

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH - PIEREMILIO SAMMARCO

Sistema e archetipi delle licenze open source

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Codice sorgente aperto e libere utilizzazioni. - 3. Elementi specifici dell'«open source». - 4. Elementi specifici del «free software». - 5. La qualificazione giuridica della licenza di software «open source» e «libero». - 6. Profili di responsabilità. - 7. L'emergere di modelli non proprietari ed il ruolo del contratto. - 8. «Open source» e «free software» quali correttivi al monopolio sulle conoscenze.

1. Diciotto anni fa, in questa stessa aula, veniva affacciata come «non inverosimile» «l'ipotesi che i contratti di informatica costituiscono, per così dire, un «laboratorio» di modelli più remunerativi per l'impresa, da estendersi anche ad altri beni». Se l'esperienza dei lustri successivi ha ampiamente confermato tale previsione, essa apparirebbe ora smentita dal proliferare di «licenze» c.d. «open source» ovvero di «free software» nelle quali non è evidente - ed anzi pare assente - il profilo della remunerazione per l'impresa, in quanto gli elementi caratterizzanti sarebbero la gratuità e la piena liceità di condotte che, a seguire il diritto dispositivo, non sarebbero consentite.

È davvero così? Una risposta al quesito richiede che il fenomeno che si pone dietro le etichette «open source» e «free software» venga attentamente analizzato. La conclusione - una delle conclusioni - è che forse le cose non sono come sembrano, anche se per coglierla è necessario uscire dagli schemi. In realtà la vicenda delle «licenze» «open source» o «free software» va collocata nel quadro di un progressivo mutamento della configurazione giuridica dei rapporti economici che hanno per oggetto o che utilizzano nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Come per il fenomeno degli «scambi in rete» le tradizionali categorie contrattuali che la dogmatica civilistica continentale ha costruito negli ultimi due secoli si dimostrano spesso inadeguate, così con riferimento alle nuove tipologie di cui qui si discute e che, non a caso, vengono definite con ricorso a terminologia anglosassone (e dunque, ipso facto, non civilistica) si incontrano le medesime difficoltà e si corre il rischio - per la passione e l'istinto classificatorio che anima il giurista continentale - di forzare la realtà o gli istituti. Ma la questione delle «licenze» «open source» pone ulteriori questioni che trascendono la pur importante teoria del contratto e portano la riflessione dal piano per così dire micro-economico (quello, appunto, dello scambio) a quello macro-economico per delineare complessivi ed innovativi assetti di mercato che incidono soprattutto sul rapporto fra diritto imperativo (la legge) e diritto dispositivo (il contratto).

2. Ogni programma per elaboratore si compone di un codice sorgente e di un relativo codice oggetto. Il codice sorgente è, ricordiamo, la sequenza

di informazioni e di istruzioni logiche espresse nel linguaggio di programmazione informatica e destinate ad essere tradotte dall'elaboratore elettronico nel linguaggio macchina sotto forma di stringhe di bit; il codice sorgente è rappresentato da regole semantiche, logiche e sintattiche e la loro traduzione in linguaggio macchina viene indicata come il codice oggetto. Ciò si verifica in quanto la programmazione informatica si compone di varie fasi preliminari: l'analisi della procedura, la formulazione dell'algoritmo in un diagramma di programmazione, la traduzione dei diagrammi di programmazione in un linguaggio evoluto di programmazione, quindi in un linguaggio simbolico ed infine nel linguaggio macchina (1).

Per mezzo del codice oggetto, il programma, una volta immesso nell'elaboratore elettronico, è in grado di governarne il suo funzionamento e, da tale rappresentazione delle informazioni e delle istruzioni logiche, per risalire in qualche modo ad una versione quanto più vicina al codice sorgente, occorre porre in essere una complessa attività di analisi e decodificazione del codice binario (c.d. attività di decompilazione, attualmente regolata entro stretti limiti dagli artt. 64-ter n. 3 e 64-quater della legge 633/1941) (2).

(*) Il lavoro è frutto di una ampia riflessione comune; i paragrafi 1, 7 e 8 sono di V. Zeno-Zencovich; i restanti di P. Sammarco.

(1) Così E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, vol. I, Padova, 2001, 176. Il diritto d'autore protegge tutte le forme di realizzazione del codice, incluso il materiale preparatorio, ovvero i diagrammi di flusso e gli schemi logici, purché questi abbiano una loro compiutezza espressiva. Nel panorama giurisprudenziale nostrano, non sono molti i casi riguardanti la protezione del codice. Al contrario, negli Stati Uniti, vi sono numerose pronunce che hanno affermato la illegittimità ai sensi del *Copyright Act* del 1976 (così come emendato nel 1980 dal Congresso) delle attività di riproduzione e distribuzione non autorizzata del codice oggetto e del codice sorgente. Tra i *leading cases*, si segnala *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 1243 (3d Cir. 1983); *Williams Elec. Inc. v. Arctic Int'l Inc.*, 685 F.2d 870, 876 (3d Cir. 1982); *Digital Communications Assocs. Inc. v. Softklone Distrib. Corp.*, 659 F. Supp. 449, 454 (N.D. Ga. 1987); *Midway Mfg. Corp. v. Strohon*, 564 F. Supp. 741, 750 (N.D. Ill. 1983); *Hubco Data Prods. Corp. v. Mgmt. Assistance Inc.*, 219 U.S.P.Q. (BNA) 450, 454, (D. Idaho 1983); *GCA Corp. v. Chance*, 217 U.S.P.Q. (BNA) 718, 720 (N.D. Cal. 1982). Si veda, però, anche *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l Inc.*, 49 F.3d 807, 815 (1st Cir. 1995), in cui si è statuito che l'architettura di un programma per elaboratore (letteralmente, «menu's hierarchy») non fosse oggetto di protezione ai sensi del diritto d'autore perché costituisce un modo di procedere («method of operation»).

(2) Per un approfondimento sul punto, cfr. G. GUGLIELMETTI, *Analisi e decompilazione dei programmi*, in *La legge sul software* a cura di L.C. Ubertazzi, Milano, 1994, 152; R. BORRUSO, *Computer e diritto*, tomo I, Milano, 1988, 170 e Id., *La tutela giuridica del software*, Milano, 1999, 7 e ss.; C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, 58. Nel panorama della dottrina straniera, a proposito dei profili giuridici relativi all'attività di *reverse engineering*, si segnala P. LE TOURNEAU, *Contracts informatiques et électronique*, Paris, 2002, 45; J.E. COHEN, *Reverse engineering and the rise of electronic vigilantism: intellectual property implications of «lock-out» programs*, in *Southern Calif. Law Rev.*, 1995, 68, 1091; D.S. KARIJALA, *Copyright protection of computer documents, reverse engineering, and Professor Miller*, in *Daytona Law Rev.*, 1994, 19, 975; C.R. MC MANIS, *Intellectual property protection and reverse engineering of computer programs in the United States and the European Community*, in *High Tech. Law Jour.*, 1993, 25, 29. Si veda anche A.J. MAHAJAN, *The intellectual property, contracts and reverse engineering after PROCD: a proposed compromise for computer software*, in *Fordham Law Rev.*, 1999, 67, 3297, il quale, oltre ad illustrare le relazioni tra l'attività di *reverse engineering* ed i diversi sistemi di protezione del

Attraverso la conoscenza del codice sorgente, è agevole apprendere la intera architettura del programma, la logica posta alla base della sua realizzazione ed è altresì possibile operare qualunque intervento modificativo o strutturale su di esso, ampliandone ad esempio le funzionalità, o conseguendone una interoperabilità od una integrazione con altri programmi. Nei tradizionali modelli contrattuali di concessione in uso del software, proprio per le suindicate ragioni, non è mai consentito all'utente di ottenere la disponibilità del codice sorgente (3).

Da queste osservazioni è agevole rilevare come il codice sorgente, essendo l'unico elemento che consente ogni tipo di intervento sulla struttura del programma per elaboratore, costituisca il nucleo essenziale del software, il suo cuore vitale ed il centro originario di tutte le sue potenzialità future. Da qui deriva la straordinaria importanza dell'accessibilità al codice sorgente e della sua segretezza o mancanza di disponibilità nelle consuete licenze d'uso di software a carattere oneroso.

Accanto al modello di licenza d'uso di software, per così dire tradizionale, perché prevede il pagamento di un corrispettivo a fronte della concessione del diritto di uso, si stanno imponendo nel mondo dell'informatica schemi negoziali concorrenti ed alternativi che consentono all'utilizzatore del programma per elaboratore di avere una disponibilità completa sul codice sorgente e di utilizzare il software senza limitazioni e senza alcun corrispettivo. Si tratta di formule contrattuali che concedono a chiunque il diritto di utilizzare il programma per elaboratore per ogni scopo ed in ogni settore di attività, senza limitazione alcuna, compresa anche la facoltà di modificare e di ridistribuire a terzi il software.

Nell'ambito delle libere utilizzazioni e dell'accesso incondizionato al codice sorgente dei programmi per elaboratore, non vi sono sostanziali differenziazioni semantiche fra le formule contrattuali adottate nella prassi: nello specifico, la comunità informatica suole operare una distinzione terminologica tra la locuzione «open source» e quella di «free software» (o «software libero») (4). Tale distinzione è legata per lo più a valori sociali ed

programma per elaboratore, propone una soluzione mediana tra coloro che si battono per l'assoluto divieto di tale pratica e coloro che vorrebbero invece liberalizzarla: obbligare i produttori di software, dopo un determinato periodo di tempo, a rendere pubblici i codici sorgenti delle loro realizzazioni, i quali potrebbero essere utilizzati da chiunque come base per sviluppi ulteriori, dietro il pagamento di un corrispettivo. Per i profili gius-economici, cfr. il saggio di P. SAMUELSON - S. SCOTCHMER, *The law and economics of reverse engineering*, in *The Yale Law Jour.*, 2002, 111, 7, 1575.

(3) Come, infatti, osserva C. ROSSELLO, *I contratti di manutenzione del software*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. ALPA - V. ZENO-ZENCOVICH, Milano, 1987, 222, «l'interesse dell'utente a disporre del codice sorgente e della documentazione relativa confligge radicalmente con l'interesse del proprietario dei diritti di privativa sul programma a mantenere segreto il codice sorgente. Disponendo di quest'ultimo, infatti, l'utente è in grado non soltanto di correggere e modificare il programma, ma anche, una volta comprese le sue funzionalità, di copiarlo con relativa facilità».

(4) Su questi temi la letteratura giuridica nostrana è ancora scarsa; si segnala un saggio descrittivo di M. CIURCINA, *Software Libero ed Open-Source a confronto con la brevettabilità*

etici propugnati da associazioni che si battono tutte per la diffusione di un software in cui il codice sorgente sia accessibile a chiunque ed in cui non vi siano limitazioni sull'utilizzazione e sulle facoltà concesse all'utente (5). Il «software libero» o «free software» è la scelta di un modello sociale ideale portato avanti dalla Free Software Foundation in cui non vi sono restrizioni di alcun tipo sul programma per elaboratore (6). Viene sostenuto il concetto di libertà d'uso del software, quest'ultimo inteso come una risorsa comune, patrimonio dell'intera collettività, in grado di contribuire in misura considerevole allo sviluppo sociale ed economico. Ed il «software libero» viene considerato la soluzione ad un problema sociale rappresentato dal diritto di privativa che limiterebbe il comune sviluppo culturale (7).

Il «software open source», invece, pur garantendo anch'esso ogni sorta di facoltà di impiego all'utente del programma, viene considerato più una metodologia di sviluppo, una procedura da osservare per garantire a tutti

del software: «FLOSS v. IPRs», in *Dir. ind.*, 2003, 424 e qualche cenno di G. ZICCARDI, in *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2001, 97 e ss. ed una breve annotazione sulla direttiva emanata dal Ministero dell'Innovazione in data 19 dicembre 2003 di M. ODESCALCHI, *Open source, perché no?*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, III, 7. Nel panorama della dottrina straniera, si segnala il lavoro monografico di R. DIXON, *Open source software law*, Boston-London, 2004, i saggi di M.J. MADISON, *Reconstructing the Software License*, in *Loyola Univ. Chicago Law Jour.*, 2003, v. 35, n. 1, 275; J.B. WACHA, *Open source, free software, and the general public license*, in *Computer & Internet Lawyer*, 2003, v. 20, n. 3, 20; D. MC GOWAN, *Legal implications of open-source software*, in *Univ. of Illinois Law Rev.*, 2001, 1, 241. Su specifici profili relativi alla proprietà intellettuale, cfr. E. MOGLEN, *Freeing the wind: free software and the death of proprietary culture*, in *Maine Law Rev.*, 2004, v. 56, 1; C.M. REGER, *Let's swap copyright for code: the computer software dichotomy*, in *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Rev.*, 2004, v. 24, n. 2, 215; N.T. HORNE, *Open source software licensing: using copyright law to encourage free use*, in *Georgia State Univ. Law Rev.*, 2001, 863, la quale offre anche una utile descrizione dei vari tipi di licenza open source affermati nella prassi. Per i profili gius-economici, cfr. Y. BENKLER, *Coase's penguin, or, Linux and the nature of the firm*, in *The Yale Law Journal*, 2002, v. 112, 3, 369, il quale, in chiave efficientista, illustra i benefici che una collaborazione tra più individui, nello scambio e nella produzione di informazioni, ha sul mercato; J. ZITTRAIN, *Normative principles for evaluating free and proprietary and proprietary software*, in *The Univ. of Chicago Law Rev.*, 2004, v. 71, n. 1, 65. Nella dottrina tedesca, cfr. U. SANDL, «Open Source» software: politische, ökonomische und rechtliche Aspekte, in *Computer und recht*, 2001, 346; A. METZGER - T. JAEGER, *Open source software and German copyright law*, in *Int. Rev. of Industrial Property & Copyright Law*, 2001, v. 32, n.1, 52.

