

ROSARIO D'ARRIGO

## PROSPETTIVE DELLA C.D. « LICENZA A STRAPPO » NEL NOSTRO ORDINAMENTO

**SOMMARIO:** 1. Nascita e contenuto della c.d. « licenza a strappo ». — 2. Efficacia delle clausole della c.d. « licenza a strappo »: nell'ordinamento statunitense. — 3. (*segue*): In ambito europeo. — 4. La situazione italiana.

### 1. NASCITA E CONTENUTO DELLA C.D. « LICENZA A STRAPPO ».

Questo modello contrattuale è nato nei primi anni ottanta negli Stati Uniti a seguito del radicale mutamento della struttura della distribuzione<sup>1</sup> e come reazione da parte delle case proprietarie di programmi nei confronti della c.d. pirateria *software*, cioè la duplicazione non autorizzata e, soprattutto, non remunerata dei loro programmi<sup>2</sup>, effettuata non mediante un collegamento in rete tra elaboratori, ma « *off-line* ». Un problema precipuo del *software* prodotto per una vasta diffusione sul mercato, destinato cioè ad un'ampia schiera di utenti individuali ovvero imprese di piccole e medie dimensioni. Questi *packages* dalle caratteristiche tecniche standardizzate sono commercializzati tramite contrattazioni impersonali<sup>3</sup>, attraverso i canali della distribuzione di massa (rivenditori al dettaglio, sia specializzati sia generici, ordinativi postali, ecc.<sup>4</sup>), nei confronti di utilizzatori che non hanno solitamente un rapporto continuativo o di fiducia con il proprietario del *software*. Infine, il prezzo del « *mass-marketed software* », pur modico in sé, è elevato rispetto al costo della sua duplicazione, la quale è relativamente facile e difficilmente scopribile. Circostanza che costituisce, evidentemente, terreno fertile per il diffondersi di questo tipo di pirateria informatica ma che, altrettanto chiaramente, spinge le *software houses* verso diverse e più sicure forme di in-

<sup>1</sup> FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Cedam, Padova 1993, p. 99.

<sup>2</sup> STERN, *Shrink-wrap Licence of Mass-Marketed Software: Enforceable Contracts of Whistling in the Dark?*, in XI (1985), *Rutgers Computers and Technology Law Journal*, pp. 51-92, p. 51.

<sup>3</sup> E, quindi, si differenziano dal c.d. « *customized software* », cioè un tipo di programma adattato alle esigenze del clien-

te che ha un rapporto con la *software house* solitamente basato su un contratto di sviluppo. Anche quest'ultimo modello negoziale, peraltro, è sempre più spesso standardizzato o relativamente immodificabile. STERN, *op. cit.*, p. 51.

<sup>4</sup> SMITH, *Shrink-wrap Licences in Europe after the EC Software Directive*, in XI, n. 4, dicembre 1992, *Computer Law Journal*, pp. 597-606, p. 597.

vestimento, rendendo il *software* accessibile ad un minor numero di utilizzatori<sup>5</sup>. Secondo l'originaria formulazione statunitense, la « *shrink-wrap licence* » (o « *top-box licence* » o « *tear-open licence* ») è stata ritenuta la migliore soluzione a questi problemi, potendo conciliare l'esigenza dei produttori di uniformare e velocizzare le transazioni con i « micrountenti »<sup>6</sup> con l'impossibilità di concludere ogni contratto per iscritto e di controllare la varietà di canali distributivi non omogenei.

Oggetto di questo contratto sono i diritti di uso e non di disposizione del bene: i modelli contrattuali delle varie case produttrici espressamente escludono che la licenza d'uso costituisca un trasferimento della proprietà del *software*<sup>7</sup>. Quest'ultimo, pertanto, in quanto bene immateriale, non è oggetto del contratto concluso tra il rivenditore/casa produttrice ed il licenziatario, e questi non ne acquista la disponibilità (nel senso di un pieno diritto di proprietà) che, viceversa, rimane in capo al licenziante. Il licenziatario acquista soltanto il diritto di utilizzare la singola riproduzione del *software* oggetto del contratto (non qualificabile quindi come compravendita), nel rispetto delle sue previsioni. Nel modello in esame, evidentemente, la clausola principale è quella stessa inerente lo « strappo ». Infatti, al momento dell'acquisto di un pacchetto *software*, si ha fisicamente davanti una confezione avvolta in un involucro di plastica trasparente che darebbe la possibilità (potendo e volendo) di leggere numerose condizioni contrattuali inerenti il bene che si sta per comperare.

1) La prima di tali clausole, per l'appunto, e con forme equivalenti in tutti i modelli esaminati<sup>8</sup>, avverte a chiare lettere che l'apertura della confezione sigillata contenente il programma ed il manuale esplicativo (« strappando » l'involucro) comporta l'accettazione dell'accordo di licenza, nei termini stampati al di sotto. Se non vi si vuole aderire è necessario non aprire la confezione, e restituirla prontamente al rivenditore o alla *software house* per un completo rimborso<sup>9</sup>.

2) La clausola più restrittiva (ma sulla quale i proprietari fanno il più ampio affidamento per prevenire pratiche a loro sfavorevoli<sup>10</sup>), è quella ri-

<sup>5</sup> Senza contare una certa ostilità da parte degli utilizzatori finali nei confronti dei rivenditori di prodotti informatici, ritenuti colpevoli di offrire un bene di valore inferiore rispetto a quanto richiesto. Un'opinione che, secondo i proprietari, induce molti utenti a ledere i loro diritti sui programmi. STERN, *op. cit.*, p. 52. Tutto ciò richiama alla mente l'analoga situazione venutasi a creare, e tuttora in essere, con l'avvento della fotocopiatrice nel campo dell'editoria.

<sup>6</sup> Come definiti da FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 99.

<sup>7</sup> FINOCCHIARO, *op. cit.*, pp. 90-91. Come confermato ed avvalorato dalla circostanza che la Camera di Commercio di Milano ha accolto la richiesta di recepire nella raccolta ufficiale degli usi e consuetudini della Camera di Commercio stessa l'uso di considerare il contratto di licenza d'uso o di concessione in uso di *software*, cessione di un diritto di utilizzazione e non tra-

sferimento di un diritto di proprietà: FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 77. Si veda inoltre LEONE, *La concessione del software fra licenza e locazione*, in ALPA-ZENO-ZENOVICH, a cura di, *I contratti di informatica*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 349-360.

<sup>8</sup> Si vedano in proposito le appendici all'articolo di STERN, *cit.*, p. 71 e ss.; e inoltre HOFFMANN, *The Software Legal Book*, Shafer Books Inc., New York, 1985, *appendix E-1*, oltre a CAMMARATA, *L'opinione dei produttori*, in *MCMicroComputer*, n. 132, settembre 1993, p. 168.

<sup>9</sup> Per rendere più chiara la situazione ho ritenuto opportuno, salvi i casi di citazione esplicita, interpolare tra loro gli esempi di licenze a strappo che ho potuto esaminare.

<sup>10</sup> In particolare, fenomeno pressoché esclusivo del mercato americano, il noleggio di *software* da parte di società ritenute colpevoli di renderne possibile l'utilizzo ad altri soggetti senza le dovute autorizzazioni

guardante la c.d. ritenzione del titolo. In base ad essa, come accennato, l'acquirente è chiamato ad accettare di essere unicamente un mero licenziatario o depositario del *software*, senza poter vantare alcun diritto di proprietà<sup>11</sup>.

3) In connessione, è frequente una clausola che vieta la locazione e il *leasing* del *software*, ma al contempo permette il trasferimento dei diritti concessi ai sensi del contratto, a patto che il cessionario ne accetti le condizioni e che vengano trasferite tutte le copie del *software* con i relativi manuali, ovvero salvo previo consenso scritto da parte della *software house*.

4) Dopo queste precisazioni di tipo giuridico (e tralasciandone altre di uso più generale, come quelle inerenti alla durata del contratto<sup>12</sup>, alla sua risoluzione<sup>13</sup>, alle limitazioni di responsabilità a favore della *software house*<sup>14</sup> ed alle garanzie sul funzionamento del programma<sup>15</sup>), si passa a prescrizioni che disciplinano l'uso del *software* dal punto di vista tecnico: clausole che vietano di (A) modificare il programma, (B) incorporarlo — «*merge*» — in un altro, e (C) riconvertirlo nel «*codice sorgente*» originario, decodificarlo, decompilarlo o disassemblarlo, pena la risoluzione del contratto. Si tratta di disposizioni funzionali ad impedire ad utilizzatori altamente preparati di ottenere dal *software* ricevuto un *quid pluris* dal

da parte delle *software houses*. STERN, *op. cit.*, p. 52.

<sup>11</sup> STERN, *op. cit.*, p. 53. I vari modelli contrattuali dichiarano questa situazione con espressioni simili: «il *software* è di proprietà della... o dei suoi fornitori», CAMMARATA, *op. cit.*, p. 168; e ancor più chiaramente: «accettando questa licenza, [l'acquirente] non diventa proprietario dei materiali, ma ha il diritto di usare i materiali secondo quanto stabilito e nei limiti di questo contratto», STERN, *op. cit.*, p. 54; oppure: «questa licenza non costituisce vendita del *software* originale..., e nessuna espressione contenuta nel presente accordo può essere interpretata al fine di... trasferire qualsiasi diritto di proprietà sul *software*» (si tratta di una traduzione personale da un modello di licenza a strappo di prodotto della Hitachi Ltd).

<sup>12</sup> Generalmente, i modelli standard di licenza d'uso sono a tempo indeterminato oppure prevedono una rinnovazione tacita, mentre altri prevedono una durata ventennale. Si tratta di precisazione pleonastica, in quanto la vita media di un programma si attesta fra i cinque ed i dieci anni. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, cit., p. 92 e p. 70.

<sup>13</sup> Chiaramente, la violazione di una qualsiasi disposizione contrattuale comporta la sua risoluzione, in virtù di una clausola risolutiva espressa. In questa ipotesi è anche previsto l'obbligo per il licenziatario di restituire o distruggere le copie del *software* di cui sia in possesso. Talvol-

ta, peraltro, i modelli contrattuali prevedono la facoltà di recesso per entrambi i contraenti. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 93.

<sup>14</sup> Qualsiasi contratto di licenza d'uso si premura di porre in evidenza che la *software house* non potrà essere considerata responsabile per qualsiasi danno diretto, prevedibile o conseguente (quali la perdita di profitti o di dati salvati) derivanti dall'uso o dal difetto di utilizzabilità del programma, quando quest'ultima possibilità sia stata segnalata dal produttore o dal rivenditore (come regolarmente avviene, e si veda anche, al riguardo, la nota seguente).

<sup>15</sup> Oltre a limiti di durata della garanzia, in molti casi non viene nemmeno garantita l'idoneità del programma agli impieghi per i quali viene reclamizzato (compresa l'interoperabilità con altri *packages*). CAMMARATA, *Il software è protetto. E l'utente?*, in *MCMicroComputer*, n. 129, maggio 1993, p. 142. In proposito, però, si fa notare (sulla scia di FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 96) che la fruizione del *software* non è passiva (come quella di un libro), ma interattiva. Il *software*, infatti, è un bene strumentale: non è valutato in sé, ma in base alle funzioni che svolge ed alle prestazioni che raggiunge. Non si possono infatti costringere gli utenti finali ad avvalersi dei recenti modelli assicurativi predisposti a tutela del c.d. «rischio informatico» (c.d. «polizza *allrisks*»). Al riguardo, si rinvia a STORACE, *La copertura assicurativa del rischio informatico*, in questa Rivista, 1986, pp. 652-660, oltre a ALPA, *Responsa-*

punto di vista tecnologico, e conseguentemente economico, di cui la *software house* verrebbe privata<sup>16</sup>.

Sovente, infine, è prevista una disposizione in tema di invio di aggiornamenti (« *updates* ») del programma licenziato. Si richiede a tal fine che l'acquirente compili e spedisca al produttore una cartolina (« *registration card* ») che però comporta, oltre alla possibilità di ricevere gli aggiornamenti e di fruire delle limitate garanzie previste dall'accordo, anche accettazione espressa del regolamento contrattuale<sup>17</sup>.

## 2. EFFICACIA DELLE CLAUSOLE DELLA C.D. «LICENZA A STRAPPO» - NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE.

Il venditore/fornitore si trova di fronte a tre problemi fondamentali: in primo luogo, si tratta di contratti rientranti nella categoria dei « contratti per adesione », e pertanto, inapplicabili se sfavorevoli ai consumatori; inoltre, sussiste un grave problema probatorio sull'effettiva esistenza di un mutuo consenso riguardo i termini della licenza d'uso (prescindendo dal problema della capacità a contrarre dei minori<sup>18</sup>); un terzo quesito sorge per la totale mancanza di *consideration*<sup>19</sup>.

Sotto il primo profilo, l'idea che l'apertura di una confezione (condizione necessaria affinché il compratore riceva un qualche beneficio dal suo acquisto) possa essere considerata come accettazione delle clausole contrattuali prima esaminate è stata definita sconvolgente<sup>20</sup>. Per tutelare in qualche misura l'acquirente, negli Stati Uniti, si è fatto ricorso all'art. 2 dell'*Uniform Commercial Code*<sup>21</sup>, inerente la vendita di merci (*sale of goods*). Si è però posto preliminarmente il duplice problema di stabilire se questa ipotesi integri un contratto di compravendita e se il *software* possa essere considerato « bene », ai sensi della normativa citata ed ai fini della sua applicabilità<sup>22</sup>, e non piuttosto « prestazione di servizi ». Sul-

bilità civile ed elaboratore elettronico, in questa Rivista, 1986, pp. 387-393.

<sup>16</sup> Talvolta, però, nel contratto si stabilisce che anche il materiale così ottenuto rimane di proprietà del produttore: si veda un esempio in STERN, *Shrink-wrap Licence of Mass-Marketed Software: Enforceable Contracts or Whistling in the Dark?*, cit., p. 65. Inoltre, l'utilizzo del *software* è limitato ad un singolo computer, rectius ad una singola CPU (*Central Processor Unit*), e se si intende utilizzarlo su più elaboratori bisogna farsi licenziare tante copie quanti sono i calcolatori o concludere un c.d. « contratto multiplo », secondo la prassi tipica *Microsoft*, e prima ancora, *Micropro*. Si vedano in proposito FINOCCHIARO, op. cit., p. 71 e STERN, op. cit., p. 69.

<sup>17</sup> FINOCCHIARO, op. cit., p. 100. Nel regolamento menzionato è previsto anche che l'utente, al momento in cui riceve gli aggiornamenti, sia obbligato a distruggere tutto il materiale relativo alla precedente

versione, incluse la documentazione e le eventuali copie o modifiche, salvo diversa autorizzazione da parte della *software house*.

<sup>18</sup> BENDER, *Software Protection*, in *Computer Law*, I, New York (1985), par. 4A02[1], p. 4A-35.

<sup>19</sup> SCOTT, *Computer Law*, Wiley Law Publications, New York, 1987, par. 6.31, p. 6-28.

<sup>20</sup> STERN, op. cit., p. 55.

<sup>21</sup> Come noto, l'*Uniform Commercial Code* (UCC o Code), proposto negli anni '50, è stato adottato, con minime variazioni, dalla totalità degli Stati, eccetto la Louisiana ed il Distretto di Columbia. Esso si inserisce nel processo di unificazione della legislazione dei vari Stati dell'Unione, perseguita attraverso « *uniform laws* » o « *modern laws* ».

<sup>22</sup> Per l'art. 2 dell'UCC « *goods* » sono considerate « *all things (including specially manufactured goods) which are mova-*

l'argomento si sono impegnati numerosi autori<sup>23</sup> ed anche la giurisprudenza ha cercato di contribuire a chiarire i termini della questione aumentando (ma, probabilmente, in qualche misura forzando) la forza espansiva dell'UCC: pur annoverandosi decisioni favorevoli alla sua applicabilità anche in tema di licenza d'uso<sup>24</sup>, tuttavia i dubbi non sono stati completamente dissipati, soprattutto per la difficoltà di qualificare l'« *unbundled* » software (fornito cioè separatamente dall'*hardware*) come « bene » (secondo la definizione data), in relazione alla sua prevalente connotazione di « prestazione di servizi »<sup>25</sup>.

Con riguardo al problema del consenso, ugualmente sconcertante è stata ritenuta la circostanza per cui un soggetto diviene parte di un contratto bilaterale (a lui sfavorevole) unicamente tramite un « avviso » (« *notice* ») dell'altra<sup>26</sup>. A differenza di altri materiali coperti dal diritto d'autore (quali libri o dischi), che notoriamente non possono essere legalmente duplicati o copiati, in questo campo gli utilizzatori presumono infatti di avere la piena disponibilità dell'articolo che hanno acquistato. Ma, a meno che l'acquirente non abbia effettivamente letto le condizioni contrattuali stampate a caratteri molto minuti sulla confezione sigillata prima di concludere il contratto (e che questa circostanza venga provata o ammessa dal compratore in un'aula di giustizia), il venditore difficilmente potrà renderle applicabili. È molto improbabile, infatti, che in una simile situazione un giudice rilevi la presenza di un incontro di volontà<sup>27</sup>.

A ciò si collega la terza questione sopra accennata: la totale mancanza di *consideration*. L'acquirente di un programma per elaboratore presume che il suo acquisto comprenda tutte le facoltà connesse con la proprietà di quell'articolo, come in ogni altro caso. Egli ha pagato il prezzo del bene acquistato, e in cambio dovrebbe averne ricevuto la disponibilità. Ma, ad una lettura più attenta di quanto scritto sulla « sua » confezione, si trova di fronte ad una nuova offerta del rivenditore: diventare parte di un diverso accordo, una licenza d'uso (c.d. « *limited copyright licence* »<sup>28</sup>). All'acquirente si chiede nuovamente qualcosa come *consideration*: in sostanza, una parte dei diritti che rientrano nella piena proprietà

*ble at the time of identification to the contract for sale* », SCOTT, *op. cit.*, par. 6.33, p. 6-30.

<sup>23</sup> Oltre ai passi già citati di SCOTT e STERN, si rinvia a HOROVITZ, *Computer Software as a Good under the UCC: Taking a Byte out of the Intangibility Myth*, in 65 (1985) *Boston University Law Review*, pp. 128-164 e a LEVIN, *Examining Restraints on Freedom to Contracts as an Approach to Purchaser Dissatisfaction in the Computer Industry*, in 74 (1986) *California Law Review*, pp. 2101-2141. La determinazione della natura del *software*, poi, rileva anche sotto il profilo concernente il suo regime impositivo: si veda in proposito COWDREY, *Software and Sales Taxes: the Illusory Intangible*, in 63 (1983) *Boston University Law Review*, pp. 181-221.

<sup>24</sup> ROSSELLO, *La responsabilità da ina-*

*deguito funzionamento di programma per elaboratore elettronico: aspetti e problemi dell'esperienza Nord-Americana*, in ALPA, a cura di, *Computers e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 106.

<sup>25</sup> SCOTT, *op. cit.*, par. 6.34, p. 6-31.

<sup>26</sup> STERN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>27</sup> Senza esito rimane anche il tentativo di attirare l'attenzione degli acquirenti sulle condizioni contrattuali prima dell'acquisto mediante la clausola vista nel paragrafo precedente, *sub* 1): infatti, non sussiste alcun obbligo di lettura di tali clausole a carico del compratore, e pertanto, mancando questo presupposto o, quantomeno, non potendo essere provato, sarà molto difficile renderle applicabili.

<sup>28</sup> SAXBY, a cura di, *Encyclopedia of Information Technology Law*, I (1990), London Sweet & Maxwell, p. 3012.

di quella copia del programma<sup>29</sup>, nel momento in cui la *software house* gli comunica di esserne rimasta l'esclusiva proprietaria. Ma il « titolo » non può essere ritenuto solo affermando questa volontà. E i diritti non possono essere creati mediante atti simbolici (come lo « strappo »), nei confronti di una parte che si trova parecchi gradini al di sotto nella scala distributiva del prodotto, invece che in regime di *privity of contract* con il proprietario del *software*<sup>30</sup>. Allo stesso modo, anche la disposizione che vieta la locazione/il *leasing* del *software* è fra le più discusse della *shrink-wrap licence*. Tra le altre<sup>31</sup>, appare interessante l'obiezione secondo cui, generalmente, « noleggio del *software* » è un eufemismo di « pirateria informatica »: se, effettivamente, le « *rental companies* » dessero solo la possibilità a potenziali acquirenti di provare un programma costoso prima di comprarlo, renderebbero un servizio vantaggioso alle stesse *software houses*. Ma in realtà queste società rendono accessibile il *software* a soggetti che si limitano a trarne copie non autorizzate. Si tratta, peraltro, di situazione difficile da scoprire ed ancor più da provare, sicché il proprietario del *software* sicuramente perderebbe una causa intentata per violazione del *copyright*. Ma inserendo un divieto di locazione/*leasing* del *software* venduto, il detentore del *copyright* può citare il locatore in giudizio per violazione del contratto. Pur non potendo provare un danno diretto, potrà ottenere un'inibitoria, e la condanna del convenuto per future violazioni, con un miglioramento rispetto alla situazione precedente.

A prescindere dalla difficoltà di provare che noleggio significhi pirateria, le Corti riterrebbero probabilmente che espedienti così fragili come la ritenzione del titolo ed il divieto di locazione/*leasing* non giustifichino il rifiuto nei confronti dell'acquirente di un prodotto protetto da *copyright* di farne ciò che vuole. Infatti, interpretando la *Section 109(a)* del 1976 *Copyright Act*, come riformato<sup>32</sup>, a sua volta sulla base di un'ampia casistica precedente, si è ritenuto che la prima vendita di un articolo coperto dal diritto d'autore da parte del suo titolare privi quest'ultimo di qualsiasi diritto di controllarne l'ulteriore circolazione e di ogni potere di regolamentare l'esercizio delle facoltà ad esso inerenti o il suo utilizzo (c.d. « *first sale doctrine* »). Applicando una simile costruzione al divieto di locazione di un programma per elaboratore, si otterrebbero risultati devastanti.

L'analisi delle clausole inerenti l'uso del *software* comporta il rinvio alla *Section 117* del *Copyright Act*, come modificato dal *Computer Software*

<sup>29</sup> SCOTT, *op. cit.*, p. 6-29.

<sup>30</sup> STERN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>31</sup> Da una parte le società che si occupano del noleggio di *software* affermano che gli utilizzatori finali devono poter provare dei programmi costosi prima di comprarli per valutare se, in effetti, soddisfano le loro necessità. Dall'altra, i rivenditori sostengono che si tratta di un metodo surrettizio per soppiantare le vendite a favore di utilizzatori finali « a tempo » che, altrimenti, dovrebbero acquistare le copie del programma. Si tratta, peraltro, di assunti indimostrabili e, quindi, poco rilevanti per una valutazione corretta della questione. STERN, *op. cit.*, p. 57.

<sup>32</sup> La legge del 1976 fu vista come un importante e decisivo sforzo per adeguare il sistema americano sul diritto d'autore ai principi generali della Convenzione di Berna, stipulata il 9 settembre 1986 ed entrata in vigore il 5 dicembre 1987, cui gli Stati Uniti non avevano ancora aderito. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Maggiori Ed. Rimini, 1989, p. 85. Il testo vigente della norma è il seguente: « *[The] owner of a particular copy... lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy* ». 17 USC par. 109(a) (1982).

*Copyright Act 1980*<sup>33</sup>. Dagli scarsi lavori preparatori si desume che la *ratio* della norma è di favorire l'uso dei programmi per elaboratore per ottenerne miglioramenti tecnici. Un diritto in un primo tempo attribuito a qualsiasi « *lawful possessor* » di una copia del *software*, poi concesso, nella versione definitiva della disposizione, unicamente agli « *owners* »: un mutamento terminologico da cui si è dedotta la possibilità per i titolari dei diritti sul *software* di impedire l'esercizio del diritto di modificare<sup>34</sup> e incorporare il programma utilizzando modelli contrattuali diversi dalla vendita<sup>35</sup>. In via di compromesso, alcuni modelli di licenza a strappo vietano il trasferimento del programma ottenuto con l'operazione di *merge* (pena la risoluzione del contratto), ma non la fusione in sé (con ovvi vantaggi economici)<sup>36</sup>. In ogni caso, queste clausole comportano una nuova dazione di *consideration* da parte dell'acquirente, il quale, però, non riceve nulla in cambio. E pertanto, anche se il compratore firma ed invia la « *registration card* », non sussiste alcun contratto vincolante nei suoi confronti, poiché non ha ricevuto alcuna *consideration* per averlo fatto<sup>37</sup>.

In conclusione, già nell'ordinamento statunitense d'origine, nessuna delle clausole restrittive della licenza a strappo può ritenersi applicabile nei confronti di alcun soggetto, sia esso l'acquirente-utilizzatore finale ovvero un terzo al corrente della sua esistenza e del suo contenuto. Rimane sempre da dimostrare l'esistenza di un accordo tra l'acquirente-utilizzatore finale ed il licenziante-proprietario del *software*<sup>38</sup>. Considerata la len-

<sup>33</sup> Modifica attuata sulla base del « *CONTU (COMmission on New Technological User of copyrighted works) Final Report* » del 31 luglio 1978: in tal modo gli Stati Uniti sono stati il primo Paese ad aver emanato una normativa apposta per la protezione giuridica dei programmi per elaboratore. Si vedano in proposito FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 84 e ss., ed inoltre, GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova 1994, p. 101 e ss. Il testo della norma è il seguente: « *Limitations on exclusive rights: computer programs it is not an infringement for the owner of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaption of the computer program...* ». (In origine il *Copyright Act* non menzionava espressamente i programmi per computer come opere proteggibili, ma l'opinione prevalente, seguita anche dalla giurisprudenza, era che il *software* potesse venire protetto come « *literary work* ». FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 86).

<sup>34</sup> In particolare la clausola che proibisce la riconversione, decodificazione, decompilazione e disassemblaggio del programma (finalizzata ad impedire il c.d. « *reverse engineering* », cioè la traduzione del codice « oggetto » (vale a dire il programma tradotto da linguaggio simbolico a linguaggio macchina) in codice « sorgente » (« *source code* », cioè le sequenze di

istruzioni scritte in modo simbolico secondo l'ordine logico di esecuzione) — BALOSSINO, *Informatica*, S. Lattes & C. Ed., Torino, 1986, p. 391, necessario preliminarmente di qualsiasi modifica) è funzionale, a loro avviso, al mantenimento del segreto industriale sui programmi. Si tratta di motivazione poco credibile, potendosi invece ritenere che vero scopo delle *software houses* sia evitare l'utilizzo di un programma progettato per un determinato elaboratore su altro *hardware*. Quindi questa clausola appare come la più pericolosa e nociva dal punto di vista economico tra quelle contenute nella licenza a strappo, in quanto ritenuta scoraggiare la concorrenzialità nella produzione dell'*hardware*, diversamente dagli intenti del legislatore (ma la diffusione dei PC « compatibili » ha comportato un mutamento di tendenza anche nella politica produttiva delle stesse *software houses*). STERN, *Shrink-wrap Licence of Mass-Marketed Software: Enforceable Contracts or Whistling in the Dark?*, *cit.*, p. 68.

<sup>35</sup> Demandando in sostanza agli interpreti, ed alle Corti in particolare, la valutazione sull'applicabilità di tale clausola. STERN, *op. cit.*, p. 66.

<sup>36</sup> STERN, *op. cit.*, p. 67.

<sup>37</sup> SCOTT, *op. cit.*, p. 6-29.

<sup>38</sup> Anche il ricorso ad altre argomentazioni non è d'aiuto: un dovere di adempie-

tezza dell'evoluzione della dottrina in materia nell'area di *Common Law*, la soluzione legislativa di livello federale è probabilmente quella destinata ad avere successo<sup>39</sup>.

### 3. (Segue). IN AMBITO EUROPEO.

Nonostante l'accoglienza poco favorevole attribuitale nel Paese d'origine, la *shrink-wrap licence* ha avuto un'ampia diffusione in ambito europeo. Rimanendo nell'area della *Common Law*, anche in Gran Bretagna per lungo tempo tali licenze sono state analizzate unicamente sulla base di concetti legali esistenti, e a fronte di uguali problemi sull'efficacia delle sue clausole e del contratto nel complesso, si è fatto riferimento al concetto di «*limited licence*». Diversamente dagli Stati Uniti però, sono stati ripresi schemi propri di una tutela di tipo brevettuale per renderne possibile l'impiego. È infatti noto principio della «*patent law*» quello per cui un articolo brevettato può essere sottoposto ad una licenza che ne limiti le facoltà dispositive. Sul presupposto che regole simili potrebbero applicarsi anche a creazioni, come i programmi per computer, protette da *copyright*, ma il cui uso può comportarne la duplicazione, la *Section 17(2)* del 1988 *Copyright, Design and Patents Act* parrebbe avallare la tesi secondo cui il funzionamento di un programma ne costituisce un limitato atto di duplicazione quando afferma che la registrazione di un'opera intellettuale su qualsiasi supporto tramite strumenti elettronici equivale ad una sua riproduzione. Ciò renderebbe possibile al detentore del *copyright* la vendita di una copia del suo lavoro sulla base di una «*limited licence*» d'uso, similmente ad

re ad una obbligazione può sussistere solo se vi sia una promessa da parte del promittente a favore del promissario (e salva l'esistenza di un obbligo stabilito dalla legge), ma è pur sempre necessaria l'esistenza di un accordo, altrimenti non sussiste alcuna obbligazione a carico dell'utilizzatore di agire secondo la volontà del licenziante; STERN, *op. cit.*, pp. 55-56. Recentemente, la *Third Circuit Court of Appeal in Step-Saver Data System Inc. v. Wyse Technology and the Software Link Inc.* non ha ritenuto applicabile al rapporto un modello di licenza a strappo (ritenendolo solo un espediente per aggirare la «*first sale doctrine*») - AA.VV., *Information Technology and the Law - An International Bibliography*, 2 (1993), Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, p. 341, par. 0443D, oltre a SMITH, *Shrink-wrap Licences in Europe after the EC Software Directive*, *cit.*, p. 597 — ma la soluzione ai problemi esistenti non è chiara: taluni venditori hanno rinunciato ad utilizzare le *shrink-wrap licences*, facendo unicamente affidamento sulla protezione approntata dalla normativa in tema di diritto d'autore, mentre altri

hanno continuato ad avvalersene, sperando di non dover passare il vaglio di una Corte. SCOTT, *op. cit.*, p. 6-29.

<sup>39</sup> STERN, *op. cit.*, pp. 70-71. La Louisiana (che, ricordo, non ha adottato l'UCC) ha tentato, tuttavia, negli anni 1984-1985, di rafforzare le possibilità di utilizzo della licenza a strappo presentando un disegno di legge dal significativo titolo «*Software Licence Enforcement Act*». Tale normativa, secondo gli intenti dei redattori, aveva la funzione di controllare che gli acquirenti al momento dell'apertura della confezione o dell'utilizzo del programma in essa contenuto accettassero determinate condizioni, apposte nel contratto di licenza che doveva accompagnare il *software*. BENDER, *op. cit.*, p. 4A-36. Ugualmente tentativo è stato fatto nello stesso periodo nell'Illinois, ma senza successo: la normativa è stata abrogata l'anno seguente; SMITH, *op. cit.*, p. 597. Queste normative, infatti, hanno avuto il problema di coordinarsi con quella di livello federale, con la legge sul *copyright* e, soprattutto, con la necessità di uniformità legislativa del mondo degli affari.



un articolo brevettato. Le limitazioni sarebbero intrinseche al bene ed opponibili a qualsiasi acquirente della copia tramite l'azione di violazione del *copyright*. Peraltro questo ragionamento, pur rendendo ammissibili le restrizioni d'uso del *software*, non preserva altre clausole della *shrink-wrap licence*, ad esempio quelle di esclusione di responsabilità del licenziante<sup>40</sup>. La giurisprudenza, tuttavia, non pare completamente orientata in questa direzione<sup>41</sup>.

Nell'ambito dell'Unione Europea, si è però inserito un fattore nuovo: la Direttiva del Consiglio del 14 maggio 1991, n. 91/250/CEE, sulla tutela dei programmi per elaboratore<sup>42</sup>, la c.d. direttiva *software*. La sua lettura pone in risalto uno scarso coordinamento tra gli artt. 4 e 5<sup>43</sup>, norme che avrebbero un certo impatto sul modello contrattuale in esame. Ai sensi dell'art. 4, « ...i diritti esclusivi del titolare..., comprendono il diritto di effettuare o autorizzare: a) la riproduzione... di un programma per elaboratore... Nella misura in cui operazioni come il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione... del programma per elaboratore richiedono una riproduzione, tali operazioni devono essere sottoposte ad autorizzazione da parte del titolare del diritto; ... »; viene così mantenuta la tesi fondata sulla *Section 17(2) cit.*: per l'utilizzo di un programma è necessaria una licenza rilasciata dal proprietario dei diritti su di esso. Ma dall'altro lato il comma 1 dell'art. 5 suona: « *Salvo disposizioni contrattuali specifiche* [corsivo dell'Autore], non sono soggetti all'autorizzazione del titolare del diritto gli atti indicati nell'art. 4, lett. a) ..., allorché tali atti sono necessari per un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente... ». Il contrasto sorge perché le parole con cui si apre questo articolo inducono a pensare che una disposizione contrattuale *ad hoc* possa limitare o eliminare i diritti dell'utilizzatore sul programma, anche se tali atti siano necessari per il suo impiego. Si potrebbe così ragionevolmente interpretare la norma come applicabile solo in mancanza di previsioni contrattuali contrarie. Questa è stata, in effetti, l'esegesi in un primo tempo adottata dal governo britannico, anche se in con-

<sup>40</sup> REED, *edited by*, *Computer Law*, Second Edition, Blackstone Press Ltd., London, 1994, p. 58.

<sup>41</sup> In *Alberta case*, *North American Systemshops Ltd. v. King*, pur ritenendo invalida la licenza a strappo sottoposta al suo giudizio, ha posto, a titolo di principio generale, quello secondo cui qualora il contenuto dei termini della licenza venga chiaramente reso noto al momento della vendita, le limitazioni possono ritenersi applicabili. Ma in *British Leyland Motor Corporation Ltd. v. Armstrong Patents Co. Ltd.*, la *House of Lords* ha ritenuto che le limitazioni d'uso del *software* imposte tramite *shrink-wrap licence*, quando sostanzialmente privano l'acquirente di ogni diritto d'uso del *software* stesso, rendendone inutile l'acquisto, sono da

considerarsi nulle o inefficaci. Si tratta di un'applicazione della dottrina c.d. « *non derogation from grant* ». Per essa, un concedente non può affermare i suoi diritti di proprietà su un bene in modo da rendere la concessione sostanzialmente inidonea allo scopo per cui è stata ottenuta. SMITH, *op. cit.*, p. 598-599; inoltre, SAXBY, *op. cit.*, p. 607/3, oltre a BAINBRIDGE, *Computer Programs and Copyright: More Exceptions to Infringements*, in 56 (1993) *Modern Law Review*, pp. 591-599, p. 598.

<sup>42</sup> In GUCE 1991, n. 5, L 122/42.

<sup>43</sup> Per i cui travagliati lavori preparatori, da cui si deduce un notevole sfavore nei confronti della contrattazione tramite *shrink-wrap licence*, si veda SMITH, *op. cit.*, pp. 600-602.

trasto con la lettera del Considerando n. 16<sup>44</sup> e con le opinioni degli studiosi<sup>45</sup>.

L'unico modo per mantenere, di fatto, la licenza a strappo è forse il riferimento al concetto di «destinazione d'uso», ex art. 5, comma 1 cit. Esso non è definito, ma può ricostruirsi in concreto tramite gli opuscoli che descrivono genericamente il programma, i manuali d'uso, il prezzo (in particolare se vi sono costi diversi in relazione a suoi vari livelli di sviluppo e prestazioni) e qualsiasi precisazione che appare sullo schermo del computer (o le spiegazioni date dal licenziante stesso in una fase anteriore alla conclusione del contratto). In tal modo coloro che licenziano un programma mediante *shrink-wrap licence* si troverebbero nella posizione precedente l'emanazione della Direttiva: le limitazioni all'uso del software possono ritenersi efficaci (diversamente dalle esclusioni di responsabilità), anche se soggette alla (possibile) previsione che le funzioni necessarie per il suo utilizzo non possono essere impediti. Per eliminare l'ambiguità, la Gran Bretagna intendeva adottare una normativa che permettesse di contrattare liberamente al di fuori delle prescrizioni dell'art. 5, comma 1 cit., neutralizzando lo sfavore della Direttiva nei confronti della licenza a strappo e mantenendo la situazione esistente. Soluzione, tuttavia, difficilmente accettabile in sede internazionale; l'attuazione della direttiva è così avvenuta con modalità più aderenti agli intenti della Commissione con il 1992 *Copyright Computer Programs Regulations*, che ha novellato il *Copyright Act*<sup>46</sup>. I diritti concessi dalla direttiva sono stati ripresi dalla normativa di attuazione evitando i pericoli paventati, ma con terminologia che ha lasciato perplessi commentatori e *software houses* (in quanto sono state ridotte le possibilità per i produttori di proteggere i propri programmi con i mezzi della *copyright law*) e della *contract law*, riproponendo il problema della validità della tutela del software tramite la normativa sul diritto d'autore<sup>47</sup>.

#### 4. LA SITUAZIONE ITALIANA.

L'applicazione della c.d. Direttiva *software* nel nostro Paese non ha avuto la stessa eco, nell'ottica che stiamo trattando, vista nel Regno Unito. Il d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 («Attuazione della Direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore»)<sup>48</sup> è stato infatti una asettica trasposizione letterale del testo originario. Pur rilevante in sé, per aver colmato un vuoto nella tutela di tali opere, da ricomprendersi ormai tra quelle letterarie, tale intervento normativo non ha ri-

<sup>44</sup> «...il contratto non può vietare gli atti di caricamento e di svolgimento necessari per l'utilizzazione di una copia di un programma legittimamente acquisita... in assenza di clausole contrattuali specifiche, in particolare nel caso di vendita di una copia del programma, il legittimo acquirente di detta copia può eseguire qualsiasi altro atto necessario per l'utilizzazione di detta

copia, conformemente allo scopo previsto dalla stessa».

<sup>45</sup> Tra gli altri, J. Verstrynge, B. Czarnota e R. Hart, per i cui pareri si veda SMITH, *op. cit.*, p. 603.

<sup>46</sup> BAINBRIDGE, *op. cit.*, p. 591.

<sup>47</sup> BAINBRIDGE, *op. cit.*, p. 594 e 599.

<sup>48</sup> In G.U., Suppl. Ord. 31 dicembre 1992, n. 306.

soltò, in particolare, i problemi esistenti nel campo delle licenze dei programmi per elaboratore. La novellazione della legge n. 633 del 22 aprile 1941 (« *Legge sul diritto d'autore* ») non ha sanato il contrasto tra gli artt. 4 e 5 della Direttiva, rimasti immutati nelle loro espressioni terminologiche. L'art. 64-*bis*, nel determinare i diritti esclusivi spettanti al proprietario del programma, riprende letteralmente l'art. 4 della Direttiva, mentre l'art. 64-*ter*, più esplicitamente dell'art. 5 della Direttiva, si apre con l'espressione « Salvo patto contrario... », che, similmente a quanto accaduto in un primo tempo in ambito britannico, potrebbe indurre ad interpretare la norma come applicabile solo in mancanza di pattuizioni contrarie, comprese, teoricamente, quelle contenute nelle formule a stampa di una *shrink-wrap licence*.

Tuttavia, la *shrink-wrap licence* non può essere considerata efficace neanche nel nostro ordinamento.

Il problema fondamentale è sempre lo stesso: se possa essere attribuito unilateralmente il significato di accettazione di un regolamento contrattuale sfavorevole ad un gesto compiuto dall'utente comunque necessario per utilizzare il prodotto, quale l'apertura della confezione in cui sono contenuti il/i dischetto/i ed il manuale d'uso<sup>49</sup>.

Trattandosi di modello contrattuale coniato anche per permettere un'organizzazione uniforme dei canali di vendita delle *software houses* per il *mass-marketed software*, attualmente la norma di riferimento è l'art. 1341 cod. civ. (oltre ai successivi artt. 1342 e 1370). Esso stabilisce, com'è noto, che le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro se, al momento della conclusione del contratto, erano da lui conosciute o meramente conoscibili. Dal punto di vista del nostro ordinamento, quindi, il metodo adottato dai produttori di stampare le condizioni contrattuali all'esterno della confezione, evidenziate in modo da attirare l'attenzione dell'acquirente, le rende perfettamente valide, ai sensi dell'art. 1341, comma 1<sup>50</sup>: similmente ad altre fattispecie (un esempio per tutti, il contratto di trasporto su bus o treno), l'effettiva conoscenza del regolamento contrattuale non ha alcuna rilevanza.

Le modalità pratiche della conclusione di questo contratto, tramite lo « strappo » della confezione sigillata, pongono invece problemi in relazione al comma 2 dell'art. 1341 che notoriamente si occupa delle c.d. clausole

<sup>49</sup> Ma la manifestazione del consenso potrebbe anche essere ricondotta al silenzio serbato dall'utilizzatore, cioè alla mancata restituzione del programma al rivenditore, o all'inizio dell'esecuzione del contratto, ossia all'utilizzo del *software*. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, cit., p. 100. Infatti, sulla confezione di Windows 95 che, per la precisione, non è avvolta da alcuna pellicola, si legge che « L'utilizzo del *software* implica l'accettazione dei termini del Contratto Microsoft contenuto nella confezione del prodotto. Chi non intendesse aderire alle condizioni del contratto è tenuto a restituire il prodot-

to presso il luogo di acquisto per un totale rimborso ».

<sup>50</sup> Per converso, nessuna efficacia negoziale può attribuirsi alle condizioni di contratto che automaticamente compaiono sullo schermo del *computer* quando si utilizza un programma e che richiedono la loro approvazione mediante la pressione di un tasto, gesto comunque necessario compiere per poter utilizzare il programma. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 101, ma, soprattutto, riguardo al problema del c.d. « tasto negoziale », si rinvia a FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, cit., p. 164 ss.

vessatorie o onerose, le quali devono essere specificamente approvate per iscritto a pena di inefficacia assoluta<sup>51</sup>.

Nell'ambito della presente indagine, ciò comporta che le clausole, spesso presenti nei modelli standard di licenza d'uso, che prevedono limitazioni di responsabilità, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi (anche se la giurisprudenza non ritiene vessatoria la clausola di divieto di cessione di locazione e di sublocazione) e deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, devono considerarsi inefficaci<sup>52</sup> (nel senso precisato). Trattandosi, però, di modello contrattuale che, nel suo complesso, è sorretto da queste condizioni generali (ed in particolare, dalle clausole vessatorie), molto probabilmente, secondo il generale principio desumibile dall'art. 1419 cod. civ., l'intero contratto resterà travolto se l'una o l'altra parte potranno provare che la presenza delle clausole recanti le condizioni generali era circostanza determinante del loro consenso<sup>53</sup>.

Già su questa base la *shrink-wrap licence* sembra avere una valenza/validità quantomeno limitata nel nostro Paese. La sua estinzione sarà la probabile conseguenza del recepimento della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori<sup>54</sup>, avvenuta con l'approvazione della Legge Comunitaria per il 1994 (legge 6 febbraio 1996, n. 52)<sup>55</sup>.

Il suo art. 25 ha introdotto nel libro quarto del codice civile un capo XIV-bis, composto di cinque articoli, dal 1469-bis al 1469-sexies. Diversamente dagli artt. 1341, 1342 e 1370 cod. civ. che riguardano i contratti per adesione, qualunque sia il loro oggetto e lo status dei contraenti<sup>56</sup>, le disposizioni introdotte in sede di applicazione della Direttiva citata riguardano le clausole « abusive » contenute nei contratti « dei consumatori »; quindi esse derogano solo per questo settore specifico la normativa codicistica, la quale invece rimarrà pienamente in vigore per tutti gli altri contratti<sup>57</sup>. In ogni caso l'introduzione di questa normativa avrà sicuri effetti

<sup>51</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, Cedam, Padova, 1990, pp. 136-138. Una efficacia solo relativa vanificherebbe la funzione stessa della norma, impedendo al predisponente di confidare nella effettiva realizzazione di una contrattazione uniforme: quindi l'inefficacia è da intendersi nel senso di nullità assoluta della clausola mancante della specifica sottoscrizione (giurisprudenza costante: da ultimo, Cass. 13 luglio 1991, n. 7805, in *Foro it. Rep.* 1991; Cass., Sez. II, 15 febbraio 1992, n. 1873, in *Foro it. Rep.* 1992) e di sua inopponibilità al contraente aderente (da ultimo, Cass. 23 ottobre 1991, n. 11213, in *Foro it. Rep.* 1991).

<sup>52</sup> FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>53</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 135.

<sup>54</sup> In GUCE 21 aprile 1993, n. L 95/29, ed inoltre DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *I contratti*, n. 3/1993, pp. 351-357.

<sup>55</sup> In G.U., Suppl. Ord. 10 febbraio 1996, n. 34.

<sup>56</sup> La qualità di imprenditore del predisponente è la *ratio* della norma, non un requisito della sua applicazione. Predisponente può essere chiunque (« ...non ha rilievo la potenzialità economica delle parti, neppure intesa nel senso della disponibilità esclusiva del bene oggetto del contratto, bensì soltanto la determinazione unilaterale della clausola... »; Cass., 27 aprile 1991, n. 4638, in *Foro it. Rep.* 1991); di fatto può accadere che l'imprenditore interessato alla contrattazione in serie e che ha preparato le condizioni generali sia terzo rispetto al contratto (avendo egli interesse alla altrui contrattazione in serie); talaltra l'imprenditore occupa nel contratto in serie la posizione di controparte del predisponente. GALGANO, *op. cit.*, p. 135.

<sup>57</sup> ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *I Contratti*, n. 2/1994, p. 114.

sui contratti di licenza a strappo, sicché ne è opportuna una rapida analisi di confronto.

In primo luogo, per quanto riguarda i soggetti coinvolti: il nuovo capo XIV-*bis* ha, infatti, ad oggetto il contratto tra un « professionista » (cioè un soggetto, persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, art. 1469-*bis*, comma 2, seconda parte), qual è sicuramente qualificabile il produttore ed il rivenditore di programmi per elaboratore, ed un « consumatore » (ossia qualsiasi persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, art. 1469-*bis*, comma 2, prima parte), com'è l'acquirente-utilizzatore finale dei *software-packages*. Peraltro, gli utenti finali vanno dalle più grandi aziende ai piccoli studi a singoli soggetti che dispongono del programma sul PC domestico. Il nostro legislatore ha optato per una trasposizione letterale del testo comunitario, mentre in altri Paesi (ad esempio la Francia) la nozione di consumatore è stata opportunamente allargata anche alle persone giuridiche, se agiscono al di fuori della propria attività professionale come acquirenti o fruitori di beni o servizi. È da ricordare che scopo della direttiva è la tutela di consumatori di beni e di utenti di servizi di larga diffusione per fini che non rientrano nel quadro della loro attività professionale. Una limitazione che, però, dovrebbe riguardare l'uso lucrativo diretto collegato con l'acquisto: per contro, a titolo d'esempio, sembra di poter ritenere che l'auto di servizio, i biglietti di viaggio addebitati all'ufficio professionale ed anche il *Personal Computer* con gli annessi programmi utilizzato (anche) in azienda, siano oggetto di un contratto per adesione in cui chi aderisce si pone come consumatore e non come professionista<sup>58</sup>.

In secondo luogo, com'era prevedibile, la nozione di clausola abusiva è stata ricostruita riprendendo l'elencazione contenuta nell'Allegato alla Direttiva. Ciò in quanto la disciplina generale ricavabile dal comma 1 dell'art. 1469-*bis* offre pochi ragguagli in merito al concetto di abusività: il richiamo ad un evanescente concetto di buona fede e ad un principio di « equilibrio contrattuale » non è d'aiuto nella valutazione della correttezza del comportamento della *software house*. Più interessante risulta il riferimento al principio della conformità della prestazione eseguita rispetto a quella legittimamente attesa (*ex art. 1469-ter*), in particolare sotto il profilo del prodotto *software* offerto, che deve avere un livello qualitativo corrispondente a quanto promesso ed alle informazioni acquisite al riguardo; altrettanto dicasi per il principio della trasparenza del contratto (*ex art. 1469-quater*), in base al quale il riferimento al materiale illustrativo-esplicativo fornito dalla *software house* deve consentire al consumatore di effettuare una scelta ponderata, o comunque potenzialmente tale, per determinarsi a concludere il contratto, a pretendere (*rectius* a tentare di pretendere) modificazioni ed integrazioni del testo, contrapporre soluzioni alternative, individuali, ove accettabili da parte dell'impresa<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> ALPA, materiali raccolta da, *Sistemi giuridici comparati*, ERSU, Genova, 1994, pp. 351-352.

<sup>59</sup> ALPA, *op. ult. cit.*, pp. 337-338. Superfluo appare aver richiamato, nell'art.

1469-*quater*, comma 2, il canone di « *interpretatio contra proferentem* », già presente nel nostro ordinamento in virtù dell'art. 1370 cod. civ.

Come già nel testo della Direttiva, rimane problematico accertare se l'elencazione sia o meno tassativa: l'interpretazione preferibile appare quella secondo cui la lista costituisce una protezione minimale che deve comunque essere assicurata al consumatore, salva sempre la possibilità di estendere tale elenco o l'ambito di applicazione delle clausole in esso indicate<sup>60</sup>. Sul punto la normativa di attuazione italiana appare più articolata rispetto alla Direttiva in quanto distingue le clausole che si presumono *iuris tantum* vessatorie (art. 1469-bis, comma 2) da quelle che vengono in ogni caso ritenute inefficaci, anche se oggetto di trattativa (art. 1469-quinquies, comma 2). Nel complesso, alcune clausole appaiono interessanti dal punto di vista dell'utente finale di un programma *software*, in particolare quelle di cui all'art. 1469-bis, comma 3, n. 2 (che hanno l'effetto di «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista... in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista»), caratterizzando meglio quanto già previsto dal Codice in tema di clausole contenenti limitazioni di responsabilità; o quelle di cui al n. 10 (che hanno l'effetto di «prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto»), superando anche la prescrizione di cui al comma 1 dell'art. 1341 cod. civ.; o infine quelle di cui al n. 11 che consentono «al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso», qualificando come licenza d'uso, tramite la più volte criticata clausola di ritenzione del titolo, un contratto che, al di là del diverso inquadramento terminologico, è una compravendita<sup>61</sup>; e vietando anche quelle clausole che permettono l'uso del *software* solo dopo il rilascio di una «parola d'ordine», in difetto della quale il programma è in grado di bloccarsi o di distruggersi se l'utilizzatore tentasse di usarlo su una macchina diversa<sup>62</sup>.

In tal modo, le clausole inerenti lo «strappo» della confezione, la ritenzione del titolo, la limitazione di responsabilità per i danni diretti ed indiretti causati da difetti e «peculiarità» del *software* vengono rese inefficaci (in particolare le clausole indicate ai nn. 2 e 10 sono valutate comunque inefficaci, a prescindere dall'essere o meno state oggetto di trattativa<sup>63</sup>, ex art. 1469-quinquies, comma 2). Inefficacia da intendersi in questo caso, sulla base dell'interpretazione storica della Di-

<sup>60</sup> DE NOVA, *op. cit.*, pp. 355-356.

<sup>61</sup> In tal caso la vendita non ha ad oggetto il programma come bene immateriale, ma il bene materiale che contiene il programma e cioè, in genere, un nastro o un disco; si applicheranno allora i principi generali in tema di compravendita e di acquisto *a non domino*: il diritto trasferito si limita all'utilizzazione della copia e non comporta, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di sfruttamento del programma. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*,

*cit.*, pp. 206-207. Si veda inoltre CHIMIENTI, *La tutela giuridica dei programmi per elaboratore nella legge sul diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 74.

<sup>62</sup> GIANNANTONIO, *op. cit.*, p. 131.

<sup>63</sup> Il concetto di clausola oggetto di «trattativa individuale», ex art. 1469-ter, comma 4, non viene definito, lasciando il dubbio se tale debba considerarsi quella non completamente predeterminata da una parte o quella che è frutto di libera scelta del consumatore.

rettiva, in senso tecnico, nel senso cioè che le clausole rimangono valide, ma prive di effetto soltanto a vantaggio del consumatore (art. 1469-*quinques*, comma 1 e 3). Si potrebbe però porre un problema di coordinamento tra la normativa in tema di clausole abusive e quella sulla tutela dei programmi per elaboratore. Ai sensi dell'art. 1469-*ter*, comma 3, infatti, «non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuativi di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea»; sulla base dell'art. 1, comma 2 e del Considerando n. 13 della Direttiva recentemente attuata pare di poter dire che le «disposizioni di legge» che se riprodotte in clausole contrattuali ne eliminano l'abusività siano le disposizioni legislative o regolamentari *imperative* o *suppletive*<sup>64</sup>. Si tratta, quindi, di stabilire la qualificazione giuridica delle norme contenute nella direttiva *software*, come attuata nel nostro ordinamento. Come criterio di massima, secondo le classificazioni generali delle norme giuridiche, sono considerate norme imperative quelle non derogabili per volontà delle parti: le si identifica, generalmente, per la mancanza dell'inciso «salvo patto contrario», «salva diversa volontà delle parti», e talvolta la legge, per renderne certa la natura imperativa, prefigura le conseguenze della loro violazione, formulando incisi come «a pena di nullità», o avvertimenti del tipo «altrimenti il contratto è nullo» e simili. Ad esse si contrappongono le norme dispositive, che invece ammettono, con incisi del genere per primo indicato, una diversa volontà delle parti, e le norme suppletive, che prevedono la disciplina di un determinato rapporto per l'ipotesi in cui non vi abbiano provveduto gli interessati, generalmente introdotte dall'inciso «se le parti non dispongono diversamente» o simili<sup>65</sup>.

Le disposizioni rilevanti da questo punto di vista, cioè gli artt. 64-*bis* e 64-*ter* (in particolare il suo comma 1) della normativa generale in tema di diritto d'autore come novellata, possono pertanto essere ricomprese tra quelle dispositive in quanto derogabili in via negoziale. In tal modo si potrebbe pervenire ad una soluzione che condanni definitivamente la licenza a strappo e questo in base a due specifiche ragioni. In primo luogo, a fronte dei ricordati lavori preparatori della direttiva *software* e degli spunti in essa contenuti, dai quali si può chiaramente evincere un atteggiamento sfavorevole nei confronti del tipo negoziale trattato; in seconda battuta, perché i «patti contrari» che la normativa *software* sembra permettere appaiono in contrasto, come dimostrato, con la tutela approntata dall'Unione Europea in sede di redazione della normativa di protezione dei consumatori dalle clausole abusive contenute nei contratti da essi conclusi, recentemente attuata. Problema più grave appare invece la mancata previsione, contrariamente alle indicazioni della Direttiva, di un controllo preventivo di tipo amministrativo su tali clausole, venendo concessa solo la possibilità per le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e per le Camere di Commercio (che hanno già competenze di tipo amministrativo a questo riguardo ex art. 2, legge 29 dicembre 1990, n. 580) di ottenere dal giu-

<sup>64</sup> DE NOVA, *op. cit.*, p. 355.

<sup>65</sup> GALGANO, *op. cit.*, pp. 262-263.

dice competente la cessazione dell'uso delle condizioni contrattuali di cui sia accertata l'abusività (art. 1469-*sexies*). Si configura cioè un controllo giudiziale meramente successivo al verificarsi di un abuso (frequente nel modello contrattuale in esame), condizionato all'effettiva attivazione della Associazione di categoria (sollecitata dal singolo consumatore/professionista) o Camera di Commercio<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Probabilmente temendo una simile eventualità, recenti modelli di licenza d'uso che ho avuto l'occasione di analizzare (tra i quali è quello IBM) si concludono affermando che « queste dichiarazioni non

intendono modificare quanto previsto da norme inderogabili di legge che dovessero rendersi applicabili in materia di tutela dei diritti del consumatore » (così letteralmente il modulario IBM) e simili.