *software* di tipo proprietario potrebbe non consentire alla Pubblica Amministrazione il recupero degli investimenti già posti in essere, dato che l'impossibilità di accedere al codice sorgente determinerebbe la conseguente impossibilità di effettuare la manutenzione statica e dinamica del *software*.

1) possibili maggiori difficoltà di individuazione del soggetto contraente, con cui stipulare il contratto per l'acquisizione delle licenze d'uso, nell'ambito di procedure previste dal Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006);

2) possibili maggiori difficoltà nell'ottenere contrattualmente la manutenzione del *software*;

3) possibili maggiori difficoltà nel reperire il fornitore dei servizi di assistenza;

4) possibili maggiori difficoltà nell'individuare o nel determinare i criteri per la selezione delle esigenze della stazione appaltante e della migliore offerta, nel caso di appalti pubblici per la fornitura di *software open source* congiuntamente e/o disgiuntamente ad altre forniture di beni e servizi ICT;

5) individuazione delle responsabilità nel caso di malfunzionamenti del *software open source* o nel caso di danni provocati dal medesimo;

6) necessità di elaborazione di specifiche clausole contrattuali relative al *software OS* in relazione all'operazione economico-giuridica da porre in essere;

7) poca chiarezza e profonde divergenze di vedute in ordine alla disciplina giuridica applicabile alle *public licences*, alla sua qualificazione giuridica ed all'interpretazione di alcune clausole, oltre che ai profili di responsabilità;

8) incertezza, per ciò che concerne la pubblica amministrazione e gli operatori economici che con essa si relazionano, sulla gestione delle procedure di affidamento in materia di appalti, sulle modalità concrete per la selezione della migliore offerta (con riferimento soprattutto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra le diverse soluzioni tecnologiche previste), sulle modalità di recepimento contrattuale delle *public licenses* rese per il rilascio dei diritti autoriali sul *software OS* all'esito della procedura di appalto, a seguito dell'aggiudicazione definitiva, nonché sui contenuti contrattuali mirati a soddisfare specifiche esigenze della P.A. appaltante.

Nel presente scritto ci si propone di esaminare il fenomeno dell'*Open Source Software* (OSS) proprio in riferimento alle problematiche che scaturiscono dal suo impiego da parte della P.A.¹⁶.

2. OPEN SOURCE SOFTWARE, DIRITTO DEI CONTRATTI E LEGGE SUL DIRITTO D'AUTORE (L. 633/1941).

Uno degli aspetti più dibattuti in dottrina è quello concernente la disciplina giuridica dell'OSS, in connessione con le disposizioni della Legge sul Diritto d'Autore (L. 633/1941), nonché quello attinente alla qualificazione giuridica delle licenze (*Public Licences*) con le quali viene solitamente rilasciato, tra cui la più nota è la GPL (*General Public License*).

¹⁶ Per una prima riassuntiva esposizione dei tratti caratteristici della relazione tra *Open Source* e P.A. ci preme segnalare i contributi di A.G. OROFINO, *Open source e pubblica amministrazione*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, cit., pp. 1317

ss.; G. SCORZA, *L'open source nella Pubblica Amministrazione. Aspetti giuridici*, in F. SARZANA di S. IPPOLITO (a cura di), *E-Government. Profili teorici ed applicazioni pratiche del governo digitale*, Piacenza, 2003, pp. 255 ss.; G. ZICCARDI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, cit., pp. 211 ss.

L'argomento, che nella sua trattazione generale esula dall'economia del presente discorso e che è stato comunque già oggetto di ampia illustrazione in dottrina¹⁷, viene qui in parte accennato per la sua connessione con i problemi giuridici che maggiormente attengono ai rapporti tra OSS e P.A.¹⁸.

Innanzitutto occorre tener distinto, in linea di principio, il caso di sviluppo di *software ex novo* da quello concernente l'utilizzo del *software* già sviluppato ed in distribuzione.

Nel primo caso, infatti, generalmente la P.A. riveste il ruolo di committente e problemi possono sorgere quando, in mancanza di una espressa pattuizione contrattuale (o di una espressa indicazione nel bando di gara) sorge la contestazione tra chi deve ritenersi nella titolarità dei diritti di sfruttamento economico dell'opera.

Il nostro sistema giuridico, al riguardo, presenta antinomie non composte, giacché, secondo la disciplina civilcodicistica in materia di appalto, i diritti sull'opera spetterebbero al committente¹⁹. Viceversa, stando alla disciplina dettata in materia di diritto d'autore sulle opere dell'ingegno, tra cui il *software*²⁰, la titolarità dei diritti sulle stesse si acquista a titolo originario per il semplice fatto della creazione dell'opera medesima²¹.

Vi sono state nel corso del tempo, in dottrina come in giurisprudenza, voci anche autorevoli volte a dare rilevanza ora alle norme sull'appalto (e, a seconda della fattispecie, sulla prestazione d'opera intellettuale) ora alle norme sul diritto d'autore.

Nel caso di sviluppo di *software* su commissione, è stato significativamente rimarcato che « la legge sul diritto d'autore prevede espressamente il caso del *software* creato nell'ambito del rapporto di lavoro, ma nulla dice sul *software* creato su commissione (lo stesso avviene per le Banche

¹⁷ Oltre ai contributi che confluiscono nel PRIN 2005-2007 a cui anche questo scritto si unisce, si rinvia, per i dovuti approfondimenti sulla qualificazione giuridica delle licenze pubbliche con cui viene solitamente rilasciato il *software* OS e sul suo rapporto con la legge sul diritto d'autore, alle riflessioni offerteci, *ex multis*, da V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, cit., pp. 234 ss.; G. SICCHIERO, *Linee di differenza tra contratti open e contratti proprietari*, cit., pp. 313 ss.; P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., pp. 315 ss.; B. MUSTI, *I contratti a oggetto informatico*, cit., pp. 271 ss.; G. SANSEVERINO, *Le licenze free e open source*, Napoli, 2007; C. PIANA, *Licenze pubbliche di software e contratto*, in *Contratti*, 2006, n. 7, pp. 720 ss.

¹⁸ Si pensi, ad esempio, all'incidenza sui profili di responsabilità, nonché sulla scelta delle procedure per la selezione delle offerte e per la scelta dei contraenti nell'ambito della normativa ora racchiusa nel Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12/04/

2006, n. 163, e ss.mm.ii.). Si pensi, altresì, ai requisiti di forma ed agli aspetti procedurali per la stipulazione del contratto pubblico all'esito delle procedure di affidamento.

¹⁹ Cfr. art. 1655 ss. c.c. e, per un approfondito commento, D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto* (volume del *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO), Bologna-Roma, 2007, p. 358.

²⁰ Sul *software* quale opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore e rientrante nella disciplina di cui agli artt. 2575 c.c. e di cui alla L. 633/41, cfr., tra tutti, A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno, letterarie e artistiche* (volume del *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO), Bologna-Roma, 2008, pp. 107 ss.

²¹ Per un'accurata disamina critica delle problematiche poste dall'acquisto del diritto d'autore a titolo originario mediante creazione dell'opera dell'ingegno quale espressione del lavoro intellettuale si rimanda all'opera di A. MUSSO, *Diritto di autore*, cit., pp. 115 ss.

dati. Sono quindi le tesi dottrinali e giurisprudenziali che vanno tenute presenti (...)»²².

Nel considerarle può però notarsi una contrapposizione di soluzioni, a seconda delle finalità che le parti (committente, da un lato, e appaltatore o prestatore d'opera, dall'altro lato) hanno voluto perseguire. In proposito, le posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ove l'intento delle parti è quello di attribuire al committente la facoltà di sfruttare economicamente il *software*, « concordano per un acquisto derivativo, ma automatico, da parte del committente dei diritti patrimoniali sull'opera, limitatamente a quelli che sono consoni all'oggetto e alle finalità del contratto (...). Se le finalità del contratto non sono quelle di attribuire al committente la facoltà di sfruttare economicamente il *software*, ma solo quelle di permettere a questi l'uso del *software* per quei risultati telematici [*rectius*, "informatici"] che suo tramite possono essere ottenuti, allora è probabile che, a meno di diversa determinazione contrattuale, il committente non acquisti che una licenza d'uso del sistema informatico che ha commissionato »²³.

Ovviamente, l'intenzione delle parti va ricostruita tenendo conto dei consueti canoni ermeneuti previsti dal codice civile all'art. 1362, valutando il comportamento complessivo dalle medesime assunto anche successivamente alla conclusione del contratto, nonché l'utilità che di regola intende ottenere il committente quando ha commissionato lo sviluppo del *software*²⁴.

Come è stato efficacemente riassunto, l'applicazione al contratto di sviluppo di *software* dei principi elaborati in dottrina ed in giurisprudenza per la composizione delle antinomie presenti nel nostro ordinamento giuridico con riguardo al tema che ora si discute, « conduce a concludere, dunque, per l'assenza di una risposta univoca all'interrogativo di partenza: la soluzione non può essere generale ed astratta. In mancanza di precise

²² Così V.M. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche*, Milano, 2003, vol. II, p. 609.

²³ V.M. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, cit., pp. 609-610. Si veda anche l'accurata analisi di P. AUTERI, *Le commesse di ricerca, sviluppo e produzione*, in G. ALPA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *I contratti dell'informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, pp. 258 ss. Riprende il discorso, con esplicitazione delle posizioni giurisprudenziali e dei contrapposti orientamenti dottrinali nel corso del tempo, B. MUSTI, *I contratti a oggetto informatico*, Milano, 2008, pp. 236 ss.

²⁴ Si veda, al riguardo, la posizione di GRECO P.-VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, p. 262, così come riportata da B. MUSTI, *op. cit.*, pp. 238 e 239. Tra la giurisprudenza rilevante, l'A. ult. cit. riporta anche Cass. 23 dicembre 1982, n. 7109, ove s'è sostenuto

che « Con riguardo ad una opera dell'ingegno, tutelata a norma della legge 22 aprile 1941 n. 633, la circostanza che la stessa sia stata realizzata in esecuzione di un contratto d'opera non interferisce sul diritto di paternità, il quale spetta esclusivamente all'autore ed è insuscettibile di trasferimento ad altri, e non comporta la sostituzione del committente nella titolarità originaria dei diritti di utilizzazioni economica, né una loro cessione globale e complessiva, ma determina soltanto il trasferimento a detto committente dei diritti patrimoniali rientranti nell'oggetto e nelle finalità del contratto d'opera, con esclusione, pertanto, di ogni altro diritto patrimoniale esorbitante da tali limiti (quale quello inerente ad elaborazioni o trasformazioni dell'opera non contemplate nel contratto) ». Ancora una volta appare decisiva, però, l'intenzione delle parti, in grado di far spostare dalla disciplina del diritto d'autore a quella dell'appalto o del contratto d'opera, a seconda dei casi, l'acquisto dei diritti patrimoniali sull'opera commissionata.

determinazioni contrattuali in merito al soggetto al quale spettano i diritti di utilizzazione economica sul programma (ed essendo possibile prevedere, peraltro, un sistema di titolarità comune, con pagamento reciproco di *royalties* per lo sfruttamento commerciale), si dovrà fare riferimento alla volontà dei contraenti e allo scopo del contratto: ruolo determinante svolgerà, dunque, la comune intenzione delle parti, quale desumibile dal loro comportamento complessivo, anche successivo alla conclusione del contratto (...)»²⁵.

V'è però da rimarcare che, in applicazione degli artt. 2581 c.c. e 110 della L. 633/1941, il trasferimento *inter vivos* dei diritti di utilizzazione acquistati a titolo originario mediante la creazione dell'opera dell'ingegno quale particolare espressione del lavoro intellettuale, deve essere provato per iscritto da chi intende farlo valere.

Rimane però fermo il principio secondo cui, stando all'art. 107 della L. 633/1941, « I diritti di utilizzazione spettanti agli autori delle opere dell'ingegno nonché i diritti connessi aventi carattere patrimoniale, possono essere acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentiti dalla legge », salve le eccezioni previste dalle altre disposizioni normative. Il principio generale di libertà di forma per il trasferimento dei diritti di utilizzazione e dei diritti connessi lo si evince, *a contrario*, anche dalla lettura dei citati artt. 2581 c.c. e 110 della L. 633/1941, ove il requisito della forma scritta è richiesto solamente *ad probationem* e non *ad substantiam*.

Ebbene, nel caso dei contratti con la P.A. ulteriori problemi possono sorgere per l'obbligo della forma scritta imposto ad essa, come da costante ed univoca interpretazione giurisprudenziale, in ragione dell'interesse collettivo perseguito e della necessità di effettuare i necessari controlli, anche qualora nella conclusione del contratto la P.A. agisca *jure privatorum*²⁶.

Tali norme e tali principi devono poi coordinarsi con il disposto di cui all'art. 11 della L. 633/1941, ai sensi del quale « Alle amministrazioni dello Stato, alle province ed ai comuni, spetta il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese ». La norma, seppur con qualche voce contraria basata sull'interpretazione dell'espressione che fa testuale riferimento alle opere « pubblicate » da intendersi come « opere editate a mezzo stampa », viene estesa coralmemente in dottrina ed in giurisprudenza anche ai programmi per elaboratore²⁷. Si discute, però, se l'acquisto sia a titolo originario o, viceversa, a titolo derivativo, come invece sembra sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente, che riconduce la norma ora in questione all'espressione di un principio lavoristico generale, per cui le facoltà di sfruttamento delle opere

²⁵ B. MUSTI, *op. cit.*, p. 239.

²⁶ Sia consentito rinviare, in proposito, a F. BRAVO, *I contratti stipulati jure privatorum dalla P.A.*, in *Contratti*, 2002, n. 5, pp. 463 e ss. Per i contratti pubblici si vedano ora gli artt. 11 e 12 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Per un commento cfr. G. RUGGIERO, *Le fasi di affidamento e i controlli sugli atti delle procedure di affidamento (artt. 11-12)*, in M. SANINO (a cura di), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori,*

servizi e forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Torino, 2006, pp. 103 ss. e, sulla stipulazione del contratto, ivi pp. 114 ss.

²⁷ P. GALLI, *Commento all'art. 11 della L. 633/1941*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul diritto d'autore. Estratto dal « Commentario breve al diritto della concorrenza »*, Padova, 2004, p. 40. Si consideri, però, che l'art. 12, ult. co., considera come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione dell'opera.

create da un lavoratore spettano in via derivativa al datore di lavoro, con riferimento ai soli diritti patrimoniali, senza possibilità di estensione ai diritti morali²⁸.

La norma è però laconica e non è sufficiente a ritenere sussistente una vera e propria disciplina specificamente dettata per l'acquisto da parte della P.A., a titolo originario ed a titolo derivativo, dei diritti d'autore sulle opere dell'ingegno, ad iniziare dai programmi per elaboratore²⁹.

Nel tentativo di risolvere i problemi legati alla titolarità dei diritti sul *software* commissionato dalla P.A., stante le non univoche conclusioni che possono trarsi dalla normativa poc'anzi passata in rassegna, è intervenuto il D.Lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, intitolato « *Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 2, comma 1, lett. mm), della L. 23 ottobre 1992, n. 421* » (pubblicato in Gazzetta Ufficiale 20 febbraio 1993, n. 42), ove, all'art. 2, si trova stabilito che qualora le PP.AA., per motivate necessità di natura tecnica, non possano provvedere con proprio personale alla progettazione, allo sviluppo ed alla gestione dei propri sistemi informativi automatizzati, possono conferire affidamento a terzi, anche tramite concessione. Ebbene, prosegue l'art. 2 cit., « In ogni caso le amministrazioni sono responsabili dei progetti di informatizzazione e del controllo dei risultati (...) e conservano la titolarità dei programmi applicativi ». Fa poi eco, a tale norma, l'art. 12, co. 2, lett. l), del D.Lgs. 39/1993, ove si richiede alla P.A. di inserire, nei capitolati di appalto, « la dichiarazione che i titolari dei programmi applicativi sviluppati nell'ambito dei contratti di fornitura siano le amministrazioni ».

La scelta legislativa sembrerebbe dunque, *prima facie*, quella di ritenere riservati alla P.A. destinataria del D.Lgs. 39/1993 la titolarità dei diritti sul *software*, nel caso in cui lo sviluppo sia avvenuto tanto con proprio personale, quanto con l'apporto di terzi a cui il lavoro si stato commissionato o, comunque, affidato.

V'è però da rilevare che la legge, nel riferirsi espressamente al concetto di « conservazione » della titolarità dei programmi applicativi, presuppone che la stessa sia già acquistata, a titolo originario o derivativo, tramite le altre disposizioni previste dall'ordinamento giuridico, ivi inclusa quella contenuta nell'art. 11 della L. 633/1942, ove applicabile.

In altre parole, la disposizione di cui all'art. 2 del D.Lgs. 39/1993 non sembra innovare affatto rispetto a quanto già detto in ordine alla controversa questione della titolarità dei diritti sull'opera commissionata nell'ambito di un contratto d'appalto o di prestazione d'opera.

²⁸ P. GALLI, *Commento all'art. 11 della L. 633/1941*, cit., pp. 39-41.