(5) Anche l'Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA), un insieme di disposizioni normative specificamente dettate per regolamentare il settore della nuova economia dell'informazione che si innesta nel corpus dell'Uniform Commercial Code (UCC), non offre una distinzione tra «free software» e «software open source», ma si limita a definire, alla sezione n. 410, il «free software» come «a computer program with respect to which the licensor does not intend to make a profit from the distribution of the copy of the program and does not act generally for commercial gain derived from controlling use of the program or making, modifying, or redistributing copies of the program».

(6) La Free Software Foundation, organismo che promuove la diffusione libera del software, è sorta su iniziativa di R. Stallman a cui si deve anche la realizzazione del «Progetto GNU», un insieme di programmi per elaboratore (tra cui il più famoso sistema operativo Linux) la cui utilizzazione è slegata da ogni forma di privativa, che si propone di sostituire i corrispondenti prodotti commerciali.

(7) Negli Stati Uniti, si avverte maggiormente il dilemma del bilanciamento tra il libero accesso alle informazioni e la tutela degli investimenti nel settore dell'innovazione tecnologica attraverso un severo regime di protezione: sul punto, cfr. M.A. HAYNES, *Commentary: black-holes of innovation in the software arts*, in *Berkeley Tech. Law Jour.*, 1999, 14, 567.

sia l'accesso al codice sorgente e sia l'utilizzo, senza alcun corrispettivo, del software (8). È più legato al concetto economico della mancanza di corrispettivo per il suo impiego, che alla necessità sociale di servirsi di una risorsa che dovrebbe appartenere a tutti.

Pur tenendo conto di queste enunciate differenze presenti nel mondo dell'informatica, per il giurista occorre valutare se i due movimenti che propugnano entrambi il codice aperto, l'assenza di diritti di privativa e di limitazioni d'uso del software, abbiano adottato dei modelli contrattuali che presentino delle condizioni negoziali in qualche misura divergenti per la realizzazione del comune obiettivo.

3. Affinché possa fondatamente parlarsi di «software open source» occorre che il codice sorgente del programma per elaboratore sia accessibile a chiunque. Il codice sorgente deve essere esplicitato in modo chiaro e senza alcuna forma intermedia o sua traduzione. Laddove il codice sorgente non sia distribuito insieme al software, deve essere ben pubblicizzato il modo per ottenerlo, privilegiando la forma gratuita del downloading attraverso Internet. Attraverso l'«open source» si incentiva la disponibilità per chiunque di conoscere il codice sorgente, perché solo attraverso di esso, è possibile modificare il programma per elaboratore e creare così opere derivate che contribuiscono all'evoluzione informatica, culturale e sociale della collettività. Infatti, come in un qualunque ambito scientifico, l'evoluzione è tanto più efficiente quanto maggiore è la circolazione tra gli addetti al settore della conoscenza e dei risultati raggiunti dalle realizzazioni altrui (9).

(8) L'Open Source Initiative (OSI) è un ente non profit che si propone di promuovere la diffusione del software open source. Si legge nel proprio manifesto che «the basic idea behind open source is very simple: when programmers can read, redistribute, and modify the source code for a piece of software, the software evolves».

(9) Emerge con vigore il tema dell'economia della conoscenza, cioè sulla centralità che la conoscenza ha assunto nel processo economico e produttivo. Si veda in proposito il saggio di V. ZENO-ZENCOVICH - G.B. SANDICCHI, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. inf.*, 2002, 971, che illustra le varie teorie che si sono proposte di definirla; si veda, in particolare, quella teoria cosiddetta «endogena», che vede tra i suoi esponenti D.J. Watts, M. Jackson e P. Romer, che interpreta la conoscenza come il prodotto della correlazione di soggetti che si trasmettono le proprie competenze ed anche quella di I. Nonaka, secondo il quale la conoscenza viene prodotta attraverso un processo circolare che crea ulteriore e nuova conoscenza, e ciò per mezzo di quell'attività di socializzazione dell'informazione che, se distribuita, si arricchisce del contributo di esperienze maturate da altri soggetti. In realtà, sulla natura cumulativa ed interattiva della conoscenza, l'intuizione, in tema di economia della ricerca, si deve a Thomas Jefferson, che nella sua lettera del 1831 indirizzata a Isaac Mc Pherson, così scrive: «the fact is, that one new idea leads to another, that to a third, and so on through a course of time until someone, with whom no one of these ideas was original, combines all together, and produces what is justly called a new invention». Per un'analisi giuridico-economica e nel contempo anche storica, si veda P.A. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, in *Diritto ed economia della proprietà*, a cura di G. Clerico - S. Rizzello, Padova, 1998, 9. Sul tema della cooperazione tecnologica in grado di aumentare la produzione della conoscenza e le sue applicazioni, si veda il fondamentale saggio di R.C. ALLEN, *Collective invention*, in *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 1983, 4, 1. Più in gene-

Possono prevedersi anche soluzioni contrattuali che tendono a preservare il lavoro creativo che è alla base del «software open source», garantendo che il codice sorgente non venga alterato o distribuito dai terzi che utilizzano il programma in forma diversa da quella originaria. Infatti, qualora l'autore del programma intenda salvaguardare i propri diritti morali sull'opera da interventi modificativi esterni che ne potrebbero intaccare la sua paternità originaria, pregiudicandola, potrà assicurarsi che il codice sorgente non venga alterato dai terzi che si propongano di sviluppare programmi derivati (10). Ma, in questo caso, affinché il suo software possa considerarsi «open source», l'autore dovrà mettere a disposizione di chiunque dei patch files, cioè delle sequenze di istruzioni di programma che consentano la modifica del software o la sua integrazione con altri diversi programmi per elaboratore (11). In questo modo, è, sotto il profilo tecnico, agevolmente possibile distinguere il programma per elaboratore originario da tutti quelli creati successivamente sull'impronta del primo.

L'essenza dell'«open source» è rinvenibile nell'assenza di una qualunque restrizione circa l'uso del programma, che può essere anche ridistribuito dall'utente a terzi e ciò senza previsione di alcun corrispettivo; e la sua redistribuzione deve riconoscere al nuovo utilizzatore i medesimi diritti e le stesse facoltà attribuiti al precedente utente, senza che sia necessario per l'utente successivo una licenza aggiuntiva.

Il programma «open source» può poi costituire la base per creare un altro software derivato od essere inserito da chiunque come parte di un altro programma per elaboratore per arricchirne, ad esempio, le funzionalità ed il prodotto così ottenuto dovrà garantire le stesse ampie facoltà attribuite all'utente del programma originario e quindi non dovrà prevedere alcun corrispettivo per il suo utilizzo. In sostanza, è consentito a tutti operare le modifiche del programma e ciò in qualunque forma e modo ed il software ottenuto non dovrà tradire la filosofia «open source», che ha pur sempre consentito la creazione dell'opera derivata.

Alla base della concezione «open source» vi è anche un principio di uguaglianza universale che viene espresso nella facoltà di utilizzo del software in qualunque modalità, forma, campo di applicazione e senza discriminazione di individui o gruppi di persone.

rale, cfr. C. ANTONELLI, *Economia dell'innovazione*, Bari, 1995.

(10) Il modello contrattuale che consente all'autore originario del software «open source» di mantenere preservato sia il codice sorgente che le istruzioni del programma per elaboratore viene denominato «the artistic license». Con questo schema negoziale, i terzi possono apportare interventi modificativi che vengono effettuati su files messi a disposizione dall'autore e che si differenziano dal programma vero e proprio.

(11) Il termine patch file, nel mondo dell'informatica, sta ad indicare una modifica non rilevante che si apporta ad un programma per elaboratore attraverso la installazione di un file per la correzione di un errore o l'aggiornamento dei dati. Attualmente, i patch files sono poco frequenti rispetto al passato: le software houses preferiscono infatti diffondere al pubblico una versione aggiornata del programma per elaboratore.

Nello specifico, gli elementi qualificanti dei modelli contrattuali «open source» sono la concessione di un diritto, non esclusivo e non soggetto a limitazioni temporali o territoriali, di utilizzare, distribuire, riprodurre, modificare, ridistribuire e rappresentare in pubblico il programma per elaboratore. Nel caso in cui il programma per elaboratore in qualche paese sia protetto come invenzione industriale e non come oggetto del diritto d'autore, viene concesso il diritto di utilizzo, di distribuzione, di riproduzione, di vendita e di offrire in vendita il software (12). Tutti i suindicati diritti sono riconosciuti all'utente direttamente nel momento in cui lo stesso ha la disponibilità del software e lo utilizza per i propri scopi.

Nel caso di una sublicenza, tutte le facoltà suindicate sono automaticamente attribuite al sublicenziatario e ciò senza alcuna restrizione ed il successivo utilizzo viene regolato dalle condizioni e dai termini espressi dalla licenza originaria.

Gli obblighi dell'utente sono piuttosto limitati: egli, nel caso decida di ridistribuire a terzi il programma per elaboratore, è tenuto a consegnare, unitamente al software, anche una copia dello schema contrattuale della licenza e deve fare in modo che il codice sorgente sia liberamente accessibile; nel caso in cui quest'ultimo non sia allegato al programma per elaboratore, l'utente-distributore ha il dovere di indicare tutte le informazioni su come ottenerlo senza particolari oneri. Inoltre, l'utente che intende distribuire a

(12) Ad esempio, negli Stati Uniti, a far seguito della decisione del *Federal Circuit* del 1995 (caso *Beauregard v. United States Patent and Trademark Office*, 53 F.3d 1583), si è stabilita la brevettabilità del software nelle ipotesi in cui il programma informatico sia incluso in un supporto fisico eseguibile da un elaboratore elettronico: «computer programs that are embodied in a tangible medium, such as floppy diskettes, are patentable subject matter under 35 U.S.C. section 101 by the Patent and Trademark Office», sempre che esso soddisfi i requisiti della «novelty, non obviousness and utility» richiesti dai nn. 102 e 103 dell'art. 35 U.S.C.. Sul punto, cfr. anche le *Examinations Guidelines for Computer Related Inventions*, 61 Fed. Reg. 7478 del 28 Febbraio 1996 del *Patent and Trademark Office, U.S. Dept. of Commerce*, secondo cui «when functional descriptive material is recorded on some computer readable medium it becomes structurally and functionally interrelated to the medium and will be statutory in most cases». In generale, sull'aumento del numero di programmi per elaboratore protetti negli Stati Uniti come invenzione industriale, cfr. K. NICHOLS, *Inventing software: the rise of «computer-related» patents*, Westport, 1998, ed anche M.A. LEMLEY - D.W. O'BRIEN, *Encouraging software reuse*, in *Stanford Law Rev.*, 1997, 49, 255. Sulla poca chiarezza dei requisiti della novelty, non obviousness and utility nel settore dell'informatica, si vedano le critiche mosse da J.H. REICHMANN, *Legal Hybrids between the patent and copyright paradigms*, in *Columbia Law Rev.*, 1994, 94, 2432, ma soprattutto da L. LESSIG, *The problem with patents*, in *The Industry standard*, 1999, 20. Con riguardo ai profili problematici che la brevettabilità del software produce nel mondo open source, si veda il saggio di D. LIN - M. SAG - R.S. LAURIE, *Source code versus object code: patent implications for the open source community*, in *S. Clara Computer & High Tech. Law Journ.*, 2002, v. 18, 235; in particolare, viene posto in evidenza che ciò che, secondo le statuizioni statunitensi, determina la brevettabilità del software, è necessariamente il codice oggetto e non anche il codice sorgente. Alla luce di tali considerazioni, tutte le attività che prevedono l'impiego del codice sorgente proprie dell'open source non violerebbero i diritti di privativa industriale propri del *Patent and Trademark Office* (c.d. *software patent rights*), fatta eccezione per quelle attività di distribuzione o vendita del codice sorgente in cui esso è considerato «a component of a patented manufactured, in which the patented manufacture is the compiled object code».

terzi il software, è tenuto a mantenere l'indicazione del copyright, cioè il riferimento al soggetto che, per primo, ha fornito al pubblico il programma per elaboratore ed il codice sorgente.

Qualora l'utente sia intenzionato ad apportare delle modifiche al software concessogli in uso, anche queste verranno regolate dai termini e dalle condizioni presenti nella licenza originaria. Tutte le modifiche o gli interventi sul software devono, peraltro, essere accompagnati nella loro distribuzione al pubblico dal codice sorgente che non può subire restrizioni nella sua accessibilità. Inoltre il soggetto che ha apportato le modifiche è tenuto ad attestare gli interventi effettuati attraverso la creazione di un documento che rechi al suo interno l'indicazione che le modifiche sono derivate dal software (open source) originario, la data degli interventi compiuti e le proprie generalità.

Nel caso in cui poi il «software open source» venga incluso in un altro software per dar vita ad un prodotto diverso da distribuire al pubblico, la parte di software «open source» dovrà essere sempre regolata dalla licenza originaria. Per le opere derivate, inoltre, dovrà essere predisposta una versione diversa dell'originario schema contrattuale della licenza, omettendo i riferimenti al soggetto che per primo ha realizzato e concesso in uso il programma od altrimenti indicando la fonte di provenienza della nuova licenza con l'avvertenza che essa contiene termini e condizioni differenti da quella originaria.

All'utente del «software open source» che intenda distribuire al pubblico il programma, è concessa anche la facoltà di richiedere un corrispettivo per le prestazioni di assistenza o di manutenzione che possono essere aggiunti quali ulteriori pattuizioni nella successiva licenza d'uso che accompagna il programma nella distribuzione. Ma si tratta comunque di obbligazioni personali che non possono in alcun modo riferirsi al soggetto che per primo ha concesso in uso il programma.

Infine, nel caso in cui l'utente includa il «software open source» all'interno di un altro programma non «open source» e decida di commercializzare il prodotto così ottenuto, egli sarà tenuto a manlevare e garantire tutti i soggetti che hanno contribuito alla realizzazione del «software open source» dagli eventuali danni causati a terzi derivanti dall'impiego di tale nuovo programma.

Per quanto attiene alle garanzie, i modelli di «licenza open source» sono privi di obblighi per il soggetto concedente. Il software viene concesso in uso nello stato di fatto in cui si trova («as it is») ed il licenziante non garantisce che esso sia privo di difetti o che possa causare errori, perdita di dati o che possa creare delle disfunzioni o dei malfunzionamenti con le apparecchiature o con gli altri programmi preesistenti; il programma viene, dunque, rimesso nella libera disponibilità dei terzi che si assumono ogni rischio derivante dal suo impiego. Allo stesso modo, secondo lo schema ricorrente nelle licenze, le responsabilità, per qualunque titolo, derivanti dall'utilizzo

del «software open source», non potranno essere attribuite al soggetto che ha concesso al pubblico il diritto d'uso del programma (13).

4. La Free Software Foundation si propone di eliminare ogni restrizione sulla copia, sulla redistribuzione e sulla modifica dei programmi per elaboratore. Essa opera promuovendo lo sviluppo e l'uso di «software libero» in tutti i segmenti dell'informatica, ma, principalmente, tale ente indirizza i propri sforzi per la diffusione del sistema operativo GNU/Linux, che si pone come risorsa alternativa ai sistemi operativi di tipo proprietario (14).

Esiste un documento approntato dai realizzatori del sistema GNU/Linux che contiene le linee guida per qualificare il programma per elaboratore come «software libero» (15). Secondo le direttive ivi contenute, ogni programma deve avere accessibile il codice sorgente che deve essere distribuito anche in forma di codice oggetto.

La licenza può impedire che il codice sorgente sia distribuito in forma modificata solo se vi è la disponibilità per chiunque dei patch files. Inoltre, deve sempre essere consentita la modifica del software e la realizzazione di opere derivate, purchè esse siano distribuite e regolate dagli stessi termini

(13) Chiunque può realizzare un programma per elaboratore e chiedere alla Open Source Initiative che sia certificato come software «open source» e che sia utilizzabile da tutti coloro che fossero interessati. Affinchè il programma possa essere qualificato come «open source», esso dovrà avere delle caratteristiche essenziali indicate da un documento chiamato The Open Source Definition (redatto da B. Perens) in cui sono racchiuse le linee guida ed i principi che ogni licenza deve contenere.

(14) Linux è un sistema operativo ideato da Linus Torvalds, programmatore finlandese che lavora al suo sviluppo con l'aiuto di una nutrita comunità di programmatori che dialogano tra loro attraverso Internet. Si tratta di una versione semplificata del programma Unix ed è installabile su tutti i computer e su tutte le piattaforme hardware. Linux è disponibile in rete, vanta diversi milioni di utenti in tutto il mondo e viene anche utilizzato per la gestione dei server su Internet; esso costituisce una vera alternativa al sistema Windows. La Free Software Foundation, a dispetto della sua attività di promozione della diffusione del «software libero», distribuisce copie e manuali esplicativi del software GNU/Linux anche dietro il versamento di un compenso. È possibile, infatti, ordinare un Cd-Rom contenente il software a fronte del pagamento di un corrispettivo; questa pratica viene giustificata come una raccolta di fondi necessaria per sostenere il continuo sviluppo ed aggiornamento del sistema operativo. Si legge, infatti, nella GNU General Public License che «when we speak of free software, we are referring to freedom, not price». Diversamente, però, in alcuni schemi di licenza, quale, ad esempio, quello denominato Aladdin Free Public License, è espressamente vietata la richiesta di un corrispettivo economico per la distribuzione del programma e non è consentito l'incorporazione del software in un altro per fini commerciali.

(15) Coloro che hanno realizzato il sistema GNU/Linux hanno approntato un documento programmatico che contiene i punti qualificanti del movimento del «free software»; esso viene denominato «Contratto Sociale di Debian» al cui interno vi sono le linee guida per il «software libero», che costituisce la base della Open Source Definition. Nel documento richiamato, si legge di un impegno a che il sistema operativo GNU/Linux e tutti i suoi componenti restino liberi e che il sistema stesso non richieda mai l'uso di un componente software «non libero». Si riscontra l'intento programmatico di realizzare sempre il miglior sistema operativo possibile, attraverso la comunicazione e la correzione dei bugs, soddisfacendo le richieste di migliorie avanzate dagli utenti. Nel «Contratto Sociale di Debian» vi è poi il preciso impegno a non opporsi allo sviluppo di programmi «non liberi» realizzati per essere utilizzati attraverso il sistema operativo GNU/Linux, che potrà essere inserito anche all'interno di altri programmi «liberi», sempre senza alcun corrispettivo per i suoi realizzatori.

della licenza del software originario. In particolare, secondo le previsioni dello schema negoziale in uso, l'utente che intenda modificare il «software libero» e distribuirlo al pubblico in questa nuova versione derivata dovrà necessariamente: (i) indicare i files modificati e la data di ogni modifica effettuata; (ii) avvisare in modo esplicito che il programma per elaboratore distribuito deriva da «software libero» o che quest'ultimo parzialmente lo compone e che l'intero programma sarà oggetto di licenza senza corrispettivo secondo i termini della licenza originaria «free software»; (iii) nel caso si tratti di un programma per elaboratore che si avvia in esecuzione automatica, comunque rendere visibile l'informazione riguardo ai diritti di autore unitariamente all'avvertenza circa l'assenza di ogni garanzia (se non concessa facoltativamente dal distributore) ed, infine, rendere edotto l'utente dei termini e delle condizioni relativi alla licenza «free software»; (iv) accompagnare al programma per elaboratore il codice sorgente, oppure, accompagnare al programma per elaboratore una dichiarazione scritta contenente l'impegno, valido per almeno tre anni, di consegnare a chiunque, dietro il versamento di un corrispettivo non superiore al costo di distribuzione del programma, una versione completa del codice sorgente, o, infine, accompagnare al programma per elaboratore delle istruzioni su come accedere al codice sorgente.

Non può essere impedito per contratto di distribuire commercialmente il «software libero», sia da solo che in forma aggregata con un altro programma per elaboratore e, in questo ultimo caso, la licenza originaria del «software libero» non potrà prevedere alcuna forma di corrispettivo o compenso in favore degli autori del «software libero» a fronte di tale impiego. La facoltà concessa all'utente di distribuire dietro compenso il «software libero», si distingue nettamente dalle linee guida dell'«open source» (quelle indicate nel «The Open Source Definition»), le quali, come accennato, non contemplano la distribuzione commerciale del programma (16).

Inoltre, la licenza non deve porre divieti di utilizzo di un altro software «non libero» che viene distribuito al pubblico unitamente al «software libero».

La «licenza free software», così come la «licenza open source», prevede che nel caso in cui l'utente decida di distribuire a terzi il programma, il nuovo licenziatario dovrà godere delle stesse facoltà che sono riconosciute al precedente utente (17).

(16) Nel cosiddetto «Progetto GNU», un documento che illustra come è nata l'idea del «free software», si legge che la libertà di vendere copie di un programma per elaboratore è essenziale in quanto è un modo di raccogliere fondi per lo sviluppo del software «libero». Pertanto, paradossalmente, un programma che non può essere oggetto di commercializzazione o di inclusione in raccolte di software «libero» da vendere sul mercato, non è un software «libero». Nella GNU General Public License, si legge, peraltro, che la licenza che concede in uso il software «is designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software and charge for this service if you wish».

(17) È un principio ricorrente negli schemi paradigmatici della concessione in uso dei

Allo stesso modo dell'«open source», infine, la licenza che concede il «software libero» non può, infine, prevedere alcuna discriminazione per soggetti o gruppi di soggetti o campi di impiego del programma.

Anche la «licenza free software» esclude ogni forma di garanzia e di ipotesi di responsabilità risarcitorie che a qualunque titolo dovessero essere avanzate dagli utenti.

Da ultimo, un'avvertenza contenuta nello schema paradigmatico della «licenza free software» attualmente in uso, suscita qualche riflessione; essa testualmente recita: «you may not copy, modify, sublicense, or distribute the program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the program is void, and will automatically terminate your rights under this License». Ciò sta a significare, in altri termini, che tutte le ampie facoltà di impiego riconosciute all'utente devono avvenire in conformità alle prescrizioni della licenza stessa e che ogni tentativo di modifica, di copia e di distribuire il «software libero» effettuato senza ottemperare alle statuizioni in essa contenute, è vietato e produce la risoluzione immediata del contratto.

Queste annotazioni fanno allora riflettere sull'effettivo significato del «software libero»: non esiste per l'utente una libertà assoluta di disporre di questo particolare programma per elaboratore; per poter compiere delle attività che ne presuppongono l'impiego, occorre pur sempre sottostare a delle previsioni contrattuali che contemplano obblighi. La concessione delle ampie facoltà di utilizzo del «software libero», attività che viene presentata al pubblico come l'espressione di un sommo atto di libertà, avviene ponendo degli obblighi, fissando delle restrizioni. È una libertà che trae la propria origine da un vincolo impositivo, che, se spezzato, ne produce la sua cancellazione.

5. Come è noto, il «software» è un bene immateriale, privo del requisito della tangibilità, tutelato come opera creativa e questa sua natura influisce in misura considerevole sugli schemi negoziali che attivano la circolazione dei diritti su tale entità (18). In particolare, i diritti di sfruttamento del programma per elaboratore sono regolati dalle norme speciali in tema di trasferimento dei diritti di autore attraverso gli articoli che vanno dall'art. 2575 all'art. 2583 del cod. civ. (e artt. 107-114 legge 633/1941).

Si possono presentare nella prassi figure contrattuali che prevedono la cessione a titolo definitivo ed irrevocabile del diritto di utilizzare uti dominus il programma per elaboratore dietro il versamento in favore del cedente

programmi a codice aperto secondo il quale «if you distribute copies of such program, whether gratis or for a fee, you must give the recipient all the rights that you have».

(18) Per approfondimenti sui contratti relativi alle opere dell'ingegno, cfr., su tutti, V.M. DE SANCTIS - M. FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 2000.

di un corrispettivo. Questa ipotesi, in buona sostanza, ricalca lo schema tipico della compravendita (19). Assai più ricorrente nella prassi, però, è la figura che viene indicata come licenza d'uso del programma per elaboratore, cioè lo schema negoziale con il quale una parte concede ad un'altra il diritto ad utilizzare il software per un periodo di tempo e verso un determinato corrispettivo. Attraverso questa figura contrattuale, il soggetto licenziatario non acquista il diritto di proprietà sul bene, bensì la facoltà di utilizzo o sfruttamento di una riproduzione dello stesso, secondo i termini e le condizioni stabilite nel contratto.

La categoria concettuale della licenza di uso di un bene immateriale, sebbene molto frequente nella pratica, è ancora oggetto di opinioni contrapposte in ordine alla sua qualificazione giuridica ed alla sua relativa collocazione sistematica e stenta a trovare una pacifica ricostruzione ermeneutica, anche a causa della molteplicità delle forme con cui essa si presenta nella prassi economica e sociale (20).

Da una parte c'è chi nega ogni autonomia concettuale alla licenza riconducendola nell'ambito della figura tipica della locazione (21); in questa prospettiva, la figura della licenza d'uso del software sarebbe assimilabile ed

(19) Come rileva E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1994, 206, «in questi casi l'autore può avere interesse a cedere a titolo definitivo e irrevocabile la propria opera a una casa commercialmente più importante e quindi in grado di sfruttare meglio il prodotto dal punto di vista economico».

(20) Diversamente, negli Stati Uniti, la licenza di software trova un suo riconoscimento normativo: l'*Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA)*, alla section 102, definisce la licenza come «a contract that authorizes access to, or use, distribution, performance, modification, or reproduction of, information or informational rights, but expressly limits the access or uses authorized or expressly grants fewer than all rights in the information, whether or not the transferee has title to a licensed copy. The term includes an access contract, a lease of a computer program, and a consignment of a copy». Pertanto, anche gli access contracts, cioè quei contratti che vengono utilizzati «to obtain by electronic means access to, or information from, an information processing system of another person, or the equivalent of such access» sono considerati una forma di licenza; sui contratti di accesso, nella dottrina italiana, l'unico riferimento è A. PALMIERI, *I contratti di accesso*, Milano, 2002 e A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Gli «access contracts»: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Le banche di dati giuridiche*, a cura di F. Di Ciommo, Milano, 2002, 175. La licenza può considerarsi compresa nel genus di quelle figure contrattuali denominate negli Stati Uniti *computer information transactions*, vale a dire quegli «agreements or the performance of them to create, modify, transfer, or license computer information or informational rights in computer information» (section 102 dell'UCITA).

(21) F. GALGANO, *La cultura giuridica italiana di fronte ai problemi informatici (considerazioni di sintesi)*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. Alpa - V. Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 379; G. SANTINI, *Commercio e servizi*, Bologna, 1989, 483; G. FINOCCHIARIO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova, 1993, 97; E. TOSI, *I contratti di informatica*, Milano, 1993, 157. C'è poi chi (V.M. LEONE, *La concessione del software fra licenza e locazione*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. Alpa - V. Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 349) differenzia all'interno della vasta area delle utilizzazioni del programma per elaboratore, se il titolare originario ed esclusivo dei diritti conceda al terzo contraente, oltre alla facoltà di uso personale dell'opera, anche il diritto di commercializzare il bene. In particolare, secondo questo orientamento, solamente in quest'ultimo caso, si potrebbe propriamente parlare di licenza, atteso che la causa del contratto di licenza sarebbe rinvenibile proprio nel trasferimento dei diritti di utilizzo finalizzati allo sfruttamento economico. In assenza della concessione della facoltà di disporre economicamente del bene, si verserebbe nella locazione.

assorbita interamente nella suddetta categoria, che, come è noto, attribuisce ad un soggetto la facoltà di godimento di un bene. In questo senso, la licenza d'uso di un bene immateriale sarebbe una forma di locazione, disciplinata dalle norme tipiche, per quanto applicabili.

Altra parte della dottrina ritiene che il termine licenza indicherebbe solitamente una relazione contrattuale che sarebbe qualificabile invece come una vendita, atteso che il rapporto che si instaura tra le parti sarebbe istantaneo e non di durata e, di regola, il corrispettivo è versato in una unica soluzione. Ed in più, il contratto in questione avrebbe ad oggetto non il trasferimento del bene immateriale, ma bensì dell'esemplare (22).

A tale inquadramento si contrappone un ulteriore orientamento che considera la licenza d'uso del software un contratto atipico, non rinvenendosi alcuna disposizione all'interno dell'ordinamento che le assegni una disciplina di riferimento. Si verserebbe, pertanto, nella magmatica ed estesa area dei contratti innominati, frutto dell'autonomia contrattuale delle parti. E, nella ricerca della disciplina applicabile a tale figura, secondo il metodo tipologico, ci si indirizzerebbe verso lo schema base della locazione di bene mobile, sia pure con un adeguato giudizio di compatibilità che deve tenere conto della particolare natura del bene oggetto del contratto (23). Infatti, la presenza del software determina una differenziazione dallo schema tipo

(22) Come riferisce M. RICOLFI, in *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, in questa *Rivista* 2004, p. 364, paragrafo 3.2. Questa qualificazione trarrebbe la propria fondatezza dalla statuizione contenuta nell'art. 1470 cod. civ., la quale prevede, oltre al trasferimento della proprietà della cosa, anche il «trasferimento di un altro diritto» e dunque qualsiasi diritto anche su bene immateriale, quale è l'opera dell'ingegno; nello stesso senso, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, vol. VII, tomo I, Torino, 1972, 182; F. GALGANO, *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, 1993, 485; F. MACARIO, *Vendita*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, 1994, 6. Tuttavia, la licenza che concede a terzi il diritto di utilizzazione del software o di altra opera dell'ingegno, a differenza di quanto previsto nello schema paradigmatico della compravendita, non determina una diminuzione nelle situazioni soggettive del dante causa, che rimane pur sempre titolare del complesso originario delle facoltà esclusive. Questa incongruenza porta a differenziare, in una qualche misura, la figura negoziale in questione dal modello tipico della compravendita ed è originata dalla particolare natura del bene in questione; il bene immateriale, infatti, ha delle sue proprie caratteristiche, quali: la trascendenza, la necessità di estrinsecazione, la infinita riproducibilità e circolabilità, la indistruttibilità, nonché la possibilità di un integrale e contemporaneo godimento e, in ultimo, la insuscettibilità di un immediato godimento economico (sul punto, si rinvia a M. ARE, *Beni immateriali (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 252). Questo sta a significare che l'entità immateriale assume una posizione di trascendenza e la materia invece una posizione di fungibilità, implicando la concettuale possibilità del bene stesso di circolare in un numero indefinito di esemplari corporei realizzati anche su supporti materiali diversi od estrinsecati in forme divergenti tra loro. Cosí dunque si spiega la indistruttibilità del bene immateriale, intesa come capacità di sopravvivere sia al proprio autore che al proprio mezzo di estrinsecazione; nello stesso senso, peraltro, si giustifica la caratteristica della insuscettibilità di un immediato godimento economico propria dei beni immateriali, atteso che essa trova il suo fondamento nella concettuale separazione del bene (immateriale) dal suo mezzo fisico di estrinsecazione. Da qui, allora, se si intende assimilare il contratto di licenza ad una compravendita avente ad oggetto un trasferimento di diritti, occorre pur sempre tenere presente queste segnalate note di divergenza dettate dalla natura immateriale del bene in questione.

(23) In questo senso, cfr. C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., 65.

della locazione, che rimane pur sempre, però, il riferimento per l'applicazione della relativa disciplina ai modelli contrattuali in uso (24).

Quanto fin qui detto a proposito della licenza d'uso di software vale per tutte quelle posizioni in cui il soggetto titolare fa leva sul proprio diritto di escludere i terzi dal trarre beneficio dall'utilizzo di quello specifico bene. In sostanza, gli schemi contrattuali sopra indicati si fondano tutti sul diritto di esclusiva riconosciuto dalla legge al soggetto creatore del bene, che si sostanzia nel diritto allo sfruttamento patrimoniale della creazione e, nel contempo, si esplica nel potere autorizzativo o inibitorio nei confronti dello sfruttamento del bene da parte dei terzi.

Ora, invece, con la comparsa del software «open source» e del «free software» la struttura, l'elemento causale, il sinallagma e l'equilibrio degli schemi contrattuali che assegnano le facoltà di utilizzo di un programma per elaboratore ai terzi, sono radicalmente mutati. Per effetto della precisa volontà del soggetto originario titolare dei diritti, il bene in questione è del tutto svincolato dal regime di protezione e dai correlati diritti di privativa accordatigli dalla normativa di cui alla legge 633/1941. Così, con riferimento al software, viene concessa in favore di ogni utilizzatore una non esclusiva ed amplissima gamma di facoltà di impiego e ciò a fronte di nessun corrispettivo in favore del soggetto concedente. In particolare, senza alcuna limitazione territoriale e temporale, viene garantito all'utente del software il diritto irrevocabile di riprodurre il programma per elaboratore in modo permanente o temporaneo, totale o parziale, di tradurlo, di adattarlo, di trasformarlo e di compiere qualunque modificazione e di distribuirlo al pubblico in ogni forma e modo.

L'assenza di un corrispettivo esplicito per la concessione di tali facoltà, fa sì che non sia ravvisabile un sinallagma caratterizzato dallo schema del *do ut des*. Non sembrano rinvenibili neanche oneri indiretti in favore dell'utente, come avviene ad esempio, in molti contratti di accesso ad Internet o di attivazione di servizi di posta elettronica, in cui vi è, da parte del soggetto fruitore, il rilascio del consenso al trattamento dei propri dati personali ed alla ricezione di messaggi a contenuto promozionale. In ordine a tale aspetto, ci si chiede se il modello negoziale che concede in favore di un terzo l'utilizzo del software «open source» sia ancora qualificabile come

(24) Nella licenza d'uso di software gli elementi differenzianti rispetto alla locazione sono la modalità di pagamento del corrispettivo, che, nella maggior parte dei casi, avviene in una unica soluzione ed il termine di durata che nella prima ipotesi è a tempo indeterminato, mentre, per la locazione, ciò non può mai avvenire. Inoltre, le figure contrattuali aventi per oggetto l'utilizzo del programma per elaboratore trovano, in aggiunta alle previsioni pattizie convenute tra le parti, ulteriore regolamentazione nella disciplina legale prevista dagli artt. 64-bis, 64-ter e 64-quater della legge sul diritto d'autore, che specificano e circoscrivono, peraltro, la gamma delle facoltà concesse all'utente anche senza l'autorizzazione del titolare. Da osservare, poi, che all'utente, secondo gli schemi negoziali in uso imposti dai grandi produttori di software, sono attribuiti diritti di utilizzazione molto limitati oltre a stringenti obblighi di astensione con riguardo alle attività non direttamente correlate all'impiego per fini personali.

una licenza, il cui schema causale sembra prevedere necessariamente uno scambio di prestazioni tra le parti. In altri termini, il punto centrale della questione è accertare come definire giuridicamente tale figura negoziale (25).

Analizzando lo schema negoziale adottato nella prassi, sembrerebbe prima facie che esso debba essere svincolato dal meccanismo della corresponsività tra le prestazioni proprio del modello contrattuale e possa, invece, essere qualificato come un negozio unilaterale attraverso il quale il soggetto titolare di tutte le prerogative sul software concessegli dalla legge, rinuncia a tali diritti esclusivi in favore dei terzi. Il documento contrattuale in esame integrerebbe così una rinuncia espressa del soggetto titolare dei diritti a far valere la propria posizione di esclusività in ordine all'utilizzo del programma per elaboratore da parte dei terzi (26). D'altronde, tutte le situazioni giuridiche soggettive attive possono formare oggetto di rinuncia, fatta eccezione per i diritti indisponibili e per le condizioni legate allo status, in virtù della protezione che l'ordinamento accorda loro a tutela di un interesse pubblico generale (27).

Attraverso il potere dispositivo dell'autore dell'atto, si configurerebbe una fattispecie rinunciativa in grado di produrre contestualmente un doppio effetto giuridico: un primo, di tipo estintivo, incidente in modo abdicativo sul rapporto giuridico sorto ex lege che attribuisce la titolarità dei diritti di sfruttamento del programma per elaboratore all'autore dell'atto; ed un secondo, di tipo costitutivo, che conferisce ai terzi, come conseguenza diretta e riflessa del negozio, i medesimi diritti oggetto dell'atto dispositivo.

In definitiva, dunque, considerando gli schemi negoziali adottati nel mondo dell'«open source» e del «free software», sembrerebbe essere di

(25) Ad onor del vero, è da segnalare una pronuncia di merito, Trib. Palermo, 29 maggio 1997, in *Dir. inf.*, 1998, 965 con nota di M. MONTALBANO, secondo la quale «l'atto con cui il creatore dell'opera dell'ingegno (software) cede gratuitamente a un terzo la facoltà d'uso del bene immateriale, riservandosene la titolarità, è qualificabile come licenza d'uso, ancorché utilizzata strumentalmente per realizzare l'intento liberale. La licenza d'uso di software è negozio giuridico che conserva la sua causa tipica e, pur configurandosi normalmente quale contratto lucrativo, non appare rivestire carattere essenzialmente oneroso ben potendo, dunque, avvenire anche a titolo gratuito in considerazione del particolare assetto di interessi che le parti hanno inteso imprimere nella specie». Tuttavia, la pronuncia richiamata, nella sua parte motiva si mostra lacunosa e contraddittoria proprio nei punti in cui qualifica come tipico lo schema contrattuale della licenza d'uso ed in cui, facendo riferimento alla rinuncia al corrispettivo, implicitamente attribuisce la natura essenzialmente onerosa alla licenza.

(26) Sul tema della rinuncia, in dottrina, si rimanda a F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992.

(27) La categoria dei diritti irrinunciabili si sostanzia dunque nei diritti indisponibili, vale a dire alcuni diritti familiari, i diritti della personalità, e così via. In materia di diritto d'autore, «il divieto di alienazione del diritto morale, posto dall'art. 22 legge 633/1941, persegue una finalità d'indole pubblicistica consistente nella garanzia della paternità dell'opera e della sua integrità; pertanto, ogni rinuncia al diritto morale deve essere interpretata restrittivamente ed è vincolante soltanto fra le parti del negozio di rinuncia» (Trib. Milano, 13 dicembre 1984, in *Dir. inf.*, 1985, 231, con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Disponibilità del diritto morale d'autore e spots pubblicitari nel film*).

fronte ad un atto di rinuncia che assume la struttura di negozio giuridico unilaterale in cui vi è una manifestazione di volontà del suo autore diretta al perseguimento di uno scopo specifico, che è la dismissione di una situazione giuridica di cui è titolare il rinunciante.

La libera attività dispositiva di un soggetto che compie un atto giuridico produce inevitabilmente una perdita patrimoniale a carico del disponente, a cui può corrispondere un incremento patrimoniale a favore del soggetto che beneficia della rinuncia. Infatti, l'effetto abdicativo della titolarità di un determinato rapporto giuridico, che si estingue definitivamente, si traduce in una diminutio dell'attivo e, conseguentemente, di riflesso, in una realizzazione di un vantaggio per il terzo.

L'atto di rinuncia, nella sua costruzione dogmatica, ha una struttura unilaterale recettizia ma la produzione degli effetti prescinde dalla notificazione della dichiarazione ai terzi; tale comunicazione, infatti, è immediatamente efficace e vincolante non appena esteriorizzata e questo profilo consente di qualificare la rinuncia come atto irrevocabile (28).

Tuttavia, compiendo una verifica più attenta in ordine alla qualificazione giuridica dello schema negoziale in uso per l'attribuzione ai terzi dei diritti di utilizzazione sul programma per elaboratore cosiddetto a codice aperto, 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 immanente perdita patrimoniale in capo al soggetto che compie l'atto di disposizione (29). Il negozio di rinuncia, infatti, ha alla base un atto di privazione del disponente diretto al trasferimento immediato del diritto su di un bene, il quale, pertanto, non farà più parte del complesso delle attività del soggetto.

Nelle fattispecie negoziali proprie dell'«open source» e del «free software», questa spoliazione non si verifica affatto. Il soggetto concedente del complesso dei diritti, mantiene una sua titolarità sul bene e potrà continuare ad esercitare anch'egli il godimento su di esso e perfino un controllo sulle modalità attraverso cui i soggetti concessionari dispongono dei diritti trasmessi. A tale aspetto si collega poi la circostanza che il negozio di rinuncia è diretto ad un trasferimento definitivo ed irrevocabile del diritto in favore

(28) Così, F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 940.

(29) La perdita patrimoniale a carico del disponente, propria degli atti di disposizione (che la dottrina tedesca qualifica come Veräusserungen), è un elemento essenziale, come rilevano L. MENGONI - F. REALMONTE, in *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, 189. Come chiaramente afferma B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di dir. civ. it. diretto da F. Vassalli*, Torino, 1961, 320 e ss., «l'atto di disposizione è qualunque atto produttivo di effetti giuridici, che importi volontaria e definitiva menomazione patrimoniale (...) e il disponente intende volontariamente diminuire il proprio patrimonio a favore di alcuno e senza corrispettivo». Sul punto, cfr. anche S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Università Messina*, Messina, 1927.

del terzo (30); proprio per tale ragione, la rinuncia viene classificata all'interno della categoria delle fattispecie estintive e produce un abbandono della titolarità del rapporto in modo irreversibile, senza peraltro prevedere nel suo schema causale il trasferimento del diritto nella sfera patrimoniale di un altro soggetto, che, nel caso di specie, è invece una conseguenza solo riflessa. Non sembra, in verità, potersi ammettere una rinuncia cosiddetta traslativa del diritto, proprio perché se la rinuncia 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 (31).

Per la qualificazione giuridica di tali figure negoziali, sembrerebbe allora più pertinente riferirsi agli schemi che prevedono una struttura bilaterale (32), propria del contratto (33).

Se si accetta l'impostazione che vede la licenza d'uso di un bene come una forma di locazione, assoggettabile alla disciplina tipica prevista per tale tipo contrattuale, con riferimento al modello contrattuale «open source», emergono con evidenza alcune incongruenze. È pur vero che la disciplina del contratto di locazione è suscettibile di vari adattamenti in rapporto all'assetto di interessi che le parti vogliono di volta in volta regolamentare, ma, nel caso di specie, vi sono degli elementi che non possono coesistere con il modello tipico indicato dal legislatore. In primo luogo, la previsione di un corrispettivo: la locazione è un contratto oneroso a prestazioni corrispettive, in cui il godimento del bene viene concesso dietro una controprestazione, il più delle volte rappresentato dal pagamento in danaro. L'assenza di un corrispettivo snatura pertanto lo schema della locazione.

(30) Al contrario, negli schemi di «licenza» di software «open source» o «free», qualora il soggetto licenziatario non osservi le regole di condotta stabilite nel documento contrattuale, incorrerà nella risoluzione del rapporto che produce la retrocessione dei diritti di utilizzazione sul programma in favore del concedente. Pertanto, il conferimento dei diritti, nel caso di specie, non è caratterizzato dalla definitività o dalla irreversibilità.

(31) Come osserva F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., 933, chi rinuncia non persegue altro fine che quello di dismettere il diritto ed uscire dal rapporto e l'effetto vantaggioso per il terzo è puramente riflesso ed estraneo all'intento del rinunciante. B. BIONDI, in *Le donazioni*, cit., 323, precisa che «la rinuncia traslativa importa un trasferimento di un diritto da un soggetto ad un altro» ma che in essa è «insito il concetto di successione».

(32) Le differenze strutturali tra negozio unilaterale e negozio bilaterale producono anche delle conseguenze divergenti in ordine all'applicazione dei principi di diritto internazionale privato, come rileva N. BOSCHIERO, *Il software open-source, crocevia tra diritto contrattuale, diritto d'autore e brevetto*, in questa *Rivista* 2004, p. 182, paragrafo 2; infatti, se si qualifica la «licenza» «open source» come negozio unilaterale si versa nel campo delle obbligazioni non contrattuali, mentre, diversamente, se si sceglie per la qualificazione contrattuale, troveranno applicazione le norme della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, resa esecutiva con la legge n. 975 del 18 dicembre 1984.

(33) D'altronde, qualora un contratto tipico o socialmente tipico, che importa obbligazioni essenzialmente a titolo oneroso, sia concluso gratuitamente (si pensi, ad esempio, al contratto d'opera o all'appalto) e preveda che taluno si obblighi a compiere in assenza di corrispettivo una prestazione, esso si distacca dallo schema astratto di tale negozio e si insedia nell'alveo dell'ampia categoria di contratto riconosciuta dall'art. 1321 cod. civ..

Inoltre, la locazione deve avere necessariamente una durata limitata, dovendo in mancanza di determinazione di tempo, applicarsi la disposizione di cui all'art. 1574 n. 3 cod. civ.). Infine, il godimento del bene in favore del soggetto licenziatario, che si esplica con la consegna, determina l'insorgenza di contenuti precettivi specifici: si va dall'obbligo di prendere in consegna la cosa ed osservare la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1587 cod. civ.), anche evitando trasformazioni o modifiche della cosa locata, rispondendone per la perdita o per il deterioramento (art. 1588 cod. civ.), fino ad arrivare all'obbligo della restituzione.

Diversamente, nello schema contrattuale avente ad oggetto il godimento del software «open source», tutti gli elementi segnalati, propri della locazione, non sono compatibili: non è ammesso alcun corrispettivo a carico dell'utente, non è previsto alcun termine di scadenza degli effetti contrattuali, né la restituzione del bene ed è, altresì, concessa la facoltà di apporre modifiche e di trasformare il bene concesso in godimento.

Pertanto, nel caso dello schema di concessione in godimento del software «open source», l'assimilazione della licenza d'uso alla locazione non trova una sua valida corrispondenza. Né, l'assenza del requisito del corrispettivo fra le parti può far ritenere che la licenza del programma per elaboratore a codice aperto sia sostanzialmente un contratto di comodato, atteso che non sussiste in capo all'utente l'ineludibile obbligo di restituzione del bene. Nel contratto di comodato, infatti, l'obbligo di restituzione non può prescindere dalla fissazione di un termine che, in quanto tale, deve per definizione essere certo nel suo futuro verificarsi (34). Se non è stato fissato dalle parti il termine, il comodatario è tenuto alla restituzione della cosa non appena il comodante la richiede. Ed in ogni caso, esula dallo schema causale del comodato l'ipotesi della omessa richiesta di restituzione da parte del comodante, proprio perché quest'ultimo conserva e mantiene sempre tutte le facoltà connesse alla sua qualità di proprietario. Così come non ricorre come carattere proprio del comodato, la facoltà concessa al comodatario di effettuare modifiche e trasformazioni sostanziali al bene.

Né sembra fondato ritenere che il soggetto utilizzatore del software «open source» possa, attraverso la «licenza», aver ricevuto dal concedente un diritto di usufrutto sul programma, atteso che la disposizione contenuta nell'art. 1001 del cod. civ. prevede pur sempre in capo all'usufruttuario un ineludibile obbligo di restituzione della cosa, salvo che la stessa non sia un bene consumabile. Ciò in quanto anche l'usufrutto presuppone uno sposessamento del proprietario, che in virtù di tale negozio, vede diminuirsi il suo potere diretto sul bene. E, come nella figura del comodato e della locazione, la «licenza» open source non produce in capo al soggetto concedente

(34) Ex multis, Cass. 22 marzo 1994, n. 2750, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, 465. In definitiva, sul comodatario incombe sempre l'obbligo di restituire la cosa anche incertus quando, purché sia certus l'an.

l'effetto dello spossessamento del bene a beneficio esclusivo del soggetto che ne acquista il diritto di utilizzo.

Oltretutto, a rendere ancora meno fondata tale ricostruzione, si aggiunge che la disciplina dell'usufrutto prevede che le riparazioni straordinarie della cosa siano a carico del proprietario (art. 1005 cod. civ.) e, nel caso in cui quest'ultimo si rifiuti di effettuarle, vi è la facoltà dell'usufruttuario di farle eseguire a proprie spese, le quali dovranno poi essere rimborsate (art. 1006 cod. civ.); ora, tornando a considerare il caso del software «open source», sono frequenti nel settore dell'informatica le ipotesi in cui il programma per elaboratore, per risolvere alcuni malfunzionamenti, necessita di un intervento migliorativo che incide sulla struttura dello stesso: secondo la suindicata disciplina di riferimento, il licenziatario potrebbe imporre al soggetto concedente di eliminare l'inconveniente tecnico e, in difetto di spontaneo adempimento, il primo sarebbe autorizzato ad effettuare a sue spese l'intervento ed ottenere dal secondo il rimborso. Queste indicazioni normative, all'evidenza, dunque, mal si attagliano al mondo «open source» ed alle sue vicende negoziali aventi ad oggetto il conferimento del diritto di utilizzo del software (35).

Queste osservazioni portano dunque a ritenere che la «licenza» di software «open source» non possa essere inquadrata all'interno della categoria concettuale dei contratti di godimento. Sembrerebbe allora più fondato ritenere che si sia in presenza di un negozio a titolo gratuito, rinvenibile quando il vantaggio patrimoniale di una parte non viene compensato da un correlativo sacrificio dell'altra. In questo schema, non vi è alcuna corrispettività tra le prestazioni, proprio perché si ha un'unica prestazione che grava solamente su di una parte, che non riceve alcuna contropartita.

Il contratto tipico caratterizzato dallo spirito di liberalità con il quale una parte dispone a favore di un'altra di un diritto è la donazione. Esso, oltre alla mancanza di un interesse patrimoniale da parte del soggetto che sopporta il sacrificio, richiede la presenza dello spirito di liberalità, il cosiddetto animus donandi (36). L'animus donandi viene definito come la coscienza, la volontà e la consapevolezza, da parte del donante, di compiere un'attribuzione patrimoniale gratuita in favore di un altro soggetto che conosce e che condivide l'arricchimento stesso, senza esservi in alcun modo costretto (37).

(35) Oltretutto, la dottrina più attenta, cfr. P. RESCIGNO, in *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1986, 306, ha affermato che il numero chiuso dei diritti reali determina necessariamente la tipicità dei relativi negozi costitutivi, non ammettendo, dunque, la costituzione dell'usufrutto attraverso contratti atipici.

(36) In tema di spirito di liberalità e del ruolo da esso assunto nella donazione, cfr. C. MANZINI, «Spirito di liberalità» e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi, in *Contratto e imp.*, 1985, 409.

(37) V.R. CASULLI, *donazione (dir. civ.)*, (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 970. Naturalmente, l'animus donandi va tenuto distinto dai motivi interni, vale a dire le ragioni personali che spingono il soggetto a compiere la donazione.

In definitiva, gli elementi qualificanti della donazione sono essenzialmente due: uno oggettivo, rappresentato dall'arricchimento dell'altrui patrimonio collegato al depauperamento di chi ha disposto il diritto ed uno soggettivo, dato dallo spirito di liberalità nei confronti di un determinato soggetto (38).

Sulla base di queste annotazioni, sembra improponibile qualificare lo schema contrattuale di utilizzo del software «open source» come una donazione. Mancherebbero, infatti, il depauperamento economico o lo spoglio del bene da parte del soggetto disponente, il quale, invece, continua pur sempre a mantenere un potere diretto sul bene e gode su di esso di una titolarità immutata (39). Con riguardo poi allo spirito di liberalità, lo schema della donazione richiede che l'attribuzione patrimoniale gratuita venga disposta in favore di uno specifico ed identificato soggetto, non verso una generalità indistinta di individui, come avviene nel caso dell'«open source» (40).

Acclarato che il modello della donazione non può identificare la concessione dei diritti sul software «open source», sembrerebbe allora più fondato pensare che si sia in presenza di un contratto gratuito atipico. In effetti, non tutti i negozi a titolo gratuito possono essere qualificati come una donazione e, più precisamente, possiamo affermare che il contratto gratuito, caratterizzato dall'assenza di un corrispettivo, è un genus al cui interno risiede la donazione come species.

Si è dunque in presenza di un negozio gratuito atipico che si distingue dalla donazione in quanto è sufficiente che arrechi un mero vantaggio patrimoniale alla controparte e non anche un arricchimento del patrimonio del destinatario dell'atto come nella donazione. Non è poi ravvisabile nel negozio gratuito atipico l'impoverimento del soggetto che dispone il diritto come per la donazione, in quanto quest'ultimo non subisce alcuna priva-

(38) La giurisprudenza, più volte (cfr. Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222), ha precisato che «l'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito, non basta invece ad individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari, oltre all'incremento del patrimonio altrui, la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità) consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, e di un elemento di carattere obiettivo, dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o assunto l'obbligazione».

(39) Si potrebbe anche sostenere che nel modello negoziale avento ad oggetto la concessione dei diritti sul software «open source» o «free software» mancherebbe il fenomeno dell'arricchimento nel patrimonio dell'utente, che si limiterebbe a conseguire un mero vantaggio patrimoniale. Ciò in quanto alcuni autori (cfr. T.O. SCOZZAFAVA, *Il comodato*, in *Trattato dir. priv. it.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 619 ed anche in parte C. MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contratto e impr.*, 1989, 944) affermano che non sia possibile equiparare il termine vantaggio patrimoniale con quello di arricchimento, proprio della donazione.

(40) Come precisamente scrive B. BIONDI, *Sull'indole dell'omaggio premio*, in *Foro pad.*, 1962, 137, lo spirito di liberalità è diretto «verso la persona che si vuole arricchire. Donatario non può essere un quis e populo, giacché lo spirito di liberalità ha riferimento personale, e una donazione in incertam personam è un assurdo. (...) Occorre che la liberalità sia fatta a favore di una persona determinata».

zione dei beni esistenti nel suo patrimonio (41). Inoltre, un altro fondamentale elemento che differenzia la donazione dal negozio a titolo gratuito è dato dall'interesse sottostante: nella prima figura vi è l'animus donandi che spinge il disponente a compiere l'atto di liberalità in assenza di alcun vincolo giuridico, mentre, per il negozio a titolo gratuito, vi sarebbe pur sempre sottostante un interesse patrimoniale che giustificerebbe il sacrificio.

D'altronde, l'autonomia contrattuale riconosciuta dall'art. 1322 cod. civ. non differenzia o discrimina l'atipicità contrattuale a seconda che le figure realizzate siano a titolo gratuito o a titolo oneroso. È, infatti, da riconoscere che il contratto atipico non può essere limitato solo ai contratti a prestazioni corrispettive, o più in generale ai soli contratti a titolo oneroso, in quanto la lettera dell'art. 1322, pone come unico limite quello che essi siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, e non può, certamente, ritenersi che sia meritevole di tutela solo ciò che è oneroso. Ne consegue che, in astratto, ben possono le parti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, porre in essere contratti atipici a titolo gratuito, salva sempre la meritevolezza degli interessi cui sono diretti (42).

Appurato che si è in presenza di una impossibilità obiettiva di sussumere il negozio avente ad oggetto il software «open source» in alcuno dei tipi contrattuali gratuiti regolamentati dal legislatore, l'indagine si deve allora muovere necessariamente nell'ambito delle convenzioni atipiche gratuite, approfondendo il profilo della legittimità della figura negoziale sia sul versante causale e sia su quello della meritevolezza socio-giuridica degli interessi perseguiti. È pur vero che l'accertamento di una valida ragione causale idonea a giustificare l'assunzione di un impegno unilaterale è particolarmente difficoltosa, ma tale analisi dovrà essere condotta rivolgendo l'attenzione al significato ed alla funzione pratica del negozio, ricercando l'interesse concretamente perseguito dalle parti e le loro finalità penetrate

(41) Come scrive A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, 1956, 8, nei contratti a titolo gratuito all'effetto vantaggioso prodotto a favore di un soggetto, non corrisponde, a carico della controparte alcuna privazione. Cfr. sul punto anche C. VILLANI, *Brevi note sulla distinzione tra donazione e negozio a titolo gratuito*, in *Giur. it.*, 1998, 2019, il quale sostiene che il soggetto disponente non sopporta alcuna diminuzione patrimoniale, ma si limita ad una semplice ommissio acquirendi. Sul punto chiarisce B. BIONDI, in *Le donazioni*, in *Trattato di dir. civ. it.*, cit., 323, che «non costituisce un atto di disposizione la semplice ommissio acquirendi perché manca l'attribuzione, né intercede alcuna connessione giuridica tra il mancato acquisto e l'acquisto che possa fare il terzo. C'è soltanto connessione cronologica tra l'acquisto e la ommissio acquirendi, la quale è soltanto il presupposto giuridico affinché altri acquisti».

(42) Sul punto, cfr. Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2895, secondo cui «la configurabilità di negozi traslativi atipici purché sorretti da causa lecita trova fondamento nello stesso principio dell'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, 2° comma cod. civ.» (con nota di F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*); ed anche Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, 1836.

nel regolamento pattizio (43).

In questo senso, nei negozi atipici a titolo gratuito, gli interessi sono da considerarsi meritevoli di tutela quando sono di natura patrimoniale: sotto il profilo causale, l'operazione contrattuale posta in essere in assenza di corrispettivo deve pur sempre avere al suo interno un interesse patrimoniale riferito al soggetto disponente che ne sopporta il sacrificio; e l'interesse si insedia nel regolamento negoziale, ne connota la causa ed infine ne caratterizza il titolo con cui si attua il trasferimento. Occorre, dunque, che l'atto di liberalità compiuto dal soggetto disponente trovi una sua giustificazione causale sul piano del suo interesse patrimoniale, cioè, in altri termini, che tale operazione gli rechi un vantaggio, apprezzabile in termini economici (44).

In difetto del determinante ed effettivo interesse patrimoniale del disponente, la semplice ed unilaterale attribuzione patrimoniale in favore di un terzo non può in alcun caso assurgere a causa giuridica del negozio, in quanto non consente di identificarne lo scopo e stabilirne, di conseguenza, la rilevanza socio-economica e, in ultima analisi, la liceità; ne consegue, dunque, che il contratto col quale si trasferisca ad altri un bene, senza specificazione o giustificazione del titolo di tale trasferimento, non è assumibile, perciò, nella nozione di contratto atipico e resta, quindi, un atto nullo per mancanza di causa (45).

Ciò perché anche i contratti atipici a carattere non donativo non possono essere privi di causa, ossia di una propria conclamata funzione econo-

(43) Già G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, I, 7, osservava come l'intento di vincolarsi giuridicamente nei contratti atipici e ancor di più in quelli gratuiti, fosse, sotto il profilo causale, espressione di forti problematicità nella ricostruzione del significato pratico dell'operazione (espressione quest'ultima di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984, 425). Occorre, in questo senso, superare l'ambiguità della tesi oggettivistica della causa che portava a trascurare le prestazioni collegate e combinate agli interessi dei contraenti che sono pur sempre meritevoli di attenzione e seguire la concezione della causa come funzione economico-individuale del contratto. G.B. FERRI, nel suo *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 249, rileva come «l'interesse si pone accanto all'oggetto ed alla volontà e, con essi, vale ad integrare l'atto negoziale». In questo senso, la dottrina più attenta, M. BESSONE, *Causa tipica e «motivo» del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1110, ha colto che nell'attività ermeneutica è necessario «decidere quali sono le aspettative dei singoli contraenti entrate nella ragione giustificativa del negozio, come parte del sinallagma contrattuale». Occorrerà, pertanto, esaminare nel dettaglio il significato pratico dell'operazione economica, cioè tutti gli elementi obiettivi e presupposti che caratterizzano in concreto la natura dell'affare.

(44) Non può essere trascurata l'esigenza di ponderare fino a che limite il vantaggio patrimoniale perseguito dal disponente possa essere spinto per risultare ancora compatibile con lo schema proprio del contratto gratuito e non sconfinare invece nel terreno dei contratti a titolo oneroso.

(45) In tal senso, Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di F. CARINGELLA il quale critica la propensione giurisprudenziale a negare che spostamenti giuridico-patrimoniali possano trovare fondatezza in fattispecie esulanti dall'alternativa contratto di scambio-negozio donativo e, di conseguenza, ad escludere o ridimensionare in modo drastico la sfera di operatività di fattispecie gratuite non codificate ed anche in *Corriere giur.*, 1993, 174, con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*.

mico-sociale e la stipulazione contrattuale con la quale taluno trasferisca ad altri un bene, deve pur offrire nel contesto negoziale un riferimento all'interesse patrimoniale perseguito.

Si è dunque in presenza di un negozio che si pone in una linea mediana di confine tra l'atto donativo ed il contratto di scambio, in cui l'atto di disposizione o concessione dei diritti in favore dell'utente del software, pur non collegandosi alla previsione di una controprestazione, trova pur sempre una sua ragione giustificativa che è ravvisabile nell'interesse, diretto od indiretto, di natura patrimoniale, in capo al soggetto originario titolare dei diritti che mette a disposizione del terzo il bene (46).

In definitiva, si ripete, anche nei contratti atipici di natura gratuita è riscontrabile un interesse economico in funzione del quale il disponente esegue la prestazione; tale interesse è rappresentato da un vantaggio di tipo economico che deriva dal contratto non come fattore eventuale o accidentale, ma deve essere presente come dato costante, a cui è funzionalizzata la struttura del rapporto. Il vantaggio, peraltro, riflette l'esistenza di un bilanciamento di interessi attuato mediante la particolare operazione economica realizzata e denota la presenza di una causa idonea nello schema negoziale (47).

Non resta allora che individuare l'interesse o vantaggio economico che l'originario titolare dei diritti sul software «open source» consegue nel rilasciare a terzi, in assenza di corrispettivo, le ampie facoltà di utilizzo.

In molti casi, il soggetto organizzatore dell'opera dei programmatori è una società produttrice di software, che sceglie di sviluppare e distribuire gratuitamente il software «open source», da combinarsi con altri programmi per elaboratore di tipo proprietario aventi funzionalità maggiori che vengono non licenziati senza corrispettivo, bensì commercializzati. In queste ipotesi, il soggetto produttore, come politica commerciale, sceglie di distribuire sul mercato, ed a fronte del pagamento di un corrispettivo, dei programmi aggiuntivi da aggregare al software «open source». In altri casi, invece, il produttore di software «open source» mira a ricavare degli utili dalle vendite al pubblico dei manuali esplicativi e della documentazione descrittiva inerente al programma.

(46) In tal senso F. CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Foro it.*, 1993, I, 1508, che parla di negozio a cavallo tra l'atto donativo ed il contratto di scambio. G. GORLA, *Il contratto*, cit., 188, qualifica, invece, tali negozi come promesse interessate, aventi schemi estranei tanto alla donazione quanto a quelli dei negozi di scambio.

(47) In tal senso, C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impr.*, 1986, 925 e ss., la quale rileva, altresì, come l'interesse di natura patrimoniale a cui occorre riferirsi per operare il controllo sulla validità della causa in relazione alle singole fattispecie concrete, sia stato ravvisato da alcune pronunce giurisprudenziali, chiamate ad operare la distinzione fra contratto gratuito e donazione, nel trasporto gratuito, nella prestazione gratuita d'opera intellettuale, nel comodato di bene fruttifero, nel mutuo senza interessi di una ingente somma di danaro, nella distribuzione di prodotti ed oggetti fatta dalle imprese a scopo promozionale e nel deposito gratuito.

Altre volte, infine, il soggetto produttore del software «open source» intende conseguire un risultato economico vantaggioso attraverso il servizio di personalizzazione del programma che può essere offerto a pagamento. Si pensi al caso di utenti che abbiano delle esigenze particolari dovute al tipo di lavoro o alle attività che esercitano e che dunque necessitano di un adeguamento del programma modificandone alcune funzioni. Infine, non è neanche da trascurare l'offerta all'utente (dietro corrispettivo) del servizio di assistenza e di manutenzione al programma per elaboratore (48).

In tutti questi casi, è ravvisabile un interesse patrimoniale del soggetto distributore del software «open source» che si realizza in modo indiretto attraverso la prospettiva di concludere altri negozi collegati caratterizzati questa volta da uno scambio di prestazioni a carattere oneroso. E proprio questo interesse rende il negozio con il quale si concedono ai terzi i diritti di utilizzo del software «open source» non affetto da nullità per mancanza di causa.

In conclusione, le ragioni di carattere sociale riguardanti sia il progresso tecnico che i vantaggi culturali della collettività, che hanno orientato i movimenti «open source» e «free software», in definitiva, trovano una loro realizzazione ed un loro sostegno nell'esplicazione di individuali interessi economici e specifici, la cui soddisfazione viene a coincidere con quella degli interessi generali.

Come evidenziato, l'interesse patrimoniale o vantaggio economico che il soggetto concedente il software «open source» o «libero» è perseguito attraverso il disegno di realizzare con il concessionario altri negozi a titolo oneroso. La convenzione atipica gratuita diviene così strumentale e teleologicamente finalizzata al perfezionamento di altri contratti in grado di garantire un corrispettivo; è dunque un negozio preordinato al conseguimento di un affare.

In quest'ottica, ogni singolo contratto, autonomamente considerato, non giustifica il senso della sua presenza se non in combinazione con l'altro e ciò spinge l'interprete a compiere una valutazione che li contempra in modo necessariamente unitario. Se l'utente del software «open source» conclude anche il diverso contratto a titolo oneroso, i singoli contratti, e quindi sia «la licenza» che quello che prevede il corrispettivo, costituiscono i formanti di un unico affare, che per esprimere appieno il loro significato ed assolvere con pienezza la loro funzione, devono essere ricondotti ad unità formale e sostanziale, all'interno di una sola entità in grado di accoglierli senza stravolgimenti e cioè l'operazione economica (49).

(48) Si consideri, peraltro, la qualità dei soggetti che immettono nella realtà informatica i software «open source»: oltre a poche eccezioni rappresentate da enti non profit, il maggior numero di programmi a codice aperto è realizzato da note imprese produttrici di software ed operanti nel settore dell'Information Technology, le quali hanno come obiettivo costante il raggiungimento di utili.

(49) Sul fenomeno contrattuale come una entità unitaria giuridico-economica, quale è

Si può, quindi, affermare che questa operazione complessiva, che sul piano logico deve essere considerata inscindibile, viene realizzata attraverso un'autoregolamentazione degli interessi dei privati che prevede un collegamento contrattuale (50). Così ogni operazione economica conclusa per mezzo del collegamento contrattuale, seppur composta da due o più contratti, tipici od atipici che siano, va considerata come una entità autonoma, distinta dalle figure contrattuali che sono presenti al suo interno e che concorrono a formarla. Essa è il risultato realmente perseguito dal contraente che concede in uso il software, che è unicamente raggiungibile attraverso la combinazione e l'interazione delle singole fattispecie contrattuali; in questo senso, l'operazione economica così concepita dal soggetto concedente il programma per elaboratore è il risultato pratico a cui si tende, il vero ed unico fine del collegamento negoziale. Per tali ragioni, in quest'ottica, ciascun contratto che compone la struttura dell'operazione economica, singolarmente considerato, non esprime che un frammento dell'intero affare, estraneo dal programma negoziale inteso (unicamente) dal soggetto che concede in uso il software.

A differenza del più consueto modello di collegamento contrattuale in cui entrambi i contraenti partecipano attivamente alla costruzione del programma negoziale, in questo caso, l'assetto di interessi unitariamente e complessivamente considerato proprio dell'intera operazione è impresso ad origine solamente dal licenziante il software che, concedendo in uso il bene in assenza di corrispettivo, stimola ed induce l'utente a perfezionare un ulteriore negozio, quest'ultimo, però, a titolo oneroso. In questo senso, il collegamento contrattuale non può assurgere ad autonoma categoria concettuale, ma assume solamente il ruolo di una tecnica contrattuale messa in atto dal concessionario del software per conseguire le finalità pratiche ed economiche proprie dell'operazione desiderata.

Questa ricostruzione pone in evidenza delle analogie con le fattispecie negoziali, ormai consuete nella multiforme realtà commerciale, dei prodotti omaggio, cioè delle vendite con premi omaggio. Nella prassi, è frequente assistere a forme di vendita promozionali, dove a fronte dell'acquisto di un bene, il venditore abbina un omaggio di un altro bene in favore del soggetto

l'operazione economica, si veda A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Torino, 1992; E. GABRIELLI, in *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 95.

(50) Sul tema del collegamento contrattuale, la letteratura giuridica è cospicua: su tutti, si segnala, M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937, 38; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale* (voce), in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 377; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, 722; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1980, II, 432; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983; S. ORLANDO CASCIO - C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988, 4; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale* a cura di G. Alpa - M. Bessone, vol. III, Torino, 1991, 571; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

acquirente. In questa fattispecie, vi è un intimo collegamento tra la compravendita e l'omaggio, che serve a stimolare e facilitare il processo di formazione della volontà contrattuale a parte emptoris, così da giocare talvolta come elemento senza il quale il compratore non avrebbe acquistato quel tale tipo di prodotto o non lo avrebbe acquistato presso il venditore (51). Si ravvisa, pertanto, in questo caso, un evidente collegamento a carattere funzionale così stretto da far dubitare persino della totale gratuità dell'omaggio e da adombrare perfino l'ipotesi di un collegamento di natura strutturale, dove l'omaggio premio è una donazione apparente, il cui valore è incluso (il più delle volte parzialmente) nel prezzo del prodotto oggetto di acquisto. Ed anche nel caso in cui si volesse ritenere esistente la caratteristica della gratuità che accompagna il bene in omaggio, sta di fatto che il rapporto che si instaura fra le parti in ordine ad esso è strettamente ed intimamente correlato al contratto di compravendita. In un quadro così delineato, il tema del collegamento funzionale tra le due fattispecie negoziali si interseca con l'istituto della presupposizione e ne costituisce un'ipotesi concreta (52). Il consumatore/utente, infatti, proprio per la presenza degli omaggi, può essere attratto dal bene accessorio dato «in premio» e si spinge ad acquistare il bene principale (53).

Traducendo questi esposti principi all'interno del fenomeno «open source», il bene omaggio è rappresentato dal diritto di utilizzare in modo ampio e pressoché illimitato il software per stimolare il perfezionamento di ulteriori contratti correlati all'utilizzazione del programma e che determinano sul piano economico un vantaggio in favore del soggetto concedente. E dunque la concessione in forma gratuita del software risponde sempre a logiche lucrative correlate alla commercializzazione e diffusione di ulteriori

(51) Così nella parte motiva di Pret. Torino, 10 ottobre 1960, in *Giur. it.*, 1960, I, 882. Estremamente interessante sul punto è anche Pret. Parma, 16 febbraio 1961, in *Foro pad.*, 1962, 138, che afferma che l'inserimento di un omaggio premio nel negozio di vendita serve a stimolare la volontà di acquisto e si pone, pertanto, in posizione strumentale e funzionale rispetto al negozio principale. Il nesso che li collega sembra quindi atteggiarsi a relazione finale nella quale l'apparente donazione funziona come mezzo per conseguire il fine della stipulazione del negozio di vendita. L'apparente donazione è legata, quindi, al contratto principale da un vincolo modale ed infatti il donante eroga il vantaggio patrimoniale affinché sorga il contratto di compravendita.

(52) D. CARUSI, in *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, tomo I, Torino, 1999, 579, ha puntualmente osservato che «il tema del collegamento contrattuale si interseca con la dottrina della presupposizione, e si potrebbe giungere a ritenere che ne costituisce un capitolo basilare».

(53) Sul piano giuridico, secondo quanto espresso da Pret. Parma, 16 febbraio 1961, cit., il contratto di compravendita cui è annesso un omaggio premio acquisterebbe una fisionomia composita nella quale, all'elemento essenziale del contratto di compravendita, si aggiungerebbe quale elemento accidentale, un'obbligazione accessoria autoimposta dal venditore ed accettata dal compratore. Tuttavia, a parziale confutazione di tale assunto, non sembrerebbe essere di fronte ad un unico contratto che recepisce al suo interno anche un'ulteriore obbligazione avente ad oggetto la dazione del bene omaggio, ma, bensì, a due figure negoziali funzionalmente e strutturalmente connesse tra loro che realizzano, congiuntamente, un'unica operazione economica.

prodotti o servizi.

6. Gli schemi negoziali aventi ad oggetto la facoltà di utilizzo del software «open source» e «free», come sopra evidenziato, prevedono una serie di obblighi in capo all'utente unitamente ad una clausola generale di esclusione di responsabilità in favore del soggetto concedente; attraverso questa clausola, l'originario titolare del programma per elaboratore viene esonerato da ogni tipo di responsabilità derivante dall'uso del bene, il quale viene rimesso alla disponibilità del terzo nello stato di fatto e di diritto in cui si trova ed accettato da quest'ultimo in modo tacito con il suo impiego. Così, per effetto di tale pattuizione, tutti i rischi derivanti da un eventuale malfunzionamento del programma dovrebbero gravare esclusivamente sul suo utilizzatore, il quale non potrà, secondo quanto stabilito nello schema negoziale, rivalersi nei confronti del soggetto concedente.

Naturalmente, nel nostro ordinamento, una siffatta previsione stride con il disposto contenuto nell'art. 1229 cod. civ. e, pertanto, non potrà ritenersi efficace e dunque in grado di assicurare la sicura esenzione da responsabilità per il soggetto concedente il software «open source» (54). Si tratta però di valutare se, trattandosi di uno schema negoziale a carattere gratuito, che non presuppone alcun onere di tipo economico a carico dell'utente del software, la responsabilità del «licenziante» per eventi collegati all'uso del programma, possa ritenersi in qualche misura affievolita e, quindi, essere valutata con minore rigore. Si pensi al caso in cui l'installazione del software «open source» determini un malfunzionamento del sistema informatico, o una perdita di dati, o contenga un virus in grado di alterare le regolari funzionalità dell'intero sistema informatico o di arrecare danni a terzi (55). In tutte queste ipotesi, il soggetto concedente sarebbe tenuto a rispondere dei danni causati dal programma come se avesse fornito un prodotto in base ad un contratto di acquisto a titolo oneroso?

Il nostro ordinamento ha già previsto alcune fattispecie negoziali in cui, qualora il contratto sia caratterizzato dalla gratuità, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore; si pensi all'ipotesi del mandato gratuito (art. 1710 cod. civ.) ed al deposito gratuito (1768, 2° comma cod. civ.) (56). Queste indicazioni inducono allora a ritenere che non vi siano ostacoli per poter estendere tale principio a tutti i contratti gratuiti e quindi anche

(54) Nello stesso senso, cfr. M.R. MAUGERI, *Licenze open source e clausole abusive, vessatorie o con abuso di dipendenza economica*, in questa *Rivista* 2004, p. 270, paragrafo 2.

(55) In questi casi, genericamente, si parla di vizio del programma per elaboratore, che L.C. CABELLA PISU, *La disciplina delle garanzie nei contratti e nel codice*, in *I contratti di informatica*, a cura di G. Alpa - V. Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 82, definisce come «presenza di errori, anche minimi, verificatisi in una delle diverse fasi in cui si articola la progettazione, oppure in presenza di una progettazione non accurata».

(56) P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 101, valuta con minor rigore le responsabilità derivanti da prestazioni effettuate a titolo di mera cortesia, giustificata in relazione all'esigenza di non scoraggiare simili atti.

agli schemi negoziali aventi ad oggetto la concessione del software «open source».

In proposito, non può essere sottaciuto che l'utente che sopporta il pagamento di un corrispettivo per ottenere il diritto di uso di un software, ha una fondata e legittima aspettativa che il programma risponda a tutte le funzioni per le quali è stato progettato e, pertanto, ogni deviazione dalla sua regolare efficienza, sarà considerata non ammissibile o tollerabile. In termini astratti, l'obbligazione del soggetto concedente un software per così dire «proprietario» è di risultato e non di mezzi, anche se poi, nella prassi, occorre distinguere tra la licenza di software standardizzato e la fornitura di software personalizzato; nel primo caso, può esistere pur sempre un limitato margine di errore che l'utente è tenuto però ad accettare, mentre, nella seconda ipotesi, il soggetto concessionario ha diritto ad ottenere che il programma risponda con esatta precisione alle funzionalità promesse.

Viceversa, il fenomeno dell'«open source», proprio per effetto dell'assenza di un diretto sacrificio economico dell'utente a fronte dell'utilizzo del software, determinerebbe un'attenuazione delle forme di responsabilità contrattuale così come concepite nelle consuete licenze a titolo oneroso. Tra le due diverse ipotesi descritte, infatti, non sussisterebbero le medesime condizioni economiche che caratterizzano le due strutture negoziali per richiedere al concedente lo stesso standard di diligenza.

Non sopportando alcun onere patrimoniale, è, infatti, ragionevole e plausibile ritenere che l'utente del software «open source» sia destinatario di una prestazione che potrebbe anche rivelarsi non essere esatta. In sostanza, l'inesistenza di un carattere economico nella struttura negoziale della licenza ingenera la giustificata probabilità non solo che il bene non possieda tutte le caratteristiche funzionali descritte, ma che tali difformità possano eventualmente anche produrre dei danni (57). Ciò allora dovrebbe indurre l'utente ad innalzare il livello di attenzione nell'impiego di tale bene e, nel contempo, ad abbassare le proprie pretese con riguardo alla sua esatta funzionalità. Questo si spiega perché non sembra ravvisabile in capo all'utilizzatore del software «open source» un diritto soggettivo ad ottenere una perfetta e completa funzionalità del bene.

Ciò non toglie, tuttavia, che, in questi casi, il soggetto concedente non possa incorrere in forme di responsabilità nei confronti dell'utente del programma «open source». L'utente, infatti, avrà pur sempre riposto un ragionevole affidamento sulle effettive capacità del programma per elaboratore impiegato ed un eventuale vizio di quest'ultimo arrecante un danno do-

(57) Il carattere della gratuità su cui si fonda il negozio renderebbe inapplicabile allo schema della «licenza open source» la disciplina contenuta negli artt. 1519-bis e ss. del cod. civ. La norma citata è infatti incentrata sulla vendita e su gli altri contratti di scambio, quali la permuta, la somministrazione, l'appalto ed il contratto d'opera e comunque finalizzati alla fornitura del bene, in cui il costante meccanismo della corrispettività tra le prestazioni giustifica la particolare disciplina sulle garanzie.

vrebbe esulare dalle previsioni formulate; e la lesione, che incide in modo pregiudizievole su di una situazione giuridica patrimoniale, dovrà essere in qualche misura riparata. Si potrebbe, anche in questa ipotesi, parlare di una «responsabilità da affidamento», rappresentata appunto da una lesione dell'affidamento (incolpevole) che l'utente ha riposto nel programma «open source» (58). Naturalmente, esulano da tali rilievi, le ipotesi in cui il soggetto concedente il programma «open source» non abbia agito in buona fede e cioè abbia deliberatamente prodotto il risultato dannoso con dolo.

Diverso è il caso in cui l'utente del programma «open source» decida, in violazione delle disposizioni statuite nella licenza del programma per elaboratore che ha tacitamente accettato utilizzando il software concesso, di apportare delle modifiche al programma stesso e di distribuirlo commercialmente al pubblico, senza rivelare ai terzi il codice sorgente, tradendo così i principi di base della filosofia «open source» (59).

Ebbene, fermo restando che una simile condotta è valutata come un inadempimento, espressamente sanzionata con la risoluzione del contratto che produce la retrocessione delle ampie facoltà concesse all'utilizzatore, il quale pertanto non avrà più alcun diritto ad usare il programma per elaboratore, ci si chiede quali possano essere le conseguenze che la menzionata risoluzione produce nei rapporti con i terzi che hanno acquistato i diritti dall'utente nei cui confronti è stato revocato il diritto di utilizzo da parte dell'originario titolare dei diritti. In sostanza, il punto rilevante della questione è accertare se gli aventi causa dell'utente che ha diffuso, in violazione degli accordi contrattuali, un software derivato da quello «open source», possano legittimamente continuare ad utilizzare il programma derivato loro trasmesso o, invece, gli stessi versino in una situazione di illegittimità perché l'avvenuta risoluzione della «licenza» travolge anche le loro acquistate posizioni giuridiche soggettive.

La risposta a tale quesito involge direttamente la qualificazione giuridica e la regolamentazione della «licenza» «open source». Nella ricostruzione tracciata in precedenza, si giunge a considerare la «licenza» di «software open source» come una convenzione atipica di carattere gratuito, attraverso la quale il soggetto titolare dei diritti concede in uso ai terzi il programma per elaboratore, secondo le condizioni e le modalità stabilite nel programma

(58) Il termine è usato da F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da inesatte informazioni*, in *Contratto e impr.*, 1991, 539, il quale valuta con minore rigore la responsabilità per colpa con riferimento alle informazioni prestate a titolo di mera cortesia. Sulla responsabilità da informazione inesatta, cfr. anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno da notizia inesatta non diffamatoria*, in *Dir. inf.*, 1992, 73 e C. GALLAVOTTI, *Una nuova frontiera del danno ingiusto: lesione del c.d. diritto d'impresa e responsabilità da informazioni inesatte*, in *Dir. inf.*, 2002, 874.

(59) Come in precedenza accennato, tale pratica, in linea generale, viene ammessa con riferimento al software «libero», i cui modelli di «licenze» prevedono la facoltà per l'utente di modificare il programma ed anche di distribuirlo commercialmente nella sua forma derivata, purché però sia reso pubblico anche il codice sorgente.

negoziale.

Ora, per la regolamentazione di tale convenzione atipica, oltre alle statuizioni previste nel regolamento negoziale, occorre verificare se le norme stabilite dagli artt. 64-bis e ss. della legge 633/1941 possano considerarsi applicabili ed operanti. Dalla lettura delle norme citate, sembrerebbe che le stesse siano state formulate tenendo in considerazione unicamente un rapporto contrattuale basato su di un meccanismo di corresponsività, proprio del *do ut des*. Il testo legislativo, infatti, qualifica l'utente come «legittimo acquirente», vale a dire come il soggetto che, in virtù di un sacrificio economico subito, acquista il diritto di utilizzare il bene informatico. E, seguendo questo percorso interpretativo, coerentemente, non sembrano ravvisarsi ostacoli nell'affermare che le disposizioni contenute negli artt. 64-ter e 64-quater della legge 633/1941 riconoscano all'utente una serie di facoltà sul programma, a condizione però che questi l'abbia acquistato attraverso una operazione contrattuale a titolo oneroso (60).

Per tali ragioni, in considerazione della gratuità della convenzione, non sembrano potersi applicare in favore dell'utente del software «open source» le norme specifiche proprie dei programmi per elaboratore, che sanciscono una serie di facoltà in favore dell'utente, anche in mancanza di una espressa previsione pattizia.

Conseguentemente, possiamo giungere ad affermare che le sole regole di riferimento in ordine alle facoltà attribuite all'utente del programma «open source» siano le convenzioni pattizie, unilateralmente predisposte dal soggetto concedente. Pertanto, in definitiva, l'utente del software «open source» può invocare in suo favore unicamente quelle specifiche facoltà concessegli dall'originario soggetto titolare dei diritti e secondo le modalità fissate unilateralmente nel testo negoziale, rimanendo escluse le altre facoltà accordate dalla legge (e che sono contenute negli artt. 64-ter e 64-quater della legge 633/1941) in favore dell'utente del programma per elaboratore per così dire «proprietario», cioè che ha subito una diminuzione economica per ottenere tale titolarità (61).

Sempre per tali ragioni, essendo il contratto atipico di cui trattasi caratterizzato dalla gratuità, a differenza di quanto accade nella commercializzazione dietro corrispettivo del programma per elaboratore, con la concessio-

(60) Nello stesso senso, G. SICCHIERO, *Linee di differenza tra contatti «open» e proprietari*, in questa *Rivista* 2004, p. 314, paragrafo 2, il quale rileva che la loro collocazione sistematica giustifica tale interpretazione, che essa è coerente con il nostro impianto causalistico e perché a nessuno può essere imposto di sacrificare un diritto senza un corrispettivo.

(61) In queste convenzioni atipiche gratuite, il soggetto concedente il diritto di utilizzo del software «open source» non è tenuto ad attribuire all'utente tutte le facoltà previste dagli artt. 64-ter e 64-quater della legge 633/1941, ben potendo il primo, in ossequio al principio dell'autonomia contrattuale, limitare le facoltà in favore dell'utente; in tal senso, anche G. SICCHIERO, *Linee di differenza tra contatti «open» e proprietari*, cit., paragrafo 2, il quale afferma che solamente l'onerosità del rapporto rende inderogabili le prescrizioni in favore dell'utente stabilite dai sopra indicati articoli della legge sul diritto d'autore.

ne in uso del software «open source», non si realizzerebbe neanche il fenomeno dell'esaurimento del diritto (di cui all'art. 64-bis, lett. c) della legge 633/1941), rimanendo in capo al titolare tutte le facoltà riservate relative agli atti di utilizzazione. Infatti, la conseguenza giuridica dell'esaurimento è tipica del meccanismo che prevede uno scambio dietro il versamento di un corrispettivo e dunque presuppone in sé l'elemento della patrimonialità (62). Diversamente, non sarebbe giustificabile una perdita di tale diritto in capo al titolare originario dei diritti sul programma in difetto di uno sfruttamento economico dell'opera.

Tutto ciò sta a significare che, mancando il requisito della diretta patrimonialità nello schema negoziale proprio dell'«open source», il titolare originario dei diritti su questo tipo di programma per elaboratore continua a mantenere quel potere di controllo sull'opera e le disposizioni contenute negli artt. 64-bis e ss. della legge 633/1941, che riconoscono una serie di facoltà per l'utente che abbia acquistato il diritto di utilizzo per mezzo di un sacrificio di tipo economico, non sembrano operanti ed efficaci per quest'ultimo.

Diversamente per il soggetto titolare dei diritti e concedente il software «open source»: il programma per elaboratore, anche se «open source», gode, al momento della sua creazione, della tutela prevista dalla legge sul diritto d'autore, la quale conferisce a titolo originario il complesso dei diritti e delle facoltà esclusive al soggetto che l'ha realizzata. Anche se il suo autore (o, forse data la particolarità del fenomeno, sarebbe più corretto riferirsi agli autori), decide di non commercializzare l'opera e di concederla a chiunque in uso in forma gratuita, ciò non toglie che le tutele legislative siano pur sempre presenti e valide.

Da ciò ne consegue che il titolare originario del programma potrà sempre contare sull'operatività e sulla forza vincolante delle disposizioni normative che gli attribuiscono il potere di effettuare in via esclusiva, o di autorizzare i terzi a compiere, le attività di cui all'art. 64-bis della legge 633/1941. In un siffatto contesto, al soggetto originario titolare dei diritti sul software «open source», si riconosce una doppia tutela nei confronti del soggetto concessionario del programma: una tutela derivante dalla sua posizione di autore, titolare dei diritti esclusivi sull'opera dell'ingegno conferitagli dalle disposizioni di legge in materia ed una tutela che gli deriva dalle statuizioni negoziali contenute nella «licenza» che sono state accettate dall'utente. E queste due tutele conferiscono all'autore due diverse possibi-

(62) A conferma di quanto affermato, va osservato che, attraverso la licenza «open source», l'utente non assume alcuna posizione giuridica soggettiva nei confronti dei terzi proprio perché, nel caso di specie, non è presente un acquisto dei diritti tale da ridurre il complesso delle prerogative facenti capo al soggetto titolare, che, invece, rimangono intatte. In realtà, sembrerebbe essere di fronte non ad una attività di distribuzione al pubblico del software «open source», quanto, invece, ad una comunicazione al pubblico dell'opera che non produce l'effetto dell'esaurimento del diritto.

lità di azione: una fondata sulle disposizioni contrattuali ed un'altra fondata invece sulla lettera della legge (63).

Applicando questi principi all'ipotesi iniziale della nostra analisi, cioè al caso in cui l'utente del software «open source» non si attenga alle disposizioni contenute nella licenza e distribuisca commercialmente un programma derivato, il soggetto concedente, titolare originario dei diritti esclusivi, potrà agire nei confronti dell'utente facendo leva su due titoli di responsabilità, quella contrattuale e quella extracontrattuale. La prima è immediatamente derivante dallo schema negoziale, non rispettato dall'utente e la seconda gli è invece riconosciuta dalla legge, per il solo fatto di rivestire la qualifica di autore.

Con riferimento, poi, ai rapporti negoziali che l'utente ha perfezionato con i terzi, vale a dire, i successivi contratti di licenza di utilizzo del programma per elaboratore derivato dal software «open source», qualora il titolare agisse nei confronti dei terzi invocando solamente il titolo di responsabilità contrattuale, cioè vale a dire, facendo valere l'inadempimento del concessionario-utente, gli accordi negoziali di licenza successivamente intercorsi con i terzi non sarebbero travolti dalla nullità, in quanto varrebbe la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1458 cod. civ., perché il loro acquisto avviene a domino e ciò anche se i terzi fossero a conoscenza dell'inadempimento. Per la validità del contratto perfezionato, in verità, il terzo si potrà limitare a dimostrare che il suo acquisto ha avuto luogo prima della pronuncia giudiziale della risoluzione, cioè che il suo dante causa, al momento del trasferimento, era titolare dei diritti sul bene.

Al contrario, qualora l'originario titolare dei diritti sul software «open source», azionasse il titolo della responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'utente che ha violato le disposizioni contenute nella licenza, i successivi contratti intercorsi tra quest'ultimo ed i terzi aventi ad oggetto il diritto di utilizzo del programma derivato, sarebbero invalidi. Ciò perché il bene trasferito è stato realizzato in violazione dei diritti esclusivi riconosciuti dalla legge al suo autore, cioè, in altri termini, attraverso una lesione dei suoi diritti soggettivi che produce un fatto illecito. E la sanzione della nullità si estenderebbe anche ai successivi contratti stipulati dall'utente con i terzi, perché avrebbero come oggetto il trasferimento e la costituzione di diritti su di un bene realizzato ab origine senza il consenso e l'autorizzazione del titolare dei diritti e dunque, come tale, illecito.

(63) Alle stesse conclusioni sembra giungere M. RICOLFI, *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, cit., paragrafo 6, il quale rileva come l'inosservanza alle pattuizioni contenute nella «licenza» «open source» può essere guardata da una doppia prospettiva: quella obbligatoria, propria dell'accordo contrattuale e quella reale, propria della violazione dei diritti esclusivi sul bene immateriale che produce la contraffazione. E, nello stesso senso, sul cumulo dei titoli di responsabilità, cfr. D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, 1996, 154 e, più in generale, P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989.

Ed in questo caso, all'autore sarebbero concessi anche i rimedi stabiliti dal capo III della legge 633/1941, quali la distruzione o la rimozione dell'opera, oltre che naturalmente il sequestro e, più in generale, la tutela inibitoria nei confronti di qualsiasi attività che costituisca una violazione dei diritti esclusivi (64).

7. Non è questa la sede per ribadire la constatazione che la disciplina dei programmi per elaboratore ha significato la demolizione del paradigma «culturale» del diritto d'autore, snaturato al mero e semplice fine di proteggere gli investimenti delle imprese di un nuovo settore attribuendo ad esse una privativa sostanzialmente illimitata nel tempo e con portata – lo si è constatato rapidamente – iper-monopolistica. Forti di tale quadro normativo super-protettivo le imprese di software hanno spinto all'estremo la nozione di «licenza»: il produttore controlla come, dove e quando può essere utilizzato il programma impedendo ogni attività potenzialmente lesiva dei suoi interessi economici. I pochi diritti insopprimibili concessi all'utente (utilizzo, copia di riserva, interoperabilità) appaiono, metaforicamente come asfittici praticelli urbani circondati da una selva di grattacieli.

Il contratto di licenza, quasi sempre standardizzato, ha dunque rappresentato la estremizzazione dello squilibrio - economico e di conoscenze - fra produttore e utente.

Cosa cambia quando - come si è ipotizzato - non si è più di fronte ad una licenza e fors'anche neanche di fronte ad un contratto?

In primo luogo emerge un elemento già evidenziato negli scambi in rete, e cioè la unilateralità della predisposizione di condizioni di utilizzo di un programma (oppure di fruizione di un servizio) per il quale non viene chiesto un corrispettivo monetario (65). Tale regolamento anziché ruotare attorno ad uno scambio (do ut des / do ut facias) si concentra sulla intersezione autorizzazione/rinuncia facoltizzando l'utente ad un utendi (e spesso anche abutendi) che le regole legali (di default) non consentirebbero.

In questa ottica si spiega perché l'istituto del contratto non sempre appare quello più idoneo a disciplinare la fattispecie: essendosi storicamente formato attorno allo scambio per assicurare la corrispettività (nei sistemi di civil law) e/o l'affidamento (nei sistemi di common law) si giustifica un inquadramento più lasco che trae dal contratto solo le regole utili e funzionali (in fondo è il principio espresso dall'«in quanto compatibili» incastonato nel nostro art. 1324 cod. civ.) (66).

(64) Sullo specifico tema, cfr. A. PLAIA, *L'inibitoria cautelare e la misura compulsoria a tutela del diritto d'autore*, in *Contratto e impr.*, 2001, 750.

(65) Sul punto, sul diritto dei consumatori in una prospettiva comparata, cfr. AA.VV., *Consumer law in the information society*, The Hague, 2001.

(66) Sull'equilibrio tra le regole del copyright e l'autonomia contrattuale delle parti, cfr. L.M.C.R. GUIBAULT, *Copyright limitations and contracts*, Amsterdam, 2001 e, più in generale, M. TREBILCOCK, *The limit of freedom of contract*, Cambridge (USA), 1993; R.T. NIMMER,

D'altronde, in una logica gius-economica, non si comprenderebbe proprio perché il destinatario dell'atto di rinuncia/autorizzazione dovrebbe trovarsi d'improvviso rivestito, ex lege, di un fascio di diritti e facoltà che se avesse seguito l'oneroso (e vessatorio) schema del contratto mai avrebbe potuto pretendere (67).

Mentre la semplificazione delle relazioni giuridiche - fatto salvo quanto si è detto nel paragrafo precedente - oltre ad essere giustificata dalle eventuali finalità promozionali, trova ulteriori ragioni nella non convenienza dell'enforcement, nella rapidità della circolazione del bene, nello spirito sotto certi aspetti cooperativo dell'iniziativa.

Tutta l'architettura di checks and balances che nell'esperienza di civil law è espressa dai codici e dalle leggi speciali e che in quella di common law viene spesso costruita di volta in volta nella negoziazione fra le parti, non si giustifica più.

La tecnologia porta dunque ad innovazioni anche nel campo giuridico costringendo ad esaminare e sistematizzare un'area che per l'apparente assenza di scambio appariva marginale in un sistema di mercato e rilevante solo laddove su questo prevalessero istanze «sociali» (è il caso di molti rapporti nell'ampio settore c.d. non profit) (68). Qui invece il mercato si impadronisce di forme non contrattuali (o, comunque, di «non scambio») per funzioni che sono ancora ancillari e che potrebbero talvolta definirsi «antidotiche» ma la cui rilevanza cresce di giorno in giorno.

8. L'ottimismo potrebbe indurre a ritenere che il mercato, da solo, ha trovato un correttivo alla sfrenata corsa monopolistica verso la conquista di sempre più forti privative sulle conoscenze e sugli strumenti che consentono di accedervi.

Il realismo suggerisce maggiore cautela. Sicuramente la rete di telecomunicazioni mondiale che consente a centinaia di milioni di persone di comunicare fra di loro e di fruire di informazioni e conoscenze prima non facilmente reperibili, con tutte le sue conseguenti implicazioni culturali e politiche, svolge un ruolo di estrema importanza. Senza di essa la gratuità della disponibilità di prodotti «open source» e di «free software» sarebbe zavorrata da ingenti costi di distribuzione.

Breaking the barriers: the relationship between contract and intellectual property law, in *Berkeley Tech. Law Jour.*, 1998, 13, 827 ed anche F. KESSLER, *Contracts of adhesion - some thoughts about freedom of contract*, in *Columbia Law Rev.*, 1943, 43, 629.

(67) Per una visione gius-economica del sistema di protezione del diritto d'autore ed industriale, si veda W.M. LANDES - R.A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge (USA), 2003. AA.VV., *The economics of copyright*, Northampton, 2003; M. LEHMAN, *La teoria dei property rights la protezione della proprietà intellettuale e commerciale: una analisi giuridica ed economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1984, 32.

(68) Sulle giustificazioni sociali ed economiche del copyright anche attraverso una visione comparata che prende in considerazione anche i sistemi di protezione vigenti nei principali paesi europei, cfr. G. DAVIES, *Copyright and the public interest*, London, 2002.

Ma ritenere che la corsa del pendolo appropriativo sia stata fermata e si muova ora nella direzione della condivisione è ancora prematuro (69). Ed una delle ragioni che frena i facili entusiasmi è proprio che i modelli unilaterali di rinuncia/autorizzazione appaiono ancora fragili rispetto alla forza del contratto che la globalizzazione dell'economia ha esaltato. Se il contratto è il gladio del monopolista, è ancora troppo presto per affermare che gli atti unilaterali (o i «contratti gratuiti atipici») costituiscono un adeguato scudo, soprattutto se a impugnarlo sono gli stessi soggetti che hanno l'arma nell'altra mano.

Piuttosto, va sottolineata con forza la circostanza che l'esistenza, concreta e diffusa, di modelli alternativi a quