

PRETURA PARMA

3 MARZO 1992

PRETORE:

FERRARI

PARTI:

GRA S.R.L.

(Avv. M. Costanza)

II2 S.R.L.

(Avv. Balbo e Basini)

Contratto di manutenzione del software • Ordine di riprendere l'esecuzione • Provvedimenti di urgenza.

Nell'ipotesi in cui il servizio di manutenzione del software venga a cessare per qualsiasi causa, può prodursi la necessità che l'utente debba continuare a fruirne anche se non possa avere accesso al « codice sorgente » per ragioni di tutela del fornitore. Pertanto, in casi del genere, con il ricorrere per l'utente di un pericolo di danno grave ed irreparabile conseguente alla sospensione dell'assistenza tecnica, va riconosciuta all'utente medesimo la possibilità di tutelare il proprio interesse ad una corretta ed efficiente manutenzione mediante il ricorso a provvedimenti cautelari atipici.

Il Pretore, a scioglimento della riserva che precede osserva in fatto e diritto con ricorso del 4 febbraio 1992 la GRA s.r.l. ha chiesto che con provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. venisse inibito alla convenuta II2-Società Italiana per l'Informatica di proseguire nel suo comportamento abusivo ed impeditivo del funzionamento dei programmi *software* inseriti nell'elaboratore elettronico « Texas Instruments mod. 990/10 » di proprietà della ricorrente e di ordinare nel contempo di porre in essere tutte le attività necessarie per la riattivazione degli stessi programmi.

All'uopo la ricorrente premetteva di avere stipulato un contratto di manutenzione di programmi *software* relativi all'elaboratore elettronico di cui sopra

avente ad oggetto l'ammodernamento delle prestazioni del sistema operativo-applicativo e tutte le modifiche ai programmi che si rendessero necessarie durante la vigenza del contratto. Deduceva, inoltre, la ricorrente, che il rapporto contrattuale, a seguito di disdetta da parte della convenuta, a decorrere dall'1 giugno 1991 doveva considerarsi risolto e da quella data nessuna prestazione di assistenza veniva compiuta a favore della GRA; che, però, successivamente e a partire dal 1 gennaio 1992 essa ricorrente riscontrava il blocco nel funzionamento dei programmi: blocco confermato con lettera in data 8 gennaio 1992. Richiesta la soc. II2 di riattivare il funzionamento dei programmi, la stessa si rifiutava e da tale rifiuto traeva titolo il ricorso ex art. 700 cod. proc. civ.

Il Pretore, con decreto *inaudita altera parte* in data 4 febbraio 1992, pronunciava il provvedimento richiesto.

All'udienza di comparizione, la II2 si costituiva a mezzo di memoria eccependo la carenza di legittimazione passiva e nel merito eccependo che i codici di accesso e/o la chiave di apertura dei programmi sono propri della società costruttrice e non della società di manutenzione degli stessi ed essa convenuta, pertanto, non è in grado di rivelarli.

Tanto premesso deve essere rilevato che l'eccezione del difetto di legittimazione passiva non appare fondata, in quanto dalla lettera del 15 gennaio 1992 (doc. 6 di parte ricorrente) risulta espressamente l'ammissione che « l'apertura del 1992 fa parte del servizio di assistenza del 1991: non ci sono difficoltà ad effettuarla non appena regolarizzato il pagamento di quanto dovuti... ».

Ne discende che è nel potere della stessa convenuta riattivare il funzionamento del programma e quindi non può essere esclusa la sua legittimazione passiva. D'altra parte, non è neanche contestato essere riconosciuto da entrambe le parti che il contratto di manutenzione si è risolto dal 1 giugno 1991, mentre il blocco del funzionamento si è verificato dal 1 gennaio 1992, ancorché nessuna prestazione di assistenza fosse stata compiuta dal 1 giugno 1991; il che dimostra che il funzionamento del programma è indipendente dal servizio di assistenza.

Per quanto riguarda il merito, va rilevato che la GRA s.r.l. aveva stipulato un separato e distinto contratto di assistenza e manutenzione dei programmi concessi in uso dalla convenuta rispetto a quello di utilizzazione del sistema. Per quanto i due contratti siano fra loro collegati, tuttavia è a dire che, al di fuori delle vicende patologiche che possono colpire il computer, il funzionamento e l'utilizzazione del *software* è possibile indipendentemente dal servizio di manutenzione, come è avvenuto dal 1 giugno al 30 dicembre 1991; talché non fondata è l'affermazione che fa derivare l'utilizzazione del sistema della operatività del contratto di manutenzione. Se dunque il contratto di manutenzione e assistenza è autonomo è ammissibile che l'utilizzazione del sistema è indipendente dalla sua manutenzione.

Pertanto, se il servizio di manutenzione viene a cessare per qualsiasi causa è ammissibile la necessità che l'utente del programma possa continuare a fruirne anche se non possa avere accesso al c.d. « codice sorgente » per ragioni di tutela del diritto di privativa del fornitore.

In proposito è stato affermato che, almeno in determinate ipotesi, all'utente dovrebbe essere data la possibilità di tutelare il proprio interesse ad una corretta ed efficiente manutenzione mediante il ricorso a provvedimenti cautelari atipici; infatti, è stata giudicata fonte di « pericolo di danno grave e irreparabile la sospensione dell'assistenza tecnica a un sistema di elaborazione, prevista da apposito contratto, che solo la costruttrice è in grado di prestare, poiché può compromettere la funzionalità dell'impresa beneficiaria » (v. Pret. Milano 2 maggio 1983, Dir. Inform. e inform. 1985, p. 741).

Pertanto, con riferimento al caso di specie, la convenuta, unica depositaria delle cognizioni tecniche del sistema di funzionamento del programma, è tenuta, indipendentemente dal servizio di manutenzione, a riattivare il funzionamento dei programmi *software* di che trattasi di proprietà della GRA.

P.Q.M. — Conferma il proprio decreto del 4 febbraio 1992, e fissa il termine di giorni 120 per l'inizio del giudizio di merito.

RICHIAMI DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Sui problemi relativi alla interruzione dell'assistenza *software* ed alla relativa possibilità di tutela cautelare atipica cfr. in giurisprudenza Pret. Milano, 2 maggio 1983, in questa *Rivista*, 1985, 741 con completa nota di R. RISTUCCIA. Più recentemente v. anche Trib. Milano, 20 ottobre 1988, *ivi*, 1988, 552, la quale peraltro si riferisce al diverso problema della valutazione della gravità dell'inadempimento e dei rimedi offerti all'utilizzatore in caso di adempimento parziale da parte del centro di assistenza, nonché alla quantificazione del danno conseguente all'inadempimento del contratto di manutenzione.

In dottrina si v. C. ROSSELLO, *I contratti di manutenzione del software*, in G. ALPA e V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di) *I contratti di informatica*, Milano, 1987, 203 ss.

Come è noto, l'assistenza *software* consiste nella c.d. manutenzione correttiva, volta ad eliminare errori e disfunzioni del programma, e nella c.d. manutenzione migliorativa (o, con brutto inglesismo, implementativa), il cui scopo è rappresentato dall'aggiornamento e dal miglioramento-adequamento del programma di base.

In questa seconda ipotesi, l'intervento richiede l'accesso al codice sorgente ed alla documentazione connessa, per ottenere un potenziamento delle utilità ricavabili dal programma e quindi dal sistema di elaborazione nel suo complesso.

Le questioni più delicate che si pongono nel caso in cui il servizio di manutenzione venga interrotto per qualsiasi ragione attinente alla sfera economica del fornitore (inadempimento, recesso unilaterale, cessazione dell'attività, insolvenza, ecc.) attengono da un lato alla possibilità di accesso diretto al codice sorgente da parte dell'utilizzatore o di suoi incaricati, e dall'altro alla esecuzione in forma specifica degli obblighi assunti dal soggetto impegnatosi alla manutenzione.

Con riguardo al primo aspetto, la recente Direttiva Comunitaria sulla tutela dei programmi per elaboratore (vedila in questa *Rivista*, 1989, 613 e per un commento V. ZENO-ZENCOVICH, *La di-*

rettiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, ivi, 1992, 25 ss.) presenta un vuoto di previsione.

Infatti, la Direttiva nulla dispone con riguardo alla disponibilità del codice sorgente nel caso di fallimento o di cessazione dell'attività della *software house*, né con riguardo al diritto dell'utente di far eseguire le operazioni di manutenzione da parte di terzi. È invece espressamente consentita, fra le facoltà accordate al legittimo utilizzatore del programma, la possibilità di manutenzione statica o correzione degli errori (art. 5, comma 1) nonché la duplicazione allo scopo di trarre una copia di riserva (art. 5, comma 2).

In mancanza di accesso al codice sorgente, risulta complesso (se non impossibile), una volta che per qualsiasi ragione la assistenza tecnica del fornitore venga a cessare, comprendere le caratteristiche tecnico-funzionali del programma, ed intervenire così per proprio conto a curarne la manutenzione.

D'altra parte, la prassi internazionale degli accordi di *escrow*, a mezzo dei quali si affida ad un terzo indipendente una copia del codice sorgente, con l'intesa che essa venga custodita e rilasciata all'utilizzatore solo al verificarsi di determinate e ben specificate condizioni, risulta per molti versi discutibile, e non risolve in maniera soddisfacente i problemi pratici (v. per la descrizione degli inconvenienti C. ROSSELLO, *op. ult. cit.*, 222-224).

Con la pronuncia in epigrafe la giurisprudenza conferma la tendenza ad accordare tutela all'utilizzatore mediante la concessione di provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.

Dal momento che solo il fornitore è in grado di prestare assistenza tecnica sul programma, salvo che non venga concessa a terzi la possibilità di accesso al codice sorgente (ma ciò sarebbe in contrasto con i diritti di privativa sul programma), tale forma di protezione lascia aperta la questione della eseguibilità in forma specifica degli obblighi di fare infungibili.

Come si è correttamente messo in evidenza (cfr. la nota di R. RISTUCCIA a Pret. Milano, cit.), anche nella vigenza del principio per cui gli obblighi di fare infungibili non sono suscettibili di ese-

cuzione in forma specifica (cfr. Cass. 26 marzo 1979, n. 1756), permarrebbe comunque la utilità di un provvedimento cautelare atipico avente per contenuto l'ordine di esecuzione della prestazione di manutenzione.

In caso di mancata ottemperanza di tale provvedimento, infatti, anche a prescindere dalla ineseguibilità, rimarrebbe la possibilità di azionare la tutela penale ex art. 388 cod. pen. (*mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*), nonché gli « effetti secondari » sul piano della valutazione della condotta, con inevitabili riflessi in termini di calcolo del danno risarcibile.

C.R.