²⁹ Proprio con riferimento all'art. 11 della L. 633/1941 è « stato giustamente osservato che questa norma ha carattere estremamente generico in quanto non individua, almeno ad oggi (...), i soggetti titolari del diritto e l'effettiva estensione dell'acquisto del diritto ». Così L. CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore. Direttive comunitarie e normativa interna*, Milano, 2002, p. 23. Nel tentativo di ricostruire alcuni aspetti considerati certi del nucleo centrale dalla norma, ambigua

per il resto e lacunosa quanto all'individuazione dei confini applicativi, l'A. ritiene in ogni caso necessario che la P.A. che ha sostenuto la creazione del *software* e ne ha sopportato le spese venga indicata, nella copia rilasciata del *software* (sul supporto o sulle videate digitali), quale titolare dei diritti d'autore che le spetterebbero ai sensi dell'art. 11 cit., al fine di poterli rivendicare. Ritiene non necessario che la pubblicazione avvenga a spese dell'amministrazione P. GALLI, *Commento all'art. 11 della L. 633/1941*, cit., p. 40, al quale *amplius*, per tale profilo, si rinvia.

Ripercorrendo il dettato normativo dell'art. 2 del D.Lgs. 39/1993, poi, l'art. 5 (rubricato « *Proprietà dei programmi software* ») della Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003 (intitolata « *Sviluppo ed utilizzazione dei programmi informatici da parte delle pubbliche amministrazioni* ») precisa che « Nel caso di programmi informatici sviluppati *ad hoc*, l'amministrazione committente acquisisce la proprietà del prodotto finito, avendo contribuito con proprie risorse all'identificazione dei requisiti, all'analisi funzionale, al controllo e al collaudo del software realizzato dall'impresa contraente. Sarà cura dei committenti inserire, nei relativi contratti, clausole idonee ad attestare la proprietà dei programmi ».

Come ben può evincersi, la Direttiva propende per la soluzione secondo cui, di norma, nei contratti di sviluppo di *software* per soddisfare le esigenze della P.A., l'apporto di quest'ultima ed il contributo dalla stessa fornito giustificerebbero la trasmissione della titolarità dei diritti sull'opera in questione alla P.A. committente. La rilevanza della Direttiva Ministeriale citata, che va letta in uno con l'art. 2 del D.Lgs. 39/1993, non può avere, allo stato della normativa vigente, il valore di norma capace *ex se* di determinare il trasferimento del diritto in capo alla P.A. committente.

La norma, tuttavia, può essere utilizzata per dirimere interpretativamente le questioni relative alle controversie sulla titolarità dei diritti, ai fini della ricostruzione dei presupposti che andrebbero accertati, eventualmente *sub judice*, per valutare l'intenzione dei contraenti in relazione al comportamento complessivo concretamente assunto dalle parti nel caso di specie di volta in volta in esame, tenendo conto degli elementi oggettivi espressi nell'art. 5 della Direttiva citata.

Vero è, però, che tale ultima disposizione richiede espressamente alla P.A. committente di inserire, nei contratti di sviluppo del *software*, clausole idonee ad « attestare » la proprietà dei programmi.

Anche in questo caso, le clausole potrebbero essere ricognitive se si ritenesse sufficiente invocare le disposizioni vigenti per far sorgere in capo alla P.A. il diritto patrimoniale d'autore sull'opera realizzata, come nell'ipotesi delineata dall'art. 11 della L. 633/1941 (ed entro i limiti, soggettivi ed oggettivi, di sua applicazione). Viceversa, al di fuori di un acquisto del diritto determinato da disposizioni di legge (ed anche ove si aderisse alla tesi dell'acquisto derivativo per le fattispecie ricadenti *ex art.* 11 della L. 633/1941), appare decisiva la previsione di clausole con cui si dispone o, comunque, si precisa a chi spetti la titolarità del *software* sviluppato nell'ambito di un appalto o di un contratto di prestazione d'opera, soprattutto considerando che la titolarità potrebbe essere non esclusiva, ma congiunta³⁰.

³⁰ In proposito si veda anche E. Tosi, *Diritto privato dell'informatica e di Internet*, Milano, 2006, pp. 173 ss., il quale, seppur conducendo il discorso in via generale e non con riferimento esplicito ai rapporti con la P.A., sostiene che « in assenza di una specifica previsione contrattuale che determini univocamente il criterio di attribuzione della proprietà e in assenza di indizi di diverso tenore, desumibili dall'oggetto e dalla interpretazione della vo-

lontà delle parti, che propendano o per l'esclusiva del committente o per l'esclusiva dell'appaltatore la soluzione preferibile sembra essere quella di attribuire la proprietà del SW tanto al committente — proprietario per effetto dell'art. 1665 c.c. — che alla SW House — proprietaria in quanto titolare dei diritti d'autore. Si ritiene, dunque, accettabile una situazione di *contitolarità* tra appaltante ed appaltatore ». L'A. aggiunge, poi, che la « soluzione

Lo sviluppo di *software* OS, tuttavia, soprattutto qualora portato avanti in un Ambiente di Sviluppo Cooperativo (ASC), presenta connotati del tutto particolari, soprattutto con riferimento alla P.A.

Nell'ambiente di sviluppo cooperativo si accede liberamente ed i progetti sono portati avanti in forma del tutto volontaria ad iniziativa degli sviluppatori interessati, senza alcun contratto di sviluppo commissionato dalla P.A.

I diritti sul *software* OS sviluppato in ambiente cooperativo vengono poi rilasciati sulla base delle *Public Licences* tipiche del mondo OS (GPL, ma anche EUPL, salvo altre).

Poiché la P.A. può contribuire con proprie risorse a finanziare il progetto di sviluppo del *software* OS, può porsi un problema relativo alla titolarità del medesimo ed ai diritti in capo alla P.A. Significativa è, a tal proposito, l'esperienza delle istituzioni comunitarie con riguardo ai *software* a codice sorgente aperto denominati « CIRCA »³¹ e « IMP »³², realizzati nell'ambito del proprio *Collaborative Environment Development* (CDE), rilasciati in *European Union Public Licence* (EUPL)³³.

dell'attribuzione della proprietà esclusiva dell'opera al committente si ritiene preferibile, invece, nei casi residuali in cui: il SW sviluppato *ad hoc* sia strettamente legato alla tecnologia dell'impresa del committente (interpretazione oggetto del contratto) e il committente abbia un interesse concorrenziale allo sfruttamento esclusivo (interpretazione volontà delle parti). Si pensi allo sviluppo di un SW per la gestione di una linea di produzione automatizzata in un settore industriale specifico. Tuttavia se in committente ritiene essenziale riservarsi l'utilizzo esclusivo del SW è opportuno che disciplini — con specifica clausola del contratto di appalto — la cessione a suo favore — da parte dell'appaltatore (lo sviluppatore di SW) — dei diritti di sfruttamento economico. Una previsione espressa consente, infatti, di eliminare l'alea interpretativa dell'oggetto e della volontà delle parti al fine di attribuire al committente l'esclusiva ».

³¹ « CIRCA » è l'acronimo di « *Communication and Information Resource Centre for Administrations* ». Può essere definito come un *groupware* per la condivisione di documenti all'interno di gruppi chiusi di utenti. In particolare consente di creare ambienti di lavoro collaborativi con cui i gruppi di lavoro o i gruppi di interesse possono condividere risorse, scambiare documenti e lavorare a distanza. Tra le principali caratteristiche di CIRCA dichiarate dall'IDABC vi sono le seguenti: interfaccia web di facile utilizzazione; interattività e reazione dinamica delle pagine; discussioni in *newsgroup* e in riunioni virtuali; distribuzione di documenti e di *file* di qualsiasi tipo, anche multilingua, con con-

trollo delle versioni; servizi integrati rispondenti in modo specifico alle esigenze delle PP.AA.; possibilità di personalizzazione; sistema di autenticazione per il controllo degli accessi; trasmissione in sicurezza con protocollo SSL e certificati.

³² « IPM » è invece l'acronimo di « *Interactive Policy Making* ». Si tratta di uno strumento per le consultazioni dirette via Internet, finalizzato ad aiutare le amministrazioni a colmare la distanza che le separa dai loro interlocutori. Tale soluzione tecnologica supporta le amministrazioni degli Stati membri, nazionali e locali, nonché le istituzioni dell'UE nel confrontarsi con le reazioni e le opinioni dei cittadini e delle imprese via via interessate dalle politiche attuate o da attuare e dalle azioni intraprese o da intraprendere, fornendo un aiuto prezioso a chi è tenuto ad adottare le decisioni in sede istituzionale. È dunque un forte strumento in grado di attuare il funzionamento di una P.A. molto più democratica di quanto non lo sia stato finora, giacché consente di interagire su vasta scala con i cittadini e con le imprese disposte al dialogo con la P.A., di raccogliere in tempi rapidi le opinioni degli *stakeholders*, di provvedere alla consultazione efficace di tutti i soggetti interessati. Il funzionamento di IPM è basato su due strumenti fondamentali: un sistema di consultazioni *on line* tramite questionari con cui effettuare sondaggi ed un meccanismo di *feedback*. Il primo è rivolto direttamente alle parti interessate, il secondo, invece, si avvale dell'azione di intermediari qualificati.

³³ Per un commento alla EUPL (*European Union Public Licence*), rilasciata

Diversi problemi sollevano, invece, le licenze d'uso sul *software*, sulla cui natura la dottrina si confronta da tempo³⁴.

Dalle licenze d'uso di *software*, elaborate dalla prassi commerciale posta in essere dalle *software houses* e racchiusa nei moduli contrattuali da queste proposti³⁵, si distinguono le c.d. *Public Licences*, con le quali vengono invece solitamente veicolati e trasferiti i diritti sul *software OS*³⁶.

in versione 1.0, si rimanda all'ultimo paragrafo del presente scritto.

³⁴ Frequente è la contrapposizione tra chi attrae la licenza d'uso di *software* nell'ambito della disciplina del contratto di locazione e chi, invece, nella disciplina del contratto di vendita. Per la disamina giuridica delle licenze d'uso di *software* la letteratura è vasta. Esulando il tema dall'oggetto precipuo di questa ricerca, si preferisce rinviare ai molti contributi resi sull'argomento, tra i quali, in particolare, C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 65 ss.; P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., pp. 253 ss.; E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica*, cit., pp. 163 ss.; G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, cit., pp. 90 ss. e, per l'approfondimento sulla qualificazione del contratto, pp. 94 ss.; B. MUSTI, *Il contratto di licenza d'uso di software*, in *Contratto ed impresa*, 1998, pp. 1289 ss.; A. MUSSO, *Diritto d'autore*, cit., pp. 370 ss. Quest'ultimo, in particolare, precisa che « la licenza (...) costituisce un rapporto di durata, che autorizza il licenziatario a potere legittimamente godere dell'opera nei termini d'uso e di tempo previsti dal contratto, a fronte di un corrispettivo costituito da un canone periodico — determinato tendenzialmente in un'unitaria cifra fissa per l'utente finale e per impieghi minori ovvero su base percentuale rispetto alle vendite o ai profitti se il licenziatario a sua volta riproduca, diffonda o distribuisca l'opera a terzi, senza escludere tuttavia la combinazione delle due modalità attraverso l'altrettanto frequente prassi di un minimo garantito fisso e di un'ulteriore percentuale sui profitti. Il termine licenza è infatti impiegato dalla stessa disciplina positiva non solo per la concessione dell'opera, la quale, a sua volta, sia oggetto di sfruttamento da parte del licenziatario — come in ambito *antitrust* — ma anche per utilizzazioni private e non ulteriormente concorrenziali rispetto al licenziante (art. 180, co. 2, n. 1, legge dir. Aut.): se, dunque, da un lato, è priva di fondamento una nozione eccessivamente restrittiva di licenza come un rapporto del primo tipo, la quale può invece corrispondere in genere ad ogni autorizzazione all'uso-godimen-

to dell'opera per un determinato periodo, a titolo oneroso o meno, purché senza trasferimento della titolarità o di altri diritti reali sull'opera, non deve neppure ammettersi, dall'altro lato, una pretesa licenza di *software* — spesso così qualificata dai produttori verso gli utenti finali — che si riferisce invece unicamente alla pacifica circostanza che l'acquirente del supporto non acquisisce la proprietà dell'opera, ma non vale certo per configurare l'acquisto del consumatore o dell'avente causa professionale come licenza o noleggio dell'esemplare, tale da impedire l'esaurimento ex art. 64-bis, lett. c), legge dir. aut., trattandosi qui di un chiaro contratto di vendita dell'esemplare medesimo dell'opera, fissato su di un supporto materiale ». Aggiunge altresì l'A. ult. cit. che « Rispetto alla proprietà industriale, piuttosto, la specifica indipendenza delle singole facoltà a favore dell'autore sia in fase genetica sia in fase negoziale (art. 19 e 119 legge dir. Aut.), induce a considerare a sua volta — soprattutto in caso di dubbio sulla qualificazione del contratto, come sopra osservato — quale ipotesi normale la concessione, piuttosto che la cessione, ammissibile soltanto se le circostanze del rapporto la confermino in maniera univoca; oltre a queste due fattispecie più rilevanti, non si devono pretermettere le frequenti applicazioni di altri archetipi contrattuali », come nel caso, riferito dal medesimo A., del contratto di appalto, ove l'opera, come avviene per lo sviluppo di *software*, sia ancora da creare.

³⁵ Cfr. sul tema, tra tutti, C. ROSSELLO, *In contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 8 ss., ove insiste sulla « circolazione transazionale » dei modelli contrattuali generanti « atipicità standardizzata ».

³⁶ I tratti distintivi delle licenze pubbliche di *software*, la loro qualificazione giuridica e le problematiche che per il diritto si dipanano sono stati ampiamente sviluppati da V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, cit., pp. 234 ss.; G. SICCHIERO, *Linee di differenza tra contratti « open » e proprietari*, cit., p. 313 ss.; P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., pp. 315 ss.; G. SANSEVERINO, *Le licenze free*

Tra le diverse teorie che si contendono la qualificazione giuridica delle licenze pubbliche con cui viene rilasciato il *software* OS se ne possono annoverare almeno quattro, che muovono il ragionamento, principalmente, dalla disamina del suo modello più diffuso: la licenza GPL (*General Public License*).

La prima teoria considera la licenza in questione come un atto unilaterale di disposizione, avente contenuto sostanziale di rinuncia a far valere determinati diritti sull'opera dell'ingegno (l'OSS), che la normativa sul diritto d'autore attribuisce a titolo originario a chi crea l'opera con il proprio lavoro intellettuale³⁷.

La seconda teoria invece, considera la licenza di cui trattasi non come un atto unilaterale avente contenuto di rinuncia, abdicativo dei diritti d'autore vantati sull'opera dell'ingegno, bensì come un atto di disposizione unilaterale in senso autorizzativo o concessivo, in quanto attribuirebbe a soggetti terzi alcune posizioni giuridiche facendo valere le prerogative riconosciute a titolo originario all'autore dalla medesima L. 633/1941³⁸.

La terza teoria, invece, abbandona la tesi dell'unilateralità dell'atto per riconoscere alla *Public Licence* una natura contrattuale, salvo poi a discutere a quale tipo di contratto la medesima è riconducibile³⁹.

Una quarta teoria, infine, considerando l'effetto virale della nota clausola « *copyleft* » contenuta solitamente nelle licenze pubbliche di rilascio di *software* OS, prime tra tutte la GPL, avanza l'ipotesi che si tratti in realtà di vero e proprio diritto obiettivo, avvalorando tale interpretazione al rilievo che le licenze pubbliche siano apprezzate come vincolanti dall'intera comunità *open source*⁴⁰.

e *open source*, cit.; C. PIANA, *Licenze pubbliche di software e contratto*, cit., pp. 720 ss.; B. MUSTI, *I contratti a oggetto informatico*, cit., pp. 271 ss.

³⁷ La tesi è stata criticata da diversi autori, tra i quali, significativamente, V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, cit., pp. 249 ss., ove, con riguardo alla « qualificazione giuridica dello schema negoziale in uso per l'attribuzione ai terzi dei diritti di utilizzazione sul programma per elaboratore cosiddetto a codice sorgente aperto », è stato evidenziato che « emergono alcuni dati che pongono dei dubbi sull'assimilazione di tale figura al negozio unilaterale di rinuncia. Le incongruenze che rendono non perfettamente classificabile la *licenza open source* come un atto di rinuncia sono essenzialmente riconducibili nell'assenza di una effettiva ed imminente perdita patrimoniale in capo al soggetto che compie l'atto di disposizione », ritenuta dalla dottrina elemento essenziale della rinuncia medesima. Altro argomento attiene al trasferimento dei diritti sul *software*, giacché non è da ritenersi ammissibile neanche « una rinuncia cosiddetta traslativa del diritto, proprio perché se la ri-

nuncia presuppone nella sua funzione economica o ragione giustificativa interna anche lo scopo di recare un vantaggio ad un terzo arricchendolo di un diritto ulteriore, esula dallo schema del negozio unilaterale per riferirsi invece al modello proprio dei negozi bilaterali. Per la qualificazione giuridica di tali figure negoziali, sembrerebbe allora più pertinente riferirsi agli schemi che prevedono una struttura bilaterale, propria del contratto ».

³⁸ I contenuti di tale teoria sono presi in rassegna da B. MUSTI, *I contratti a oggetto informatico*, cit., pp. 277 ss. Si veda, *amplius*, anche C. PIANA, *Licenze pubbliche di software e contratto*, cit., pp. 723 ss.

³⁹ Sul punto appaiono meritevoli di particolare considerazione le riflessioni di V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, cit., pp. 234 ss.; G. SICCHIERO, *Linee di differenza tra contratti « open » e proprietari*, cit., p. 313 ss.; P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., pp. 315 ss.

⁴⁰ Così, ad esempio, M.S. SPOLIDORO, *Open source e violazione delle sue regole*, in *AIDA* 2004, pp. 103 e 104, il quale intitola testualmente il paragrafo n. 5 del suo

La dottrina mostra preferenze per la tesi contrattuale, ravvisando nella licenza in argomento un contratto gratuito atipico, regolato dalle clausole ivi contenute, espressione di un'autonomia contrattuale ritenuta conforme al principio di meritevolezza richiesto dall'art. 1322 c.c.⁴¹. Peraltro, la gratuità del rilascio della licenza pubblica relativa all'OSS può in molti casi risultare apparente, laddove inserita in un'operazione economica di più ampio respiro, nell'ambito della quale la stessa viene rilasciata al fine di poter ottenere una migliore posizione concorrenziale ed altri vantaggi economici, finanche per poter addivenire alla conclusione di contratti collegati⁴², come quello di manutenzione dinamica, personalizzazione, sviluppo di moduli ulteriori, formazione, installazione ed assistenza tecnica⁴³.

Può tuttavia sostenersi anche la tesi che riconosce alla *Public Licence* la natura di atto unilaterale autorizzativo solo eventualmente contrattuale, ossia solo qualora la dichiarazione unilaterale venga incorporata in un più complesso documento avente natura contrattuale, destinato a regolare rilevanti aspetti che esulano dal novero del potere autorizzativo dell'autore (o del titolare dei diritti) e che vengono affidati a pattuizioni di natura chiaramente contrattuale, esposte nelle clausole della licenza⁴⁴.

scritto «*La GPL come fonte di diritto obiettivo*». Ivi l'A. ribadisce «che, almeno per certi aspetti, la comunità del *free software* sta assumendo o comunque aspira ad assumere i contorni di una *istituzione sociale*, con regole e ordinamenti autonomi. Si tratta sicuramente di un processo sociale complesso, all'interno del quale vi sono posizioni più radicali (Stallman) e posizioni meno estremiste (Raymond). In certa misura il sistema richiama però il fenomeno dell'*autodisciplina* e quello degli ordinamenti giuridici privati. Il discorso solleciterebbe a questo punto considerazioni di grande respiro; ma conviene in questa sede limitarsi ad indicare soltanto la più modesta conseguenza pratica di quanto è stato sin qui sostenuto. Se è vero che la GPL o quanto meno i principi fondamentali che in essa si trovano espressi e in base ai quali si valutano i «*riconoscimenti*» di OSI hanno valore anche «*costituzionale*» per la comunità dei programmatori *open source*, e dettano regole di diritto obiettivo, la violazione della GPL può valutarsi almeno come violazione di una particolare *correttezza professionale*, la correttezza degli *hacker*. Da questo punto di vista, salva l'applicazione delle sanzioni contro la violazione del diritto d'autore su richiesta del titolare, la violazione delle regole dell'*open source*, da parte di un imprenditore (tipicamente una *software house*) potrà forse esser fatta valere, sussistendo il rapporto di concorrenza, anche come fattispecie di

concorrenza sleale». I corsivi sono di chi scrive. L'A. richiama, altresì, la posizione di D. MCGOWAN, *Intellectual Property Challenges in the Next Century: Legal Implications of Open Source Software*, in *University of Illinois Law Review*, 2001, n. 241, pp. 260 ss., ove espressamente si parla di «*open source community norm*». Lo spunto di riflessione, sicuramente molto interessante, merita un approfondimento che, esulando dall'economia della presente ricerca, ci si propone di sviluppare in altra sede.

⁴¹ La tesi della *Public Licence* come contratto gratuito atipico è sostenuta da V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, cit., pp. 253 ss.; G. SICCHIERO, *Linee di differenza tra contratti «open» e proprietari*, cit., p. 325 ss.

⁴² V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, cit., pp. 257 ss.

⁴³ In tema di contratti di assistenza per i *software* a codice sorgente aperto si rinvia alle osservazioni di A. PALMIERI, *Open source e contratti di assistenza*, in *AIDA* 2004, pp. 281 ss.

⁴⁴ Sull'ipotesi in questione, che considera la licenza pubblica come «un atto dispositivo (in senso autorizzativo) di natura non (necessariamente) contrattuale» cfr. C. PIANA, *Licenze pubbliche di software e contratto*, cit., p. 724, al cui approfondimento si rinvia.

Se tali considerazioni riguardano il generale tema della qualificazione delle *Public Licenses* sull'OSS, c'è da chiedersi cosa avvenga qualora l'acquisizione o il rilascio del *software* OS debba avvenire da parte della P.A. e se non sia opportuno un ripensamento della disciplina.

Il discorso non può prescindere, allora, dalle riflessioni sulle specifiche norme dettate per l'acquisizione del *software* da parte della P.A.

3. OPEN SOURCE SOFTWARE E CODICE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE (D.LGS. 85/2002).

In tema di acquisizione delle soluzioni informatiche (ed in particolare del *software*) da parte della P.A. assume specifica rilevanza l'art. 68 del D.Lgs. 85/2002 (Codice dell'amministrazione digitale).

Tale articolo, richiamando sia il necessario rispetto della L. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, sia il D.Lgs. 39/1993, dettato in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, impone alle PP.AA. medesime di acquisire i programmi informatici a seguito di una valutazione comparativa delle diverse soluzioni presenti sul mercato, tenendo conto sia degli aspetti tecnici che di quelli economici, secondo le procedure previste dall'ordinamento.

Le soluzioni ad oggetto della valutazione comparativa tecnico-economica devono riguardare, ove disponibili:

- a) lo sviluppo di programmi informatici per conto e a spese dell'amministrazione sulla scorta dei requisiti della stessa amministrazione committente;
- b) il riuso dei programmi informatici sviluppati per conto e a spese della medesima o di altre amministrazioni;
- c) l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso;
- d) l'acquisizione di programmi informatici a codice sorgente aperto;
- e) l'acquisizione mediante combinazione delle modalità di cui alle lettere dalla a) alla d).

Potrà notarsi che l'art. 68 cit. « mira a disciplinare la fase in cui l'amministrazione che necessita di programmi informativi per il suo funzionamento sceglie di quale soluzione avvalersi »⁴⁵ e, pertanto, non vengono in esso dettate « nuove norme in materia di modalità di acquisizione del prodotto sul mercato, ma ci si limita ad indicare quali siano le opzioni delle quali occorre tenere conto »⁴⁶.

È ormai acquisito il dato relativo alla specificità delle procedura di acquisizione dei beni e dei servizi in ambito informatico, che richiede maggiore accortezza rispetto alle procedure standard di acquisizione di beni o servizi⁴⁷.

⁴⁵ A. PIOGGIA, *Sviluppo, acquisizione e riuso di sistemi informatici nelle pubbliche amministrazioni. Commento agli artt. 67-70 del D.Lgs. 82/2005*, in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Rimini, p. 399.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 399.

⁴⁷ Si rinvia a L. TRENTINAGLIA, *I contratti per l'informatica nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 1990, per un inquadramento in ordine ai problemi connessi all'individuazione dei contenuti e delle fasi relative alle forniture nel settore

Sul finire degli anni ottanta del secolo scorso, quando il quadro normativo stava assistendo ai primi decisivi passi verso l'informatizzazione della P.A. centrale⁴⁸, l'interessamento per lo studio dei contratti informatici della P.A. aveva portato a rilevare che « il quadro normativo di riferimento per l'attività contrattuale in ambito pubblico continua ad essere rappresentato soprattutto dalla "legge di contabilità" »⁴⁹, con la conseguenza che « le Amministrazioni (salvo deroghe stabilite da specifiche normative) devono rispettare, anche nel settore informatico, le fasi e gli adempimenti previsti per l'acquisizione dei beni e servizi comuni »⁵⁰. Ciò nonostante, s'era acutamente rilevato che « la particolare natura delle prestazioni informatiche ha creato ben presto situazioni procedurali non sempre conciliabili con i dettami della vecchia normativa e ha imposto, nello stesso tempo, nuovi comportamenti nel contraente pubblico. L'urgenza di una disciplina *ad hoc* (...) è stata avvertita dal Provveditorato generale dello Stato che (...) ha predisposto in materia un Capitolato d'onere speciale, che introduce importanti elementi di diversificazione e di novità, specie per quanto concerne l'esecuzione degli adempimenti da svolgere nelle fasi preliminari delle trattative negoziali, le procedure da seguire nella scelta dell'impresa cui affidare l'attuazione dell'iniziativa di automazione e altri specifici obblighi previsti in sede di esecuzione (consegna, collaudo, garanzie, penalità) »⁵¹. Particolare rilevanza aveva la « fase preliminare », nel cui ambito erano contemplati: *a*) l'analisi complessiva del sistema informativo dell'Amministrazione; *b*) l'individuazione delle sue effettive esigenze; *c*) la pianificazione degli interventi da effettuare; *d*) lo studio di fattibilità del progetto contemplato nella pianificazione; *e*) la richiesta di pareri. Seguiva la previsione delle ulteriori fasi di scelta del contraente e di selezione e valutazione delle offerte (tipo di procedura da attivare, contenuto dell'offerta e requisiti dei fornitori, valutazione e aggiudicazione delle offerte), nonché la fase della negoziazione e della stipulazione del contratto, quella dell'integrazione dell'efficacia (approvazione del contratto) e, da ultimo, quella del controllo durante l'esecuzione⁵².

Progressi importanti, sotto il profilo normativo, sono stati effettuati con l'emanazione del D.Lgs. 39/1993, che ha introdotto specifiche regole ed un modello organico di disciplina in materia di contratti informatici della

informatico, nonché per la disamina dei contratti maggiormente ricorrenti e delle problematiche giuridiche da essi sollevate con riguardo alla P.A. Si vedano poi, più recentemente, le riflessioni già esposte in F. BRAVO, *Appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e tecniche di redazione contrattuale. Le linee guida del CNIPA*, cit., pp. 103 e ss.; Id., *Gli appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e gli appalti pubblici elettronici alla luce del D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a servizi e forniture)*, in *Contratto e impresa*, 2007, n. 4/5, pp. 1269-1322.

⁴⁸ Si tenga conto, infatti, che erano stati emanati nel 1986 sia il Capitolato d'o-

neri in materia di informatica, predisposto dal Provvedimento generale dello Stato, sia la L. 11 novembre 1986, n. 70, sugli acquisti di prodotti nei settori tecnologicamente avanzati; nonché, nel 1989, il D.P.C.M. 15 febbraio 1989 e la relativa circolare applicativa del 4 agosto 1989, n. 36938, ove veniva affrontato il tema del coordinamento delle iniziative e della pianificazione degli investimenti pubblici nell'area dell'automazione. Cfr., in tal senso, L. TRENTINAGLIA, *I contratti per l'informatica nella Pubblica Amministrazione*, cit., p. 13.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 82.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 82.

⁵¹ *Ibidem*, p. 82.

⁵² *Ibidem*, pp. 82-138.

P.A. ed ha istituito l'AIPA, ora trasformato in CNIPA⁵³ e, più recentemente, con la Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003 sullo « *Sviluppo ed utilizzazione dei programmi informatici da parte delle pubbliche amministrazioni* », nonché con il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 163/2006), che ha disciplinato in maniera organica le procedure di affidamento dei contratti pubblici, di selezione degli operatori economici, di valutazione e selezione delle offerte, di aggiudicazione, di approvazione, di stipulazione del contratto previa effettuazione dei controlli, di esecuzione e verifica del contratto.

Importante ruolo hanno, poi, anche le « *Linee Guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione* », elaborate dal CNIPA, che valgono ad orientare e guidare le singole PP.AA. nelle diverse fasi ed operazioni da porre in essere in materia di appalti nel settore ICT⁵⁴.

Si noti che l'art. 11 (« *Fasi delle procedure di affidamento* »), del Codice dei contratti pubblici ha previsto, al co. 2, che « *Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte* ».

È proprio in tale contesto che va ad inserirsi la previsione di cui all'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale, dato che fissa quegli elementi essenziali del contratto e quei criteri di selezione che le PP.AA., quali stazioni appaltanti, devono individuare prima dell'avvio delle procedure di affidamento, fissandoli formalmente nel decreto o nella determina a contrarre.

In questa fase, vanno analizzate con cura lo stato attuale del sistema informativo dell'amministrazione ed individuate le esigenze specifiche della stessa al fine di vagliare le possibili soluzioni che la tecnologia offre.

Non sempre tali soluzioni richiedono di giungere all'acquisizione mediante procedura ad evidenza pubblica.

A commento dell'art. 68 cit., infatti, è stato rilevato che il « *primo dato significativo (...) è che le diverse ipotesi elencate dal primo comma (...) non si traducono, al momento dell'acquisizione, in un'unica tipologia contrattuale, ma riguardano la fornitura di servizi, quella di beni, ma anche altre formule di reperimento di soluzioni *software* che non danno necessariamente luogo a forme di cambio contrattuale* »⁵⁵.

La prima delle soluzioni indicate dalla norma in commento, relativa allo sviluppo di *software ad hoc*, per conto ed a spese dell'amministrazione, sulla scorta dei requisiti dalla stessa indicati, è chiaramente collegata alle ipotesi in cui il mercato non offra il reperimento di soluzioni in grado di soddisfare le esigenze precise dell'amministrazione⁵⁶.

⁵³ Cfr., per un commento, G. ALPA, *I contratti informatici della P.A. Note sul D.Lgs. 39 del 1993*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, pp. 627 ss.

⁵⁴ F. BRAVO, *Appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e tecniche di redazione contrattuale. Le linee guida del CNIPA*, cit., pp. 103 ss.

⁵⁵ A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁶ S'è al riguardo ritenuto che « *L'espressa previsione di questa soluzione fra quelle possibili è estremamente significativa, dal momento che mette l'accento sull'importanza che siano le necessità e le specificità dell'attività amministrativa a dover prevalere sugli strumenti che si impiegheranno per svolgerla in modalità*

Merita di essere in questa sede rimarcato che lo sviluppo di programmi informatici per conto ed a spese della P.A. non deve necessariamente avvenire con la forma dell'appalto o mediante procedure di affidamento, ovvero mediante una contrattualizzazione del rapporto secondo lo schema « classico » (il modello contrattuale) previsto per lo sviluppo di *software* di tipo proprietario.

Ben può avvenire, come già s'è visto, che le PP.AA. si avvalgano di *software* a codice sorgente aperto sviluppati per soddisfare esigenze specifiche della P.A. medesima, all'interno di *Ambienti di Sviluppo Cooperativi* (ASC), ovvero di *Collaborative Development Environment* (CDE) secondo la più nota formula inglese, con contributi volontari degli sviluppatori, nell'ambito di *Community* che lavorano su piattaforme istituzionali, messe « gratuitamente » a disposizione proprio dalle istituzioni pubbliche.

Nasce di qui la questione in ordine alla titolarità del *software* così prodotto, che generalmente viene rilasciato sotto licenza GPL, come per i programmi OS sviluppati nell'Ambiente Cooperativo di Sviluppo ospitato dal CNIPA.

Con un significativo mutamento di prospettiva, però, in un altro contesto, come in quello comunitario, il *software* OS sviluppato sulle piattaforme del *Collaborative Development Environment* — rese disponibili nell'ambito dell'OSOR (« *Open Source Observatory & Repository* » for *European Public Administrations*) della Comunità europea, all'interno del programma IDABC — viene rilasciato con apposite licenze pubbliche, diverse dalla GPL, calibrate per soddisfare appieno le esigenze della Comunità europea medesima, la quale, ad ogni modo, mantiene la titolarità dei diritti sul *software* OS sviluppato per il suo tramite⁵⁷.

La seconda delle soluzioni elencate all'art. 68, co. 1, del Codice dell'amministrazione digitale fa invece riferimento al riuso di programmi informatici sviluppati per conto ed a spese della medesima amministrazione che se ne vuole servire o di altre amministrazioni che già hanno provveduto in tal senso, per esigenze analoghe, e ne hanno acquistato la titolarità. Si tratta di una soluzione che, solitamente, presuppone lo sviluppo del *software*, di tipo « proprietario » (sviluppato per conto o a spese dell'amministrazione committente) o di tipo *open source* (ad esempio, quello sviluppato in Ambiente di Sviluppo Cooperativo). La previsione normativa considera, al riguardo, « che le amministrazioni, condividendo modalità operative analoghe, hanno esigenze e bisogni analoghi. Se, infatti, un'amministrazione, poniamo il caso una regione, ha fatto sviluppare un *customer software* per esigenze legate ad alcune sue attività istituzionali, è plausibile che quello stesso software possa rispondere altrettanto bene ai bisogni di un altro ente dello stesso tipo »⁵⁸.

Il tema del riuso di *software* sviluppato su commissione della P.A., ma anche di quello sviluppato in ASC, merita una grande attenzione perché è di enorme impatto strategico, sia per il contenimento dei costi

informatica e non viceversa. Troppo spesso, infatti, soprattutto nella prima fase dell'informatizzazione pubblica, si sono utilizzate applicazioni già sviluppate dal mercato a volte anche a scapito delle specifiche esigenze dell'attività ammini-

strativa». Così A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 400.

⁵⁷ Cfr., ad esempio, i *software* CIRCA e IPM, ai quali si è fatto cenno *supra*, nell'ambito della presente ricerca.

⁵⁸ A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 400.

dall'amministrazione pubblica, che non si vede costretta a reinvestire risorse economiche rilevanti per acquisire applicativi già acquisiti in mano pubblica, sia per la realizzazione di soluzioni condivise, volte a favorire l'interoperabilità ed i flussi informativi tra le diverse amministrazioni.

A tal fine è stata emanata apposita previsione normativa, contenuta nell'art. 69 (« *Riuso dei programmi informatici* ») del Codice dell'amministrazione digitale, al cui co. 1 il legislatore italiano ha previsto che « Le pubbliche amministrazioni che siano titolari di programmi applicativi realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno obbligo di darli in formato sorgente, completi della documentazione disponibile, in uso gratuito ad altre pubbliche amministrazioni che li richiedono e che intendano adattarli alle proprie esigenze, salvo motivate ragioni ».

La disposizione dianzi richiamata influisce in maniera evidente anche sui contratti che dovranno essere stipulati per i *software* sviluppati a seguito di procedura di affidamento. Così i successivi co. 2 e 3 dell'art. 69 cit. stabiliscono rispettivamente che, « Al fine di favorire il riuso dei programmi informatici di proprietà delle pubbliche amministrazioni, ai sensi del comma 1, nei capitolati o nelle specifiche di progetto è previsto ove possibile, che i programmi appositamente sviluppati per conto e a spese dell'amministrazione siano facilmente portabili su altre piattaforme » e che « Le pubbliche amministrazioni inseriscono, nei contratti per l'acquisizione di programmi informatici, di cui al comma 1, clausole che garantiscono il diritto di disporre dei programmi ai fini del riuso da parte della medesima o di altre amministrazioni ».

Tale ultima norma, per la verità, sorprende, dato che il diritto di disporre dei programmi ai fini del riuso, previsto nel trascritto co. 3 come oggetto di clausola contrattuale, dovrebbe essere insito nei diritti che la P.A. già ha in quanto « titolare » dei programmi applicativi realizzati su sue specifiche indicazioni, come risulta dalla chiara formula di cui al co. 1.

Può poi accadere che il *software* sviluppato *ad hoc* per una P.A. necessiti di una (anche parziale) personalizzazione o di un adattamento quando venga ad essere oggetto di riuso da parte di altra P.A.

Fa fronte a tale esigenza il disposto dell'art. 69, co. 4, del Codice dell'amministrazione digitale, ove, sempre in tema di riuso del *software*, s'è statuito che « Nei contratti di acquisizione di programmi informatici sviluppati per conto e a spese delle amministrazioni, le stesse possono includere clausole, concordate con il fornitore, che tengano conto delle caratteristiche economiche ed organizzative di quest'ultimo, volte a vincolarlo, per un determinato lasso di tempo, a fornire, su richiesta di altre amministrazioni, servizi che consentono il riuso delle applicazioni. Le clausole suddette definiscono le condizioni da osservare per la prestazione dei servizi indicati ».

La terza soluzione indicata nell'art. 68, co. 1, lett. c), del Codice dell'amministrazione digitale prevede la possibilità che la P.A. acquisisca *software* proprietario già presente sul mercato, in quanto sviluppato dalle *software houses* per la commercializzazione di un prodotto volto a soddisfare le esigenze di un'utenza generalizzata o, comunque, gruppi di utenti con caratteristiche omogenee. L'acquisizione di *software* proprietario, in tal caso, avviene attraverso l'acquisto delle licenze d'uso del programma informatico di volta in volta considerato.

Come è stato ben precisato, nel caso di acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario, « cioè di applicazioni informatiche la cui tecno-

logia è posseduta in esclusiva da un soggetto che ne cede l'uso dietro il pagamento di una licenza»⁵⁹, va tenuto presente che quest'ultima « garantisce solo la fornitura del Codice eseguibile e non del Codice sorgente »⁶⁰ e, pertanto, « ne consente (...) l'impiego ma non la riproduzione, modificazione o trasformazione (...). A queste modalità sarà opportuno ricorrere ogni qual volta sia necessario acquisire applicazioni già ampiamente disponibili »⁶¹.

La quarta soluzione, indicata all'art. 68, co. 1, lett. d), del Codice dell'amministrazione digitale, nel contemplare l'acquisizione, da parte della P.A., di programmi informatici a codice sorgente aperto (OSS), si riferisce primariamente alla possibilità di acquisire, al pari dell'ipotesi contemplata alla precedente lett. c) della medesima disposizione normativa, programmi già esistenti, ma da essa si differenzia perché, come solitamente viene previsto dalle clausole delle *Public Licences* utilizzate per la distribuzione dell'OSS, l'accesso al codice sorgente consente che lo stesso possa « essere liberamente studiato, modificato, copiato o redistribuito »⁶².

Quanto alla prassi sull'acquisizione dei programmi a codice sorgente aperto, v'è da rilevare che solitamente, anche per la P.A., la *software OS* è scaricato gratuitamente e liberamente da Internet ed altrettanto liberamente copiato, in conformità alle licenze pubbliche che lo accompagnano, tra le quali la più diffusa è la *General Public License (GPL)*⁶³.

È proprio questa prassi che può comportare i maggiori problemi per la P.A., data l'assenza di ogni garanzia o rimedio in caso di malfunzionamento di *software*. Non va però, in risposta a tale criticità, abbandonato il ricorso all'OSS, bensì trovata la soluzione giuridica più congeniale per far fronte ai possibili problemi, sì da assicurare alla P.A. la migliore soluzione tecnica ed economica.

Preziose, al riguardo, sono le ammonizioni rese dalla « Commissione per il software a codice sorgente aperto nella Pubblica Amministrazione » nel Rapporto del maggio 2003, a seguito dell'« Indagine conoscitiva sul software a codice sorgente aperto nella Pubblica Amministrazione », ove, a p. 94, è stato affermato che « nell'acquisizione di beni e servizi OS per l'utilizzo all'interno di applicazioni strategiche, si ritiene comunque non opportuno che le Amministrazioni scarichino dalla rete pacchetti gratuiti e si consiglia invece di acquisire tali beni e/o servizi da distributori di prodotti OS, richiedendo a tali distributori garanzie analoghe a quelle offerte dai fornitori di *software* proprietario (ad esempio, impegno a fornire in prima persona interventi correttivi di eventuali problemi rilevati sul prodotto OS). Tale indicazione può avere eccezioni ove l'Amministrazione disponga al proprio interno di competenze tecnologiche ade-

⁵⁹ A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 400.

⁶⁰ A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 400.

⁶¹ A. PIOGGIA, *op. cit.*, pp. 400-401.

⁶² A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 401. Ivi l'A. aggiunge, sempre con riferimento alla P.A., che il fenomeno *open source* sta attraversando una stagione di grande crescita, come attesta il fatto che, stando ai consuntivi del CNIPA, il 58% delle amministrazioni (e, segnatamente, 28 ammini-

strazioni su 52 monitorate) utilizza *software OS*, contro il 42% risultanti dalla precedente rilevazione.

⁶³ Occorre però rimarcare che in alcuni casi è prevista anche la cessione a titolo oneroso, sia delle licenze che della titolarità del *software OS*. Infatti, il *software OS* (ovvero il *Free Software*), come già chiarito, non ha il necessario connotato della gratuità.

guate per la gestione delle situazioni critiche sul prodotto OS da acquisire»⁶⁴.

V'è poi da considerare la quinta delle soluzioni proposte dall'art. 68, co. 1, del Codice dell'amministrazione digitale, ove, alla lett. f), invita le PP.AA. a valutare anche il ricorso combinato a due o più delle quattro soluzioni innanzi prospettate.

Il ricorso alla combinazione di più soluzioni è in verità piuttosto frequente e rispecchia la complessità delle acquisizioni in materia informatica. Con riferimento al tema ad oggetto di questa ricerca, merita di essere menzionata la soluzione mista che prevede sia l'acquisizione in riuso di un programma a codice sorgente aperto, in parte modificato dall'amministrazione che lo cede, sia una sua ulteriore modifica, attraverso lo sviluppo di applicazioni *customed*, fatta a propria volta eseguire dalla P.A. che lo riceve in riuso, per proprio conto ed a proprie spese⁶⁵.

L'elenco delle soluzioni annoverate nell'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale non va considerato in senso gerarchico, ossia volto ad introdurre una prospettazione gradata delle soluzioni da considerare, ma va inteso come un elenco di soluzioni che la P.A. è chiamata ad indagare ed a valutare per soddisfare le proprie esigenze, attraverso una analisi comparativa delle soluzioni alternative (o cumulative) che possono di volta in volta presentarsi nel caso concreto⁶⁶.

4. OPEN SOURCE SOFTWARE, CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 163/2006) E DIRETTIVA DEL MINISTRO PER L'INNOVAZIONE E LE TECNOLOGIE DEL 19 DICEMBRE 2003 (DIR. M.I.T. 19 DICEMBRE 2003).

Le acquisizioni di *software* da parte della P.A., sia con riferimento alle soluzioni prospettate dall'art. 68, co. 1, lett. dalla a) alla e), del Codice dell'amministrazione digitale, sia con riferimento ai numerosi ulteriori prodotti e servizi declinati nelle «*Linee Guida sulla qualità dei beni e dei servizi ICT per la definizione ed il governo dei contratti della Pubblica Amministrazione*», elaborate dal CNIPA⁶⁷, seguono di norma le procedure

⁶⁴ Il documento è reperibile su Internet all'indirizzo http://www.cnipa.gov.it/site/files/indagine_commissione_os.pdf, consultato in data 21 luglio 2007.

⁶⁵ Cfr. ancora una volta, sul punto, A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 402.

⁶⁶ A titolo di esempio è stato efficacemente sostenuto che «Se (...) l'amministrazione necessita di un programma per la costituzione di una banca dati per gestire le informazioni in suo possesso, dovrà innanzi tutto verificare se esistano, come in questo caso è probabile, programmi già sviluppati idonei ad essere impiegati per le sue esigenze. Se questi sono stati realizzati per conto e a spese di qualche amministrazione potrà richiederne il riuso gratuito. Qualora invece questa evenienza non si verifichi e occorra ricorrere

al mercato, entrerà in gioco la valutazione dei profili economici. A questo scopo l'amministrazione dovrà accertare se accanto a programmi informatici di tipo proprietario, siano presenti programmi informatici con Codice a sorgente aperto. Il confronto fra le sue soluzioni potenziali dovrà tenere conto di una serie di aspetti diversi: tecnico-funzionali, cioè attinenti alle funzioni offerte dalle soluzioni disponibili, ed economici». Cfr. A. PIOGGIA, *op. cit.*, pp. 402-403.

⁶⁷ Si veda, in proposito, il «*Dizionario delle forniture ICT*», Manuale operativo n. 4 del 15 dicembre 2005, elaborato dal CNIPA nell'ambito delle richiamate Linee Guida. Nel predetto Dizionario «sono state elencate trentadue "classi di fornitura" e quattro "servizi trasversali", per un totale

fissate nel Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, emanato con D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

L'approccio rivoluzionario del Codice dei contratti pubblici si vede sin dalla scelta di affidare ad un responsabile unico il governo della procedura di progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai sensi dell'art. 10 del Codice medesimo, transitando ad una gestione unitaria e manageriale dei progetti di acquisizione delle forniture ICT da parte delle P.A.⁶⁸.

Tra i momenti principali per l'acquisizione di beni e servizi nel settore ICT, ivi inclusi quelli relativi al *software*, vi sono, sicuramente:

- a) l'analisi del sistema informativo dell'amministrazione;
- b) l'analisi delle soluzioni tecnologiche e delle risorse informatiche già nella titolarità o nella disponibilità dell'amministrazione;
- c) l'individuazione delle esigenze dell'amministrazione;
- d) l'individuazione delle possibili soluzioni (analisi « *make or buy* »);
- e) la pianificazione degli interventi ed una loro accurata programmazione con un piano di azione dettagliato, con fissazione dei parametri tecnici (*quality*), temporali (*time*) ed economici (*cost*) alla luce della previa verifica delle disponibilità temporali ed economiche dell'amministrazione e degli standard qualitativi su cui assestare l'acquisizione tecnologica;
- f) lo studio di fattibilità del progetto di intervento, con analisi delle alternative di progetto e loro valutazione comparativa, anche in termini costi-benefici.

Tale disamina, che va condotta nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, volti a determinare i predetti parametri di *time*, *cost* e *quality*, porta all'individuazione sia degli elementi essenziali della fornitura, sia dei criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, da riportare nel decreto o nella determina a contrarre, di cui all'art. 11, co. 2, del Codice dei contratti pubblici, nonché da riportare nell'eventuale bando e nel contratto da stipulare.

Va in primo luogo tenuto conto che, per importi ritenuti di non grande entità, l'art. 125 del Codice dei contratti pubblici consente l'acquisizione di beni e servizi, oltre che di lavori, in economica, mediante « amministrazione diretta » o mediante « cottimo fiduciario »⁶⁹. In entrambi i casi « l'amministrazione agisce tramite un funzionario che provvede, direttamente e personalmente nel primo caso, avvalendosi, invece, di un soggetto terzo di propria fiducia nel caso del cottimo »⁷⁰.

di trentasei voci, ciascuna delle quali contenente una specifica delle attività (e dunque delle relative prestazioni contrattuali) necessarie per la fornitura della prestazione medesima ». Cfr. F. BRAVO, *Appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e tecniche di redazione contrattuale. Le linee guida del CNIPA*, cit., p. 129.

⁶⁸ Per la disamina della figura del responsabile unico ex art. 10 D.Lgs. 163/2006 nell'ambito delle procedure volte all'acquisizione di forniture ICT da parte della P.A. si rimanda a quanto già esposto in F. BRAVO, *Gli appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e gli*

appalti pubblici elettronici alla luce del D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a servizi e forniture), cit., pp. 1269 ss.

⁶⁹ I lavori in economica sono ammessi nel limite di spesa di Euro 137.000,00 per le amministrazioni statali ed Euro 211.000,00 per le altre amministrazioni, nel caso di acquisizione di prodotti e di servizi, nonché nel limite di spesa di Euro 200.000,00 per il caso di lavori pubblici. Cfr. S. LUCE, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006, pp. 391 e 392.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 392 ss. Con riferimento

Qualora non provvedano direttamente mediante amministrazione diretta o mediante cottimo fiduciario, le amministrazioni sono tenute ad effettuare le acquisizioni di beni e di servizi, oltre che di lavori, mediante contratti pubblici di appalto o di concessione (di lavori o servizi), ricorrendo al mercato, ossia stipulando con un imprenditore il relativo contratto, a seguito di selezione pubblica dell'operatore economico e della migliore offerta, sulla base delle procedure di affidamento previste dal Codice dei contratti pubblici⁷¹.

Quanto alle procedure di affidamento, il Codice dei contratti pubblici consacra il definitivo superamento delle nostrane tradizionali categorie dell'« asta pubblica », della « licitazione privata », dell'« appalto-concorso » e della « trattativa privata », lasciando il posto alle categorie di derivazione comunitaria, frutto del recepimento delle direttive dell'UE rese in materia di appalti pubblici. Le attuali procedure per l'individuazione degli operatori economici che intendano ottenere l'affidamento di contratti pubblici tramite presentazione di offerte all'amministrazione appaltante sono ora classificate come « *procedure aperte* », « *procedure ristrette* », « *procedure negoziate* » (con o senza pubblicazione del bando di gara) e « *dialogo competitivo* », come previsto dagli artt. 54 ss. del Codice dei contratti pubblici⁷².

Mediante le procedure di affidamento vengono non solo selezionati gli operatori economici offerenti, ma anche l'offerta ritenuta migliore sulla base di uno dei criteri previsti dal Codice, quali il « *prezzo più basso* » ovvero l'« *offerta economicamente più vantaggiosa* ».

Nel primo caso l'unico criterio di valutazione dell'offerta sarà determinato dal prezzo proposto dall'offerente, fermi restando gli standard minimi di qualità richiesti nella procedura di affidamento ed indicati, per esempio, nel bando o nell'invito a formulare l'offerta.

Nel secondo caso, invece, oltre al prezzo l'amministrazione è tenuta ad indicare anche altri parametri di valutazione dell'offerta, nonché i relativi

all'*amministrazione diretta* è stato efficacemente rimarcato che « all'unico contratto stipulato con un privato imprenditore si sostituisce una serie di contratti posti in essere direttamente dal funzionario incaricato (Corte conti, sez. Cont., 26 ottobre 1995, n. 140). In sostanza, nell'amministrazione diretta vi è autorizzazione ad un funzionario incaricato a curare direttamente il conseguimento di prestazioni comportanti spesa provvedendo direttamente alle spese periodiche di modico importo o liquidando quelle conseguenti a contratti stipulati con terzi. Ai fini del pagamento della spesa, di regola, non è richiesta l'adozione di una particolare formalità dell'impegno, occorrendo il solo atto scritto nella forma di lettera di ordinazione, di impegno o scambio di corrispondenza commerciale oppure, per i piccoli importi, semplice scontrino fiscale, ricevuta o fattura ». Nel *cottimo fiduciario*, invece, l'A. cit. precisa che « il funzionario incaricato stabilisce, sotto la sua responsabilità, accordi con

persone di fiducia, tanto per i lavori che per le forniture. Pur avendo le caratteristiche dell'appalto, il ottimo fiduciario se ne differenzia, quindi, per il tratto fiduciario dell'affidamento oltre che per l'accentuata discrezionalità nella scelta dell'appaltatore, che va preceduta da una semplice indagine di mercato fra almeno cinque imprese. Nel cottimo fiduciario l'attenuazione delle regole dell'evidenza pubblica è bilanciata dalla responsabilità del funzionario incaricato dall'amministrazione, il quale agisce discrezionalmente e non è tenuto ad evidenziare le motivazioni ed i presupposti della scelta del contraente ».

⁷¹ *Ibidem*, p. 402.

⁷² Sulle procedure di affidamento, che ai fini della presente ricerca vengono solamente richiamate, può rinviarsi, per un approfondimento, a M. SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 225 ss.; S. LUCE, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche*, cit., pp. 448 ss.

pesi e sottopesi (ossia il punteggio attribuibile ed i criteri di assegnazione). Tra i criteri utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici, ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si trovano generalmente « la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione »⁷³.

Effettuata la valutazione dell'offerta, secondo le procedure e le formalità previste dal Codice dei contratti pubblici, si procederà all'aggiudicazione della procedura di affidamento all'offerente che abbia presentato l'offerta giudicata migliore secondo i parametri prefissati dalla medesima amministrazione aggiudicatrice.

Stando al dettato di cui all'art. 11, del Codice dei contratti pubblici, tuttavia, l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, né comunque equivale al contratto. L'aggiudicazione definitiva, infatti, diviene efficace solamente dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti e deve essere sempre seguita dalla stipulazione del contratto di appalto (o di concessione) entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione medesima, salvo il diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire ovvero nel caso di differimento concordato tra amministrazione aggiudicatrice ed operatore economico aggiudicatario. Di norma, poi, il contratto non può essere stipulato prima del decorso del termine di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni di particolare urgenza.

Il contratto, ai sensi dell'art. 11, co. 13, del Codice « è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante », ma alla sua stipulazione non consegue un'immediata efficacia. Viene infatti sottoposto *ex lege* a condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori. Fatto sempre salvo il caso di urgenza, che giustificerebbe la richiesta di esecuzione anticipata, l'esecuzione del contratto può iniziare solamente dopo che lo stesso abbia acquistato efficacia.

Si noti che, ad ogni modo, le attività contrattuali delle amministrazioni aggiudicatrici devono svolgersi nel rispetto delle disposizioni stabilite dal

⁷³ S. LUCE, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche*, cit., p. 557, nota n. 144. Con riguardo ai punteggi da attribuire per i singoli criteri, l'A. rimarca che « L'amministrazione aggiudicatrice deve precisare, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato. Qualora ritenga

impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, l'amministrazione aggiudicatrice indica nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, l'ordine decrescente d'importanza dei criteri. La valutazione comparativa delle offerte presentate dai concorrenti è contenuta nell'analitica attribuzione di punteggi predeterminati dalla commissione di gara con riferimento alle specifiche voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione; di tal che l'obbligo della motivazione è assolto con la stessa attribuzione dei punteggi analitici ».

codice civile, così come espressamente richiesto dall'art. 2, co. 4, del Codice dei contratti pubblici e che, ai sensi del co. 1 del medesimo articolo, « L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture (...) deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice ».

Sulla scorta di tali principi e in applicazione delle procedure di affidamento per la scelta degli offerenti e la selezione della migliore offerta, necessariamente esposte nei suoi tratti essenziali per una migliore comprensione del prosieguo del discorso, l'attenzione va incentrata sulle procedure di selezione e valutazione delle offerte relative all'acquisizione del *software*, con particolare riferimento anche a quello a codice sorgente aperto (OSS).

Riveste grande importanza, al riguardo, la Direttiva del Ministro dell'Innovazione e delle Tecnologie resa in data 19 dicembre 2003, intitolata « Sviluppo ed utilizzazione dei programmi informatici da parte delle pubbliche amministrazioni », pubblicata in Gazzetta Ufficiale 7 febbraio 2004, n. 31, nota come « Direttiva Stanca ».

Tale Direttiva, come recita il suo art. 1, ha come finalità quella di fornire alle PP.AA. « indicazioni e criteri tecnici e operativi per gestire più efficacemente il processo di predisposizione o di acquisizione di programmi informatici (...) ». Il testo è estremamente interessante per il tema ad oggetto della presente ricerca, dato che la medesima disposizione precisa come « le pubbliche amministrazioni debbano tener conto della offerta sul mercato di una nuova modalità di sviluppo e diffusione di programmi informatici, definita "open source" o "a codice sorgente aperto". L'inclusione di tale nuova tipologia all'interno delle soluzioni tecniche tra cui scegliere contribuisce ad ampliare la gamma delle opportunità e delle possibili soluzioni, in un quadro di equilibrio, di pluralismo e di aperta competizione ».

Nell'introduzione della Direttiva, ancora più fermamente, si può leggere che le norme ivi racchiuse vengono emanate al rilievo « di dover fornire un indirizzo univoco relativo alle scelte delle soluzioni per la predisposizione e per l'acquisizione dei programmi informatici delle pubbliche amministrazioni », tenendo anche conto dei « significativi sviluppi delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione ed in particolare del processo di produzione, distribuzione ed evoluzione di programmi informatici che si basa sulla disponibilità del codice sorgente aperto »⁷⁴.

Al riguardo, pur non essendo contenuta in una norma di rango legislativo, si lascia comunque apprezzare la definizione di « programmi a codice sorgente aperto » o « programmi open source » contenuta all'art. 2, co. 1, lett. j), della Direttiva citata, ivi intesi come « applicazioni informatiche il cui codice sorgente può essere liberamente studiato, copiato, modificato e ridistribuito »⁷⁵.

⁷⁴ Merita al riguardo una espressa considerazione l'art. 8 (« *Supporto alle amministrazioni* ») della Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003, con il quale viene stabilito che il CNIPA non solo promuova l'at-

tuazione della Direttiva medesima, ma fornisca concretamente, a tal fine, anche un adeguato supporto alle P.A.

⁷⁵ Si ricorderà, al riguardo, la più complessa definizione di programma OS

Proprio ai programmi OS fa riferimento l'art. 3 della Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003, ove viene richiesto alle PP.AA., allorché intendano acquisire programmi informatici e nel rispetto della Legge 241/1990 e del D.Lgs. 39/1993, di effettuare una valutazione comparativa delle diverse soluzioni disponibili sul mercato, di cui viene offerto l'elenco di seguito testualmente riportato:

- a) « sviluppo di programmi informatici *ad hoc*, sulla scorta dei risultati indicati dalla stesa amministrazione committente »;
- b) « riuso di programmi informatici sviluppati *ad hoc* per altre amministrazioni »;
- c) « acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso »;
- d) « acquisizione di programmi informatici a codice sorgente aperto »;
- e) « acquisizione mediante combinazione delle modalità di cui alle lettere precedenti ».

Ci si renderà ben conto di come il testo di tale art. 3 della Direttiva, riportato sopra nei primi due commi, sia andato a confluire, con talune lievi ma significative modifiche, nel disposto dell'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale, già commentato al precedente paragrafo, al quale si rinvia.

In questa sede, comunque, ci preme rimarcare le differenze.

La prima riguarda l'individuazione delle caratteristiche del *software* di cui alla lett. a), che l'art. 68, co. 1, richiede venga sviluppato « per conto ed a spese dell'amministrazione sulla scorta dei requisiti indicati dalla stessa amministrazione committente », mentre l'art. 3, co. 2, della Direttiva individua il *software* sviluppato *ad hoc* solamente con riferimento ai requisiti indicati dalla P.A. committente, ma senza alcuna ulteriore precisazione, tanto con riguardo alle spese, quanto con riguardo all'interesse ed alle finalità preminenti che lo sviluppo del *software* intenderebbe realizzare.

Lo stesso rilievo può farsi, con una seconda considerazione, per ciò che concerne il riuso del *software* di cui alla lett. a), in quanto l'individuazione del *software* in questione viene effettuata nell'art. 68, co. 1, lett. b), del Codice dell'amministrazione digitale e nell'art. 3, co., 2, lett. b), della Direttiva Stanca, facendo ricorso, rispettivamente, agli stessi parametri ed agli stessi requisiti e criteri utilizzati alle rispettive lett. a) per lo sviluppo di *software*.

Un'ulteriore differenza, che investe il confronto tra le soluzioni di cui alla lett. b) di entrambe le disposizioni normative ora in esame, riguarda il riferimento, presente nel Codice dell'amministrazione digitale ma non nella Direttiva Stanca, della possibilità di riuso non solo da parte di altre PP.AA., ma anche da parte della medesima P.A. committente.

Nelle parti che si sono esaminate confrontando parallelamente i due testi normativi, le disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale non sembra abbiano un effetto innovativo rispetto alle disposizioni contemplate nella Direttiva, sotto il profilo sostanziale, ma replicano, con maggior dettaglio e con disposizioni di rango legislativo, quanto già disposto in sede ministeriale per le P.A. La vera innovazione, al riguardo, è data dalla rilevanza assunta ora dalle disposizioni in parola, dalla loro maggiore efficacia

sul piano delle fonti e dal loro significativo inquadramento sistematico, all'interno del testo codicistico che si propone di condurre il transito, anche di fatto e nel corso del tempo, ad una pubblica amministrazione « digitale ».

La quarta e maggiore differenza risiede, però, nella maggiore articolazione della disposizione di cui all'art. 3, co. 3, della Direttiva, trasposta solo parzialmente nel *corpus* normativo del Codice dell'amministrazione digitale. Nelle parti che maggiormente interessano il nostro discorso, la disposizione ora citata stabilisce che le pubbliche amministrazioni, nell'effettuare la valutazione comparativa delle soluzioni tecnologiche tra quelle indicate in elenco e nel condurre la valutazione sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico, deve tener conto « anche del *costo totale di possesso* delle singole soluzioni e del *costo di uscita* ». Tale precisazione non v'è nel testo del Codice.

Ad ulteriore differenza rispetto a quest'ultimo, poi, la Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003, nell'art. 3, co. 3, cit., richiede che « In sede di scelta della migliore soluzione » si tenga « altresì conto del potenziale interesse di altre amministrazioni al riuso dei programmi informatici, della valorizzazione delle competenze tecniche acquisite, della più agevole interoperabilità ». Nel Codice dell'amministrazione digitale, invece, il potenziale interesse al riuso da parte di altre P.A., così come gli altri elementi ora riportati, viene pretermesso tra i criteri selettivi per valutare comparativamente la migliore soluzione⁷⁶.

L'analisi comparativa delle diverse soluzioni tecniche, effettuata dalle singole PP.AA., deve poi essere sottoposta a valutazione da parte del CNIPA in sede di rilascio del Parere di congruità tecnico-economica, come richiesto dall'art. 8 del D.Lgs. 39/1993, richiamato dall'art. 3, co. 3, della Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003⁷⁷.

Ai criteri di analisi comparativa indicati dall'art. 3, co. 3, della Direttiva vengono poi ad aggiungersi quelli formulati nel successivo art. 4, ai sensi del quale le PP.AA., « nella predisposizione o nell'acquisizione dei programmi informatici, privilegiano le soluzioni che presentino le seguenti caratteristiche:

a) soluzioni informatiche che, basandosi su formati dei dati e interfacce aperte e standard, assicurino l'interoperabilità e la cooperazione applica-

⁷⁶ Al riuso la Direttiva Stanca dedica l'art. 7, i cui suoi due commi si trovano ora sostanzialmente trasposti, rispettivamente, nel corpo dell'art. 69, co. 2 e co. 4, del Codice dell'amministrazione digitale. L'art. 69 del Codice, dedicato al riuso dei programmi informatici, è però più ricco di quanto non lo sia la Direttiva Stanca, soprattutto nella parte in cui la disposizione codicistica afferma la necessità di contemplare clausole che assicurino la titolarità del software in capo alla P.A., ai fini del riuso del medesimo o, comunque, clausole che assicurino alla P.A. medesima il diritto di disporre del programma ai fini del riuso. Tale ultima previsione, contemplata all'art. 69, co. 3, del Codice dell'amministrazione digitale, fa erroneamente riferimento ai « programmi informatici di

cui al comma 1 », che già sarebbero nella titolarità della P.A. committente e per i quali, ovviamente, sarebbe ultroneo l'inserimento di clausole, voluto dal legislatore, atte a garantire il diritto di disposizione ai fini del riuso. La norma andrebbe emendata eliminando il riferimento al co. 1, facendo sì che l'inserimento di tali clausole venga riferito a contratti per i quali la P.A. non ha la titolarità, ma diritti di altro tipo, quali ad esempio quelli di utilizzo di una copia del programma concesso in licenza d'uso.

⁷⁷ Ivi si aggiunge che la « suindicata valutazione va inclusa nell'ambito dello studio di fattibilità prescritto dall'art. 13 del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, allorché si tratti di contratti di grande rilievo ».

tiva tra i diversi sistemi informatici della pubblica amministrazione, salvo che ricorrano peculiari ed eccezionali esigenze di sicurezza e segreto;

b) soluzioni informatiche che, in assenza di specifiche ragioni contrarie, rendano i sistemi informatici non dipendenti da un unico fornitore o da un'unica tecnologia proprietaria; la dipendenza è valutata tenendo conto dell'intera soluzione;

c) soluzioni informatiche che, con il preventivo assenso del CNIPA ed in assenza di specifiche soluzioni contrarie, garantiscano la disponibilità del codice sorgente per ispezione e tracciabilità da parte delle pubbliche amministrazioni, ferma la non modificabilità del codice, fatti salvi i diritti di proprietà intellettuale del fornitore e fermo l'obbligo dell'amministrazione di garantire segretezza o riservatezza;

d) programmi informatici che esportino dati e documenti in più formati, di cui almeno uno di tipo aperto ».

A tali criteri, dunque, devono aggiungersi, in elenco, quelli già visti in senso all'art. 3, e, segnatamente:

e) costo totale del possesso delle singola soluzione, inteso, *ex art. 2, co. 1, lett. k*), della Direttiva Stanca, come « l'insieme dei costi che nel corso dell'intera vita operativa di un sistema informativo è necessario sostenere affinché esso sia utilizzabile proficuamente dall'utenza »;

f) costo di uscita, definito all'art. 2, co. 1, lett. l), della Direttiva Stanca, come « l'insieme dei costi da sostenere per abbandonare una tecnologia o migrare verso una tecnologia o soluzione informatica differente. Comprende i costi di conversione dati, di aggiornamento dell'*hardware*, di realizzazione interfaccia e di formazione »;

g) valorizzazione delle competenze tecniche acquisite;

h) più agevole interoperabilità, intesa, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. f), della Direttiva, come « la capacità di sistemi informativi anche eterogenei di condividere, scambiare e utilizzare gli stessi dati e funzioni d'interfaccia ». Richiede dunque l'uso di formati di dati e interfacce aperte e standard, salvo altro;

i) potenziale interesse di altre amministrazioni al riuso dei programmi informatici.

Tenendo conto delle specifiche esigenze della P.A., le specifiche del progetto da realizzare ed il contesto generale, anche con riferimento alle attese di tutti gli *stakeholders* (ivi inclusa l'utenza interna e quella esterna alla P.A., gli orientamenti strategici della P.A., la normativa vigente ed alla evoluzione prevista, l'interazione e la collaborazione con altre PP.AA., etc.), l'analisi comparativa va condotta isolando, nell'ambito dei criteri di comparazione indicati all'art. 3, co. 3, ed all'art. 4 della Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003, un insieme di « indici » e « sottoindici » con attribuzione dei relativi « pesi » e « sottopesi » (ossia il punteggio ad essi attribuito) dopo aver effettuato, per ciascun indice, una valutazione del grado di importanza da essi rivestito, tenendo conto che agli aspetti economici (« costo totale di possesso » e « costo di uscita ») deve essere generalmente attribuita sempre una importanza alta o molto alta e, dunque, un punteggio ed un peso corrispondentemente elevato⁷⁸.

⁷⁸ Cfr., al riguardo, le osservazioni sull'attuazione della Direttiva Stanca e le indicazioni di dettaglio su come effettuare

la valutazione comparativa delle diverse soluzioni, contenute nel Rapporto conclusivo del Gruppo di Lavoro « Codice sorgen-

Gli altri articoli della Direttiva M.I.T. 19 dicembre 2003 rimasti da esaminare nella nostra esposizione attengono alla « *Proprietà dei programmi* » (art. 5) ed al « *Trasferimento della titolarità delle licenze d'uso* » (art. 6).

Dei due, sul primo si è già argomentato con riferimento alla disciplina sul diritto d'autore e della sua antinomia, quanto alla titolarità del *software*, con la disciplina in materia di appalto o di contratto di prestazione d'opera. Appare sufficiente pertanto, anche in questa sede, fare rinvio alle osservazioni già rassegnate *infra*, al paragrafo n. 2 del presente scritto.

Quanto al « *Trasferimento della titolarità delle licenze d'uso* » di cui all'art. 6 della Direttiva, invece, l'indicazione univoca offerta dal provvedimento ministeriale alle PP.AA. prevede che le stesse « si assicurino contrattualmente la possibilità di trasferire la titolarità delle licenze d'uso dei programmi informatici acquisiti, nelle ipotesi in cui all'amministrazione che ha acquistato la licenza medesima ne subentri un'altra nell'esercizio delle stesse attività (...) », ad esempio per un trasferimento di funzioni *ex lege* o anche per delega.

Prosegue la disposizione ora in esame stabilendo che « (...) parimenti va contrattualmente previsto l'obbligo del fornitore di trasferire, su richiesta dell'amministrazione, senza oneri ulteriori per l'amministrazione stessa, e salve eccezionali cause ostative, la licenza d'uso al gestore subentrante, nel caso in cui l'amministrazione trasferisca a terzi la gestione di proprie attività, ovvero l'obbligo di emettere, laddove possibile, nuova licenza d'uso con i medesimi effetti nei confronti del nuovo gestore ».

5. LA « EUROPEAN UNION PUBLIC LICENCE » (EURL, VERS. 1.0).

Tra le licenze « pubbliche » che accordano diritti sul *software* a codice sorgente aperto, oltre alla nota *General Public License* (GPL), nelle sue versioni 2.0 e 3.0⁷⁹, un ruolo importante, per l'affermazione dell'OSS all'interno delle PP.AA. in ambito europeo, è rivestito dalla *European Union Public Licence* (EURL), distribuita nella sua versione 1.0, a cui si è pervenuti dopo una serie di consultazioni promosse dalla Comunità europea.

Come può leggersi anche dal Preambolo della *European Union Public Licence* (EURL), la stessa è stata predisposta ed elaborata nell'ambito del Programma IDABC della Comunità europea, con il quale le istituzioni comunitarie intendono promuovere la « fornitura interoperabile di servizi paneuropei di *eGovernment* alle pubbliche amministrazioni, alle imprese ed ai cittadini ».

Nell'ambito di tale programma, che rappresenta la continuazione dei programmi IDA e IDA II, sono stati realizzati diversi *software*, tra cui CIRCA ed IPM, sui quali già si è avuto modo di riferire *supra*.

te aperto » (« *open source* ») istituito presso il CNIPA, versione 1.0, reperibile in Internet all'URL http://www.cnipa.gov.it/site/_files/Rapporto%20conclusivo_OSS.pdf, consultato il 21/07/2007. A tale documento si rinvia per l'approfondimento e le esemplificazioni sull'attribuzione dei punteggi ai fini della valutazione comparativa tra

le diverse soluzioni proposte dalla Direttiva Stanca e, ora, anche dall'art. 68 del Codice dell'amministrazione digitale.

⁷⁹ Per l'analisi della versione 3.0 della *General Public License* vedasi S. BISI, *Brevi considerazioni sulla GPL v.3: profili giuridici, politici e tecnologici*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, pp. 441 ss.

Il Preambolo della EUPL precisa, poi, che « Grazie ad una serie di contratti che hanno consentito di realizzare questi *software*, la Comunità europea è titolare di tutti i diritti di proprietà intellettuale e, conseguentemente, dei codici sorgente e dei codici eseguibili » e che « Gli strumenti scaturiti dai programmi IDA e IDABC sono utilizzati da amministrazioni pubbliche, diverse dalle istituzioni europee, sulla base di una licenza concessa dalla Commissione europea che agisce in nome della Comunità europea, la quale è titolare del *copyright* su questi *software* ».

La EUPL, dunque, nella sua idea originaria, nasce per licenziare i prodotti *software* a codice sorgente aperto che sono stati sviluppati nell'ambito dei programmi comunitari di *e-government* a vantaggio non solo delle amministrazioni dell'UE, ma anche delle PP.AA. degli Stati membri.

Inizialmente, in occasione del rilascio delle versioni del *software* via via sviluppate nell'ambito dei programmi comunitari IDA e IDABC, le istituzioni comunitarie si sono interrogate se il *software* OS realizzato potesse essere licenziato con una delle più note *public licenses* ed, in tal caso, quale. Ne è nata un'indagine con un turno di consultazioni che ha visto il coinvolgimento di diverse parti interessate. I risultati sono stati racchiusi in un apposito Report⁸⁰.

Le criticità emerse da tale indagine hanno però portato ad ipotizzare un'altra via da percorrere: quella della elaborazione di una « licenza pubblica » *ad hoc*, capace di soddisfare appieno le esigenze dell'UE e delle PP.AA. dei singoli Stati membri, nonché coloro che ruotano attorno ad essi nella realizzazione, modificazione, manutenzione (correttiva e migliorativa) e nell'adattamento o personalizzazione dei programmi a codice sorgente aperto (la *community OS*). Ne è nata una seconda indagine, con ulteriori consultazioni, che ha portato alla elaborazione di una prima bozza della EUPL (versione 0.1), nonché ad una seconda versione (0.2) per recepire le osservazioni critiche dei soggetti coinvolti nella consultazione, consentendo così di giungere al rilascio della EUPL nella sua versione definitiva (1.0). La seconda indagine ed i risultati della consultazione sull'EUPL sono stati pubblicati in un secondo Report⁸¹.

La scelta di rilasciare con una « licenza » *ad hoc* il *software* OS sviluppato nei programmi di *e-government* dell'UE è sicuramente unica e di estrema significatività.

Infatti, come rimarcato dalle « *EUPL Guidelines for users and developers* » elaborate dall'« *OSOR Consortium* » nell'ambito dell'IDABC, « *The creation of the EUPL was the outcome of a unique process* », in quanto « *No public administration of the size of the European Commission has previously ever published an Open Source licence, or determined to*

⁸⁰ Cfr. lo Studio « *Pooling Open source Software* » (*roadmap for public sector software sharing*), 2002, in Internet all'URL <http://europa.eu.int/idabc/en/document/2623#fesibility>, nonché l'*Advise Report* « *Open Source Licensing of software developed by The European Commission* », in Internet all'URL <http://europa.eu/int/idabc/en/document/3879/471>, consultati il 18 maggio 2007.

⁸¹ Cfr. European Commission, Enter-

prise Directorate General (IDA/GPOSS), *Encouraging Good Practice in the use of Open Source in Public Administrations. Report on Outcomes of public consultation about the EUPL (European Union Public Licence)*, Bruxelles, 30 novembre 2005, in Internet all'URL <http://osor.eu/expert-studies/expert-docs/open-source-licensing-of-software-developed-by-the>, consultato in data 19 luglio 2007.

use an Open Source licence in a systematic way. (...) The EUPL is a “legal tool” that is already used by the European Commission to distribute software and that can be also used by many other software providers, including public administrations from European Member States ».

Per la prima volta, infatti, un’istituzione (e tra l’altro di grande rilevanza qual è la Commissione europea) ha provveduto a pubblicare una propria licenza pubblica per la distribuzione del *software* OS³².

L’avallo istituzionale, come si avrà modo di rimarcare, diviene decisivo nel *public sector*, in quanto le PP.AA. dei singoli Stati membri (nazionali, regionali, locali, etc.) potrebbero nutrire dubbi o incontrare resistenze nell’acceptare una licenza pubblica di provenienza non istituzionale, stante anche le consuete modalità con cui le amministrazioni sono tenute ad acquisire beni e servizi, siano essi da acquisire in economia o tramite le procedure di affidamento previste dal Codice dei contratti pubblici. In tale prospettiva, la provenienza dell’EUPL (quale licenza pubblica per il rilascio di programmi a codice sorgente aperto, per di più elaborata nell’ambito di specifici programmi volti a realizzare l’interoperabilità delle pubbliche amministrazioni nell’erogazione di servizi di *e-government* su scala europea) ha le premesse per porsi come fattore decisivo di penetrazione dell’OSS nelle PP.AA. presenti sul territorio europeo. In tale direzione il Preambolo dell’EUPL avverte che « La licenza EUPL permette di rafforzare l’interoperabilità giuridica adottando un quadro comune per il raggruppamento dei software del settore pubblico ».

Anche altre PP.AA. poi, così come le imprese ed i privati, potrebbero avvalersi dell’EUPL per rilasciare *software* sul quale hanno acquisito la titolarità ed i diritti di utilizzazione e di sfruttamento economico.

La EUPL, come riferito ancora dalle *Guidelines* citate, « *is the outcome of three years of study and analysis of several existing FLOSS licences, which had determined that there were still needs unmet by existing licences — and extensive consultations with stakeholders in the Member States — The EUPL v.1.0 was finally approved by the European Commission in January 2007 (in English, French and German). This Decision of the European Commission and a second Decision in January 2008 (approving the EUPL in 19 other European languages) are linked to the following motivation:*

— *The EUPL had to be legally valid in all the official languages of the European Union, in respect of the principle of linguistic diversity, as recognized by the Charter of Fundamental Rights of the European Union;*

— *The EUPL had to consider the specificity and diversity of Member States Law and the Community Law (copyright terminology, information, warranty, liability, applicable law and jurisdiction);*

— *The EUPL would ensure downstream compatibility issues with the most relevant other licences ».*

³² Come riportato dal documento dell’IDABC-OSOR dal titolo « *Translation of EUPL v. 1.0 into the official languages of the European Union* », reperibile in Internet all’URL <http://osor.eu/eupl/eupl-license/report-on-comments-received-by-idabc>, « *For the first time, a public administration of*

the size of the European Commission publishes (by an official decision of the European Commission College) an open source licence to use it in order to distribute some of its own software. Without generating any obligation, this should and will be an exemplar for other organisations in Europe ».

Il fattore linguistico è considerato, come si è visto, un altro elemento decisivo per la diffusione dell'OSS nelle PP.AA. dei singoli Stati membri. Queste, infatti, sono tenute all'uso della lingua nazionale ufficiale ed il ricorso alle *Public Licenses* ampiamente diffuse non vengono affatto incontro a tale esigenza. Si pensi, per di più, che le istituzioni che le hanno elaborate e ne curano la revisione, come ad esempio la *Free Software Foundation* per la GPL, si sono rifiutate di procedere ad una traduzione ufficiale delle stesse, mantenendo la versione in lingua inglese degli Stati Uniti d'America quale unica versione valida ai fini dell'interpretazione delle espressioni e delle clausole ivi contenute.

Il problema linguistico delle *public licenses* americane (tra le quali la più diffusa è sicuramente la GPL) si riflette anche sui contenuti giuridici, dato che non sempre v'è un allineamento di istituti tra l'ordinamento statunitense ed i singoli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'UE, le cui legislazioni sono state invece attraversate da un processo, iniziato molti anni addietro ma non ancora terminato, di progressiva armonizzazione.

Tale circostanza è ormai un dato pacificamente acquisito in dottrina. Non può ignorarsi, al riguardo, la ricognizione di chi ha avuto modo di rimarcare come sia « stato considerato da molti che la GPL presuppone l'ordinamento americano ed è difficilmente adattabile ad altri ordinamenti nei quali peraltro deve o vuole essere applicata, Questa è una constatazione assolutamente comune a vari diritti di proprietà intellettuale globalizzati la cui delocalizzazione economica contrasta in modo stridente con la localizzazione giuridica »⁸³.

Pertanto, l'EURL soddisfa anche le ulteriori necessità di offrire, alle diverse PP.AA. interessate, un testo formulato non solo nella lingua nazionale ufficiale del proprio Paese⁸⁴, ma anche aderente ai principi ed alle caratteristiche degli ordinamenti giuridici di area europea⁸⁵.

Quanto alle versioni linguistiche della EURL (1.0), vista la scelta dell'UE di valorizzare le differenze linguistiche dei singoli Paesi membri come una ricchezza culturale e di adottare tutte le lingue ufficiali nazionali di ciascuno Stato membro come lingue ufficiali dell'UE, possono ora contarsi ben ventidue versioni linguistiche ufficiali della *European Union Public Licence*⁸⁶.

⁸³ Così M.S. SPOLIDORO, *Open source e violazione delle sue regole*, cit., pp. 103 e 104.

⁸⁴ In proposito è stato rimarcato, nei documenti istituzionali relativi all'EURL, che « *For the first time, the licence text will have "original" value in all official languages of the European Union. This is a unique acknowledgement of the linguistic diversity of Europe. The majority of other licence texts produced in North America consider translation as informative only, without a binding value* ». Cfr. IDABC-OSOR, *Translation of EURL v. 1.0 into the official languages of the European Union*, cit.

⁸⁵ In altra parte del documento dell'IDABC-OSOR, dal titolo « *Translation of*

EURL v. 1.0 into the official languages of the European Union », cit., si trova altresì precisato che « *For the first time, the text has been and will be analysed taking into consideration the Law of multiple Member States and the European Law. This, concerns the specific copyright terminology and the provisions related to information, warranty or liability exclusion respecting consumer's rights. This is also related to applicable law and competent court, as the EURL guiding principle is based on trust towards Member States' parliaments and judges without restrictions or exceptions* ».

⁸⁶ Ciascuna delle ventidue versioni linguistiche della EURL 1.0 è prelevabile in Internet sul sito dell'UE, all'URL <http://>

Ulteriore considerazione che porterebbe a preferire la EUPL alle altre *Public Licenses*, almeno per ciò che concerne le amministrazioni pubbliche, è data dalla particolare formulazione della EUPL, che, per un verso, contiene una clausola di *copyleft* (con la quale viene assicurata l'apertura del codice sorgente anche nelle successive distribuzioni del programma, ad esempio in caso di modifica da parte dell'utilizzatore-licenziatario) e che, per altro verso, consente che la successiva distribuzione del *software* coperto da EUPL possa avvenire con altro tipo di licenza pubblica tra quelle tassativamente indicate in un elenco allegato alla medesima, ove è menzionata, tra le altre, anche la GPL v. 2.

In tal modo la EUPL mostra una forte « *downstream compatibility* », eliminando una delle principali criticità della GPL che, com'è noto, è considerata come una licenza « *non permissive* », eliminando ogni libertà di modifica alla licenza medesima per le successive distribuzioni del *software* OS, che deve essere accompagnato sempre, di necessità, dalla medesima licenza pubblica (GPL).

La EUPL invece, pur mantenendo la clausola virale del *copyleft*, concede maggiore flessibilità al licenziatario che voglia a propria volta licenziare una nuova distribuzione del *software* OS sviluppato a partire dalla versione precedente, concedendogli la facoltà di scelta di utilizzare altre possibili licenze in alternativa alla EUPL.

Tale singolare soluzione è stata adottata dall'UE a seguito delle consultazioni che hanno preceduto il rilascio della versione 1.0 dell'EUPL. S'è potuto constatare, infatti, che le modifiche dell'originario *software* rilasciato con EUPL possono portare ad altra opera qualora il licenziatario impieghi parte del codice sorgente del predetto *software* rielaborandolo e modificandolo insieme ad altra parte di codice sorgente, anch'esso rielaborato e modificato, preso da un secondo applicativo OS rilasciato con GPL. Le due parti di codice sorgente, modificate e rielaborate, sarebbero in questo caso riconducibili a *softwares* disciplinati, rispettivamente, dall'EUPL e dalla GPL.

Se entrambe le licenze pubbliche in parola fossero « *non permissive* », ovvero consentissero di modificare e riutilizzare il codice sorgente o parte di esso solamente qualora l'opera che ne deriva venga anch'essa rilasciata sotto la medesima licenza, ne deriverebbe l'impossibilità di rilasciare il nuovo codice sorgente sia con l'una che con l'altra licenza, ovvero una estrema difficoltà di gestione delle diverse parti del codice sorgente (soprattutto al crescere della complessità della programmazione ed al crescere del numero delle righe di codice contenenti le istruzioni rese nel linguaggio di programmazione utilizzato), giacché dovrebbero applicarsi alle diverse parti del codice sorgente le regole giuridiche fissate nelle clausole contenute nelle licenze a cui, rispettivamente, tali parti rimangono legate in forza della clausola virale non permissiva. La frammentazione delle regole giuridiche per parti di codice, tuttavia, oltre a presentare gravi problemi appli-

osor.eu/eupl/european-union-public-licence-eupl-v.1.0, consultato il 22 ottobre 2007. Per un rapporto sul processo di traduzione dell'EUPL nelle diverse versioni linguistiche e sulle criticità riscontrate anche per ciascun Paese, si veda, ora, il citato docu-

mento dell'IDABC-OSOR dal titolo « *Translation of EUPL v. 1.0 into the official languages of the European Union* ». Per le correzioni che dalla versione italiana originaria hanno portato a quella definitiva cfr. pp. 40 e 41 del documento poc'anzi citato.

cativi facili da immaginare, potrebbe risultare giuridicamente inaccettabile con le evoluzioni del codice sorgente e con il rilascio di successive versioni modificate dell'opera originaria determinando effetti molteplici, non sempre prevedibili da parte di chi si accinge ad apportare le modifiche ai codici sorgenti ed a realizzare nuove distribuzioni.

A tali problemi ed a problemi analoghi ed ulteriori rispetto a quello esemplificativamente esposto in queste pagine, si propone di dare una soluzione la EUPL, la quale consente di redistribuire il *software* modificato ricorrendo ad una licenza diversa, di modo che il nuovo licenziante possa ricorrere alla GPL o ad altra licenza ammessa come compatibile dalla EUPL, ove ritenga necessario conservare un'unica licenza pubblica per il nuovo software realizzato modificando parti di codice sorgente proveniente da altri software protetti con licenze diverse.

Proprio con riferimento a tale aspetto l'IDABC-OSOR ha rimarcato che « (...) *an open source licence was rarely written with such an open mind, allowing developers to reduce the existing incompatibility barriers between the various "copyleft" licences. The EUPL v 1.0 communicates a first list of compatible licences and authorises the re-distribution of derived works under the compatible licence of the "added/merged component": GPL V2, Cecill V2.0, OSL V2.1 or 3.0, Common Public Licence V 1.0, Eclipse Public Licence V 1.0. Should the licensee's obligations under the compatible licence* »⁸⁷.

La provenienza dell'EUPL dalle istituzioni comunitarie consente, sotto altro profilo, di giovare di una serie di indicazioni, studi e documenti ufficiali per comprendere la sua qualificazione giuridica, almeno secondo la prospettiva declinata dalla Commissione europea e dall'IDABC, nonché, in seno ad esso, dall'OSOR.

Le riferite « *EUPL Guidelines for users and developers* », al riguardo, non esitano a riconoscere espressamente alla *European Union Public Licence* la natura di contratto, proponendo anche le specifiche clausole che le amministrazioni pubbliche possono utilizzare per integrare la EUPL medesima ed adattarla alle diverse specifiche esigenze via via riscontrate⁸⁸.

In tal senso soccorre anche l'art. 10 della EUPL, intitolato all'« *Accettazione della licenza* », che declina, nei suoi due commi, sia la possibilità di accettazione espressa del contratto ai sensi dell'art. 1326 c.c., eventualmente in combinazione con l'art. 1336 c.c., sia l'accettazione per inizio di esecuzione di cui all'art. 1327 c.c.

Nel caso di accettazione espressa del contratto, l'art. 10, co. 1, dell'EUPL richiama testualmente anche la prassi ormai nota del « *point and click* » o « qualsiasi altro modo simile » di conclusione del contratto, lasciando intendere il chiaro valore di proposta contrattuale della EUPL

⁸⁷ Cfr. IDABC-OSOR, *Translation of EUPL v. 1.0 into the official languages of the European Union*, cit.

⁸⁸ Nelle EUPL Guidelines, infatti, si trova l'indicazione secondo cui « *Such a licence (as the EUPL is) would be considered as a contract between a "Licensor" (the author of the software) and a "Licen-*

see" (you, the user of the software, who can then use it according to the licence terms). Note that if you do not agree to the licence terms, you normally do not have the right to use, copy, change or distribute the software. If you do this without agreeing to the licence terms, you are violating copyright law ».

(tecnicamente un'«offerta» completa di tutti i suoi elementi)⁸⁹. Si noti, poi, che la specificazione delle modalità di perfezionamento racchiuse nell'art. 10, co. 1, possono rilevare giusto quanto disposto dall'art. 1326, co. 4, c.c., in forza del quale, com'è noto, l'offerta può contenere indicazione delle particolari forme con cui l'accettazione deve essere espressa ai fini della sua efficacia. Segnatamente, infatti, con l'art. 10, co. 1, dell'EURL si stabilisce espressamente che «Le clausole della presente Licenza possono essere accettate cliccando sull'icona "Accetto" posta sotto una finestra che fa apparire il testo della presente Licenza o prestando consenso in qualsiasi altro modo simile, conformemente alle disposizioni di legge applicabili. Cliccando su tale icona manifesterete la chiara e irrevocabile accettazione della presente Licenza e di tutti i suoi termini e condizioni».

Al co. 2 del medesimo articolo, invece, si pone il principio secondo cui l'accettazione della EURL, apprezzata ancora una volta come «offerta» contrattuale completa di tutti i suoi elementi essenziali, può aversi, su richiesta del proponente-licenziante, senza una preventiva risposta dell'obbligato-licenziatario. Infatti, la clausola ora richiamata stabilisce che «Analogamente accetterete irrevocabilmente la presente Licenza e tutti i suoi termini e condizioni esercitando uno qualsiasi dei diritti a voi concessi dall'articolo 2 della presente Licenza, quali l'utilizzazione da parte vostra dell'Opera, la creazione di un'Opera derivata o la distribuzione o comunicazione dell'Opera o di copie di essa»⁹⁰.

Dalla lettura dell'art. 2 dell'EURL, rubricato «*Estensione dei diritti concessi dalla licenza*», si apprende, al co. 1, che «Il Licenziante concede al Licenziatario, per tutta la durata del diritto d'autore sull'opera originaria, una licenza mondiale, gratuita, non esclusiva, a sua volta cedibile in sub-licenza, che conferisce il diritto di compiere gli atti seguenti:

- utilizzare l'Opera in qualsiasi circostanza e per ogni utilizzo,
- riprodurre l'Opera,
- modificare l'Opera originaria e creare Opere derivate basate su di essa,
- comunicare al pubblico, anche mediante messa a disposizione o esposizione dell'Opera o di copie di essa e, a seconda dei casi, rappresentare l'Opera in forma pubblica,
- distribuire l'Opera o copie di essa,
- cedere in prestito e in locazione l'Opera o copie di essa,
- concedere in sub-licenza i diritti sull'opera o copie di essa».

Al di là dell'ampiezza dei diritti concessi dal licenziante al licenziatario, appare significativa, ai fini della costruzione dell'EURL in termini contrattuali, la scelta di riconoscere al licenziatario medesimo anche il diritto di concedere in sub-licenza a terzi i diritti sull'opera o sulle copie. La previ-

⁸⁹ Sulla completezza dell'«offerta» è chiarissimo anche il disposto di cui all'art. 13, co. 1, della EURL, ove v'è scritto che, ferme restando le disposizioni di cui all'art. 9 in materia di pattuizioni aggiuntive, «la Licenza costituisce l'accordo integrale tra le parti in merito all'Opera qui concessa in Licenza» e che l'eventuale nullità di una o più clausole non inciderà «sulla vali-

dità o sull'azionabilità della Licenza nel suo complesso. Le clausole in questione saranno interpretate o modificate nella misura necessaria a renderle valide e azionabili».

⁹⁰ In tal caso, però, per il nostro ordinamento si pone, almeno in teoria, il problema della eventuale risarcibilità del danno da ritardato o mancato avviso al proponente dell'iniziata esecuzione.

sione si palesa di maggior coerenza con la scelta dell'inquadramento contrattuale rispetto alla opposta soluzione perseguita dalla GPL, ove, ai fini della trasmissione dei diritti a terzi, tenta di far valere il discutibile principio, espresso all'art. 6, prima parte, secondo cui « *Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions* ». Ragionando su tale disposizione, pare si possa concordare con la tesi che riconduce al mandato lo schema di trasmissione dei diritti dall'« *original licensor* » a terzi nella GPL, ravvisando nel « *licensee* » la figura del mandatario.

Nella EUPL, invece, il licenziatario ha facoltà di sub-licenziare i diritti a terzi, divenendo non il mandatario dell'originario licenziante, bensì licenziante egli stesso. In altre parole, nella licenza pubblica dell'Unione europea il licenziatario può a sua volta divenire sub-licenziante qualora ceda in sub-licenza i diritti a terzi.

La clausola è rilevante perché attribuisce al licenziatario sub-licenziante una autonoma posizione contrattuale rispetto all'originario *licensor* e, dunque, un autonomo centro di imputazione di interessi, rilevante sotto il profilo dell'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive che discendono dai rapporti contrattuali che si instaurano con il fenomeno della concessione a catena dei diritti sull'opera o copie di essa in sub-licenza⁹¹.

L'art. 2 della EUPL prosegue non solo stabilendo che « I diritti suddetti possono essere esercitati con qualsiasi mezzo di comunicazione, su qualsiasi supporto e in qualsiasi formato, attualmente noto o che sarà successivamente inventato, nella misura consentita dal diritto applicabile », ma anche precisando che « Nei paesi in cui si applicano i diritti morali di autore, il Licenziante rinuncia al diritto di esercitare i suoi diritti morali nella misura consentita dalla legge affinché la cessione in licenza dei diritti patrimoniali sopra indicati possa produrre tutti i suoi effetti »⁹².

⁹¹ Tale concatenazione di rapporti tra licenziante, licenziatario/sub-licenziante e sub-licenziatario, e così via, prevista all'art. 2, viene poi rafforzata dalle clausole contenute nell'art. 6 della EUPL. Quest'ultimo articolo, rubricato « *Autori e contributori* », stabilisce infatti che « Il Licenziante originario garantisce che i diritti d'autore sull'Opera originaria concessi a norma della presente Licenza sono di sua proprietà ovvero gli sono concessi in licenza e che dispone del diritto e del potere di concedere la Licenza » (co. 1). « Ciascun Contributore garantisce che i diritti d'autore sulle modifiche che egli apporta all'opera sono di sua proprietà o che gli sono concessi in licenza e che dispone del diritto e del potere di concedere la Licenza » (co. 2). « Ogni volta che ricevete un'Opera in qualità di Licenziatari, il Licenziante originario e i Contributori successivi vi concedono una licenza sui loro contributi al-

l'Opera, secondo le condizioni della presente Licenza » (co. 3).

⁹² Emerge, dal distinguo relativo ai « Paesi in cui si applicano i diritti morali di autore », lo sforzo della EUPL di considerare la specificità delle legislazioni nazionali degli Stati membri dell'Unione europea. Medesimo sforzo si riscontra in altre diverse clausole, come ad esempio per quella, prevista all'art. 8, che, dopo aver escluso la responsabilità del licenziante « per i danni di qualsiasi natura, diretti o indiretti, materiali o morali, derivanti dalla Licenza o dall'utilizzazione dell'opera, ivi compresi, ma senza limitarsi a questi, i danni per perdita di avviamento, interruzione del lavoro, guasto o malfunzionamento dell'elaboratore, perdita di dati e qualsiasi danno commerciale (...) », esclude che l'esonero da responsabilità possa valere, oltre che per i « comportamenti dolosi » e per i « danni direttamente arrecati a persone fisiche », anche per la responsabilità

Centrale nella EUPL è anche l'art. 5, dedicato agli « *Obblighi del licenziatario* », ove la concessione dei diritti presi in rassegna dall'art. 2, co. 1, viene dichiarata « soggetta ad alcune restrizioni e obblighi in capo al Licenziatario », di seguito riportati.

Innanzitutto a quest'ultimo viene richiesto, ove provveda a distribuire o comunicare l'Opera, di fornire « copia del Codice sorgente in formato leggibile dall'elaboratore », oppure di indicare « un archivio in cui tale Codice sorgente è facilmente e liberamente accessibile, per tutto il tempo in cui distribuisce o comunica l'Opera »⁹³.

In secondo luogo va ricordato che, in ogni caso, il Licenziatario è tenuto a lasciare « intatti tutti gli avvisi relativi ai diritti d'autore, ai brevetti o ai marchi e tutte le indicazioni che fanno riferimento alla Licenza e all'esclusione della garanzia ». Al riguardo, « Ogni copia dell'Opera che il Licenziatario distribuisce o comunica deve essere corredata di una copia di tali avvisi e di una copia della Licenza », mentre, su ogni opera derivata « il Licenziatario deve apporre o far apporre avvisi ben visibili indicanti che l'Opera è stata modificata e la data della modificazione »⁹⁴.

In terzo luogo va correlativamente rilevato che la concessione della licenza « non autorizza a fare uso di nomi commerciali, di marchi distintivi di prodotti o servizi o dei nomi dei licenzianti, se non nei limiti necessari ad una utilizzazione ragionevole e conforme agli usi per descrivere l'origine dell'Opera e riprodurre il contenuto dell'avviso relativo al diritto d'autore »⁹⁵.

Seguono poi, tra le restrizioni e gli obblighi previsti dalla EUPL, due distinte previsioni che, insieme, determinano uno dei tratti caratteristici e distintivi, sotto il profilo sostanziale, della licenza pubblica dell'Unione europea rispetto ad altre licenze pubbliche rese in materia di *software* a codice sorgente aperto. Ci si riferisce alla c.d. « *clausola "copyleft"* » (o clausola virale) ed alla c.d. « *clausola di compatibilità* », in ordine alle quali già s'è detto nella prima parte del presente paragrafo.

Appare tuttavia opportuno riportare, in proposito, il contenuto della « *clausola "copyleft"* » enunciato nel testo della EUPL, ove si stabilisce che « se il Licenziatario distribuisce o comunica copie delle Opere originarie o delle Opere derivate basate sull'Opera originaria, la distribuzione o comunicazione ha luogo nell'osservanza delle clausole della presente Licenza. Il Licenziatario (che in tal caso diventa Licenziante) non può offrire né imporre termini o condizioni ulteriori sull'Opera o sulle Opere derivate che alterino o restringano le condizioni della Licenza ».

Tale previsione deve essere raccordata con la « *clausola di compatibilità* », in forza della quale, « se il Licenziatario distribuisce o comunica le Opere derivate o copie delle Opere derivate basate sull'Opera originaria o su altra opera concessa in licenza secondo le condizioni di una Licenza compatibile, la Distribuzione o Comunicazione può avvenire nell'osservanza delle clausole della licenza compatibile. Ai fini dell'applicazione

derivante dalle leggi sulla responsabilità da prodotto, che invece potrà essere utilmente invocata a carico del licenziante nei limiti in cui la disciplina in parola possa ritenersi applicabile all'opera sottoposta a licenza.

⁹³ La clausola in questione viene ru-

brica, nella EUPL, come « *fornitura del codice sorgente* ».

⁹⁴ Tale clausola è rubricata, nella EUPL, come « *diritto di attribuzione* ».

⁹⁵ La EUPL rubrica tale clausola come « *tutela dei diritti* ».

della presente clausola, l'espressione "Licenza compatibile" si riferisce alle licenze enumerate nell'allegato della presente Licenza » e, precisamente:

- (i) *the General Public Licence (GPL)* (v. 2);
- (ii) *the Open Software Licence (OSL)* (v. 2.1 and/or v. 3.0);
- (iii) *the Common Public Licence* (v. 1.0);
- (iv) *the Eclipse Public Licence* (v 1.0);
- (v) *The CeCill* (v. 2.0).

Possono però verificarsi ipotesi di « conflitto tra gli obblighi del Licenziatario a norma della Licenza compatibile e i suoi obblighi a norma della presente Licenza », nel qual caso la EUPL è esplicita nel ritenere prevalenti « gli obblighi prescritti dalla Licenza compatibile ».

Le norme poc' anzi considerate vengono riassunte, solitamente, con l'affermazione dei seguenti principi:

a) la EUPL è « *permissiva* » (nel senso che, in caso di distribuzione o comunicazione dell'opera ad oggetto di licenza, la clausola virale ivi contenuta obbliga non necessariamente all'adozione di altra EUPL, ma anche di altra licenza compatibile, tra quelle tassativamente previste);

b) la EUPL è « *recessiva* » (nel senso che, in caso di conflitto tra EUPL ed altra pubblica licenza successivamente concessa a seguito di distribuzione o di comunicazione dell'opera ad oggetto della licenza, prevale la seconda, fermo restando, ovviamente, che deve trattarsi di una delle licenze tassativamente previste nell'elenco annesso alla EUPL).

Accanto a tali principi se ne può individuare, però, un terzo:

c) la EUPL è « *modificabile con patti aggiuntivi* », dato che, all'art. 9, tenendo specificatamente ed adeguatamente conto sia delle possibili esigenze delle singole PP.AA., sia delle procedure di affidamento previste in materia di appalto e dei capitoli normalmente richiesti dalle medesime agli offerenti, si trova espressamente contemplato che « All'atto della distribuzione dell'Opera originaria o delle Opere derivate, avrete facoltà di stipulare pattuizioni aggiuntive al fine di offrire, a titolo oneroso, assistenza, garanzia, indennità o assumere altre responsabilità o fornire altri servizi compatibili con la presente Licenza. Tuttavia, nell'accettare tali obbligazioni, agirete esclusivamente in nome proprio e sotto propria esclusiva responsabilità, e non in nome del Licenziante originario o di qualsiasi altro Contributore, e solo subordinatamente all'assunzione di impegno [a] risarcire, difendere e tenere indenne ciascun Contributore da eventuali responsabilità o richieste risarcitorie rivolte allo stesso Contributore in conseguenza delle garanzie o responsabilità aggiuntive da voi assunte »⁹⁶.

Si noti, al riguardo, che l'originario licenziante (che nel caso dei *software* OS elaborati nell'ambito del programma IDABC è la Comunità europea e, per essa, la Commissione europea) può concedere in licenza il *software* OS:

1) alle singole PP.AA. (nazionali, regionali, locali, etc.) degli Stati membri, che possono acquisirlo ed utilizzarlo direttamente (ad esempio mediante l'« amministrazione diretta » di cui all'art. 125, co. 1, lett. a), e co. 3, del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 163/2006);

⁹⁶ Il testo tra parentesi quadre, che EUPL in lingua italiana, è stato aggiunto da chi scrive.

2) ai singoli operatori economici che concorrono nelle procedure di affidamento esperite dalle PP.AA. (nazionali, regionali, locali, etc.) degli Stati membri [ovvero agli operatori economici che, se del caso, vengono contattati per l'acquisizione in economia mediante il « cottimo fiduciario » di cui all'art. 125, co. 1, lett. b), e co. 4, del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 163/2006)].

Ebbene, proprio nell'ambito delle soluzioni dianzi indicate al punto n. 2, largamente praticate e di impatto rilevante per la PP.AA. e per la sua utenza interna ed esterna, è destinato ad operare, con positivi effetti nel settore pubblico, l'art. 9 della EUPL sopra trascritto. Ai sensi della clausola ivi prevista, infatti, le stazioni appaltanti possono tranquillamente procedere alla indizione di procedure di affidamento (così come alle procedure di acquisto in economia con cottimo fiduciario) richiedendo all'operatore economico (ad esempio nel bando di gara o nell'invito a formulare l'offerta e, sicuramente, nel contratto pubblico da stipulare ai sensi del D.Lgs. 163/2006):

a) di fornire alla P.A. il *software* OS dall'operatore economico ottenuto in licenza EUPL e da questi liberamente e facilmente scaricabile da Internet (es. sul sito dell'IDABC-OSOR);

b) di fornire, a titolo oneroso, assistenza ed altri servizi (es. consulenza; installazione; eventuale personalizzazione; manutenzione correttiva; formazione; etc.);

c) di assumere, contrattualmente, obbligazioni volte alla fornitura di garanzie (ivi inclusa quella per vizi e per evizione, quella di buon funzionamento, etc.) ed all'assunzione di responsabilità, tenendo in debito conto della specificità della soluzione tecnologica richiesta, delle esigenze della P.A. e di ogni altro elemento utile.

Tra i servizi contrattualmente richiesti ovvero tra le obbligazioni connesse alle garanzie ed alle responsabilità di cui l'operatore economico dovrà farsi carico (a fronte della fornitura del *software* OS da questi liberamente ed autonomamente prelevato da Internet), particolare attenzione potrà essere posta al controllo analitico del codice sorgente ed alla verifica della sua conformità agli standard di sicurezza ed, in particolare, alla normativa vigente in materia di protezione dei dati personali, anche con riferimento al « Disciplinary tecnico », Allegato « B » al Codice in materia di protezione dei dati personali. Può essere ad esempio contemplato nel bando o nell'invito ad offrire e, conseguentemente, nel contratto, che il fornitore è obbligato alla previa effettuazione del controllo dianzi indicato, nell'ambito del quale è tenuto, *inter alia*, anche alla verifica dell'assenza (ed all'eventuale rimozione in caso di presenza) di *back doors*, *spyware* ed altre minacce per la sicurezza del sistema e per la protezione dei dati personali, producendo l'attestazione di conformità alla normativa vigente ed il resoconto analitico dell'effettivo espletamento delle attività eseguite, con esplicita indicazione delle modalità tecniche ed operative nonché delle circostanze temporali che hanno connotato, nel caso concreto, l'effettuazione del predetto controllo.

Ancora, quanto al tema delle responsabilità e delle garanzie, non può sottacersi che l'art. 7 della EUPL, rubricato « *Esclusione della garanzia* », fissa dei limiti alla garanzia per il licenziante originario, dato che si trova ivi precisato, al co. 1, che « L'Opera è un'opera in divenire, che viene costantemente migliorata grazie all'apporto di diversi contributori. Non si tratta di un'opera finita e può pertanto contenere difetti o errori inerenti a questo tipo di sviluppo di programmi per elaboratori ». Di conseguenza,

al successivo co. 2 si trova stabilito che « Per tale ragione, l'Opera è concessa in Licenza "così com'è" e senza garanzie di alcun genere, ivi incluse, ma senza limitarsi a queste, quelle relative all'utilizzazione commerciale, all'idoneità a soddisfare una determinata funzione, all'assenza di difetti o errori, all'accuratezza, all'efficacia, alla non violazione di diritti di proprietà intellettuale diversi dal diritto d'autore come indicato all'articolo 6 della presente Licenza ». A corroborare l'effettività di tale previsione, l'art. 7, co. 3, della EUPL contiene un'ulteriore clausola, in forza della quale « La presente esclusione di garanzia costituisce parte integrante della Licenza e condizione per la concessione di qualsiasi diritto sull'Opera ».

Sorge dunque il problema di coordinamento tra tale previsione, che contiene limitazioni alle garanzie prestate dal licenziante e le connesse responsabilità, da una parte, e la previsione contenuta all'art. 9, che introduce il principio di modificabilità della EUPL, con patti aggiuntivi volti ad integrare le garanzie e le responsabilità originariamente previste.

Chiaramente non v'è un caso di antinomia, dato che i patti aggiuntivi devono considerarsi modificativi del principio generale espresso nell'art. 7, considerando che le ulteriori e più severe garanzie e responsabilità si muovono in una cornice in cui, solitamente, l'insieme delle prestazioni è valutabile in maniera unitaria come operazione economica complessiva resa a titolo oneroso.

V'è poi da rilevare che l'art. 7, nel limitare le garanzie e, soprattutto, nel rendere l'esclusione della garanzia « parte integrante della Licenza » e, addirittura, « condizione per la concessione di qualsiasi diritto sull'Opera », si riferisce alla garanzia offerta dal licenziante originario e non dai successivi sub-licenzianti che fanno uso dell'Opera mediante distribuzione o comunicazione della stessa. Infatti, come s'è già rilevato, l'ultima parte dell'art. 9 della EUPL, nel consentire l'assunzione di obbligazioni di garanzia e di responsabilità aggiuntive, distingue nettamente le obbligazioni del nuovo licenziante da quelle riferibili al licenziante originario o ad altri « Contributori » che hanno concorso a realizzare l'opera che viene distribuita.

V'è infine da considerare le clausole della EUPL, racchiuse nell'art. 12, che disciplinano l'ipotesi di « Cessazione della licenza ».

Segnatamente, al co. 1 di tale articolo è racchiusa la previsione secondo la quale « La licenza e i diritti da essa concessi cesseranno automaticamente di avere effetto ove il Licenziatario violi una qualsiasi delle condizioni previste dalla Licenza ».

Tale clausola rispecchia quanto diffusamente previsto anche in altre *public licenses*, nonché quanto si trova riportato nei contenuti di molte « licenze d'uso » di *software* proprietario circolanti sul mercato. Nel caso delle licenze pubbliche, tuttavia, la particolarità dello schema causale offre elementi di criticità ulteriori per il lavoro dell'interprete. Poiché la clausola è stata affrontata, soprattutto con riferimento alla *General Public License* (GPL) ma anche per altre licenze pubbliche di analogo tenore, in un dibattito nutrito che vede contrapposte visioni, ci si limita a rinviare alle osservazioni già rese in dottrina sull'argomento, che in questa sede, nell'economia del nostro discorso, non necessitano di essere ripetute⁹⁷.

⁹⁷ Si veda ancora una volta, in particolare, V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO,

Sistema e archetipi delle licenze open source, cit., pp. 234 ss.; G. SICCHIERO, *Linee di*

Nel riassumere le diverse posizioni dottrinali, le principali soluzioni accolte possono essere le seguenti:

a) la clausola in parola si sostanzia in una *clausola risolutiva espressa* di cui all'art. 1456 c.c. e come tale, affinché la risoluzione operi di diritto, occorrerà, per il nostro ordinamento giuridico, che la parte interessata dichiari all'altra che intende avvalersi della clausola risolutiva medesima⁹⁸;

b) la clausola in parola integra una *condizione risolutiva* che individua l'inadempimento di una delle parti quale evento al cui verificarsi viene fatta dipendere la cessazione dell'efficacia del contratto (c.d. *condizione d'inadempimento*)⁹⁹;

c) la clausola in parola incide sullo schema causale e fa configurare il contratto di licenza pubblica di *software OS* come un contratto di durata, senza previsione di termine finale e, dunque, a tempo indeterminato, con ogni conseguenza in ordine al potere delle parti di esercitare il *recesso* dallo stesso¹⁰⁰;

differenza tra contratti open e contratti proprietari, cit., pp. 313 ss.; P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., pp. 315 ss.; B. MUSTI, *I contratti a oggetto informatico*, cit., pp. 271 ss.; G. SANSEVERINO, *Le licenze free e open source*, Napoli, ESI, 2007; C. PIANA, *Licenze pubbliche di software e contratto*, in *Contratti*, 2006, n. 7, pp. 720 ss.

⁹⁸ Occorre però, per il nostro ordinamento giuridico, che si tratti di inadempimento di non lieve entità, stante il disposto di cui all'art. 1455 c.c. per il quale, com'è ben noto, « Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra ». Cfr., su tale posizione, M.S. SPOLIDORO, *Open source e violazione delle sue regole*, cit., p. 97, il quale rileva sotto tale profilo l'incongruenza tra la disciplina della clausola risolutiva espressa prevista nel nostro sistema civilcodicistico e la formulazione della clausola contenuta nella GPL e nelle analoghe *public licenses* che soddisfano i requisiti della *Open Source Definition*.

⁹⁹ Tale soluzione, astrattamente teorizzabile, incontra taluni dubbi in ordine alla sua giuridica ammissibilità nel nostro ordinamento. Valga, in proposito, quanto acutamente osservato da accorta dottrina, secondo la quale, mentre è da ritenersi ammissibile la c.d. « condizione di adempimento », ove l'adempimento di una parte è condizione sospensiva degli effetti del contratto, a diverso ragionamento portano le riflessioni aventi ad oggetto « la condizione d'inadempimento, cioè la condizione (risolutiva) che all'inadempimento della parte fa seguire lo scioglimento del contratto: il contratto fra X e Y produce intanto i suoi effetti, ma questi cadranno se X sarà inadempiente. Qui possono nascere dubbi:

non tanto perché si dedurrebbe a condizione un illecito; quanto per la contiguità con l'area della clausola risolutiva espressa, e per l'esigenza di non consentire elusioni dei principi che governano quest'ultima » Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 621. L'A. prosegue poi il suo ragionamento rilevando, in maniera molto sottile, che « Se si deducesse l'inadempimento di una parte a condizione risolutiva del contratto (...), si avrebbe un meccanismo apparentemente simile a quello della clausola risolutiva espressa. In realtà, ci sarebbero differenze: l'effetto risolutorio sarebbe *automatico* (anche se evitabile con la rinuncia della parte interessata alla condizione, certamente unilaterale), anziché legato alla dichiarazione di avvalersi della clausola; e opererebbe con *retroattività reale* anche in odio ai terzi, anziché limitarsi a retroagire tra le parti (...). Se il non automatismo e la non retroattività (reale) dell'effetto risolutorio, dipendente dall'inadempimento, dovessero considerarsi principi di ordine pubblico, ne conseguirebbe l'inammissibilità della condizione d'inadempimento. Invece ammissibile, se quei principi si qualificassero derogabili ». Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 969. Trasponendo il ragionamento in ordine alla clausola contenuta nella licenza pubblica di *software OS*, appare chiaro che il dubbio sulla sua validità permane e sono aperte in linea teorica entrambe le soluzioni, in relazione alle quali l'antinomia finirà per essere composta a seguito del consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali su eventuali contenziosi.

¹⁰⁰ Così P. SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, cit., p. 332, per il quale « seppur il contratto di licenza *open source* è una convenzione atipica di carattere gratuito, esso in ogni caso trasferisce dei diritti

d) la previsione è da ritenere collegata alla facoltà del titolare dei diritti sul *software* concessi dalla tutela autoriale (L. 633/1941) di autorizzare soggetti terzi all'esercizio, anche parzialmente ed in via non esclusiva, di tali diritti, con la conseguenza che la disposizione relativa alla cessazione della licenza è da collocare a monte della regola di natura pattizia e quindi, a prescindere dal contratto, si sostanzierebbe in una unilaterale *revoca dell'autorizzazione* all'esercizio dei diritti sull'opera dell'ingegno (programma per elaboratore), con preclusione in ordine ad ogni utile esercizio di tali diritti da parte del soggetto nei cui confronti è stata revocata l'autorizzazione¹⁰¹.

Le diverse soluzioni portano a conseguenze diverse in ordine al regime applicabile ed all'individuazione dei presupposti per l'accertamento dell'effettiva cessazione della licenza.

Si pensi, ad esempio, alla differenza di disciplina, quanto all'individuazione del momento di « cessazione della licenza », nel caso in cui la clausola di cui all'art. 12, co. 1, sia intesa come clausola risolutiva espressa o come condizione risolutiva, giacché nel primo caso la clausola non opera automaticamente e richiede sia l'attività del soggetto legittimato a farla valere, sia l'indagine sulla rilevanza di non lieve entità dell'inadempimento; viceversa, nel secondo caso, in linea di principio, la condizione risolutiva sospenderebbe automaticamente l'efficacia del contratto ed anche ove l'inadempimento fosse non significativo per l'altra parte contraente, la quale si vede spogliata, in questo modo, del potere di esercitare il controllo, a proprio vantaggio e discrezionalmente in sede di esecuzione del rapporto,

da un soggetto ad un altro ed il trasferimento in questione non è caratterizzato dalla definitività, dato che in presenza di una condotta posta in essere dall'utente e non ammessa dal soggetto concedente, si produce una perdita delle facoltà trasmesse, con l'effetto del ripristino della situazione originaria. Ciò equivale a dire, dunque, in altri termini, che il contratto atipico di cui trattasi non costituisce un vincolo perpetuo tra le parti, e dunque, come tutti i contratti che concedono dei diritti di utilizzo di un bene, è un contratto di durata, che non può essere illimitata, perché violerebbe un principio di ordine pubblico, posto a tutela della libertà contrattuale. Non essendo ammissibile un vincolo *ad aeternum*, si può ritenere che il soggetto concedente abbia sempre la facoltà di revocare il diritto d'uso trasmesso a terzi; si ammette, in sostanza, come in altri contratti a carattere gratuito, la possibilità di recesso unilaterale da parte del licenziante, senza che occorra una causa particolare o un giustificato motivo ».

¹⁰¹ Anche per tale posizione cfr. M.S. SPOLIDORO, *Open source e violazione delle sue regole*, cit., p. 101, per il quale, a conclusione del suo discorso, la « licenza (...) sta fuori e al di sopra del contratto di di-

stribuzione, nel senso che lo precede e lo regola, all'interno di un quadro normativo che presenta molti caratteri del diritto oggettivo. Le conseguenze di questi rilievi sono notevoli. Se la licenza non è un contratto, ma consenso (revocabile) *erga omnes* al compimento di attività riservate al titolare del diritto d'autore sul software (dunque un atto volontario di autolimitazione del diritto d'autore che, per la sua destinazione al pubblico e la sua larga accettazione sociale almeno da parte di una comunità rilevante di persone, ha però acquisito, o tende ad assumere, anche un valore di "diritto obiettivo"), le regole relative all'esercizio della licenza ed alla sua revoca in caso di violazione dei limiti della licenza non sono riconducibili soltanto alla prospettiva "individuale" della risoluzione del contratto per inadempimento, ma costituiscono, anche sul piano individuale, atto di conformazione del contenuto del diritto di utilizzazione concesso dal titolare al licenziatario. Il licenziatario può esercitare i diritti licenziatigli, ma solo entro i limiti della concessione; e il consenso cessa di avere effetto quando i limiti sono superati. L'azione del titolare contro il licenziatario infedele è dunque azione a tutela del diritto d'autore ».

dei correttivi che l'ordinamento giuridico attribuisce alla parte che subisce l'inadempimento.

Vero è che sarebbe quanto mai opportuno, in sede di appalto, che le PP.AA. procedessero, nell'attesa di un emendamento del testo dell'attuale EUPL v. 1.0 volto a fare maggior chiarezza in ordine all'ambiguità dell'espressione usata nell'art. 12, co. 1, della EUPL, a dirimere in via preventiva i contrasti con gli operatori economici selezionati tramite una delle procedure ammesse dal Codice dei contratti pubblici, indicando, sia nel bando o nell'invito ad offrire, sia nel contratto da stipulare, il senso da attribuire alla clausola in questione, ove la EUPL venga trasferita dall'appaltatore sub-licenziante alla P.A. licenziataria. Ebbene, per tali ipotesi il contratto di appalto può contenere una clausola interpretativa della clausola contenuta nell'art. 12, co. 1, della EUPL, in modo da evitare che l'incertezza si ripercuota successivamente nei maggiori costi di esercizio del contratto o di gestione, anche in sede processuale, delle crisi del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed appaltatore.

Ad ogni modo, per salvaguardare gli effetti dei singoli aventi causa nella catena di trasmissione della licenza, l'art. 12, co. 2, si premura di stabilire che « Tale cessazione non comporterà cessazione delle Licenze concesse a persone che abbiano ricevuto l'opera dal Licenziatario a norma della Licenza, sempreché tali persone ottemperino integralmente alle clausole della Licenza stessa »¹⁰².

Si apprezza dunque, dall'insieme coordinato delle clausole della EUPL, sia il linguaggio familiare agli istituti giuridici ed alle categorie nostrane, sia il tessuto normativo più facilmente spendibile nei rapporti con la P.A. e nelle procedure per l'acquisizione di beni e servizi nel settore ICT, rispetto a quanto non possa avvenire utilizzando il contenuto delle *Public Licenses* americane per la distribuzione del *software* OS, di gran lunga più distanti dall'esperienza giuridica del *public sector* di area europea¹⁰³.

¹⁰² La clausola mira a risolvere uno degli aspetti più critici delle licenze pubbliche relative al *software* OS. Sugli aspetti problematici connessi alla posizione dei terzi aventi causa, che hanno acquistato cioè diritti dall'utente licenziatario al quale sono stati successivamente revocati i diritti di utilizzo da parte dell'originario titolare licenziante cfr., con riguardo alle licenze pubbliche diverse dalla EUPL, V. ZENO ZENCOVICH-P. SAMMARCO, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, cit., pp. 262 ss., i quali rilevano comunque la possibilità di invocare il disposto di cui all'art. 1458, co. 2, c.c., che fissa il noto principio secondo cui i diritti acquistati dai terzi non vengono pregiudicati dalla risoluzione del contratto tra le parti originarie, neanche qualora la risoluzione sia stata espressamente pattuita. Con la formulazione della clausola di cui all'art. 12, co. 2, della EUPL le criticità appaiono comunque risolte anche sul piano contrattuale.

¹⁰³ Si tenga conto che le norme sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, oggetto della riforma avvenuta nell'ordinamento italiano con il relativo codice, introdotto con D.Lgs. 163/2006, sono di derivazione comunitaria, essendo racchiuse nelle Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, tra le quali assumono preminente importanza la Direttiva 2004/17/CE «che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali» e la Direttiva 18/2004/CE «relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi». Per un commento ad esse cfr. L. FIORENTINO-C. LACAVA (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004 (vol. n. 9 dei *Quaderni del Giornale di diritto amministrativo*, diretti da S. Cassese).

Per altro verso, v'è infine da osservare come l'introduzione dell'EUPL abbia aperto nuove frontiere al diritto contrattuale europeo. Infatti, la redazione, l'adozione e la diffusione, in tutte le lingue ufficiali della Comunità europea, di modelli contrattuali direttamente provenienti dalle istituzioni comunitarie pare destinato a produrre un effetto in parte simile all'affermazione dei modelli contrattuali circolanti nella prassi commerciale e diffusi in ambito ultranazionale per effetto dell'attività di contrattazione portata avanti, per la gran parte dei casi, dalle multinazionali o, comunque, dalle imprese che riescono a far valere la loro forza negoziale nell'ambito delle loro strategie di internazionalizzazione. Nel caso dell'EUPL, tuttavia, il fenomeno è davvero peculiare, perché si ha l'immediata circolazione multilingue del modello contrattuale, attraverso il canale istituzionale europeo, al quale da tempo i singoli Stati membri rimettono le decisioni in ordine all'armonizzazione progressiva delle singole legislazioni nazionali. Il panorama delle fonti sembra dunque arricchirsi, ora, di un nuovo e significativo strumento per l'elaborazione e la diffusione del diritto contrattuale uniforme di origine comunitaria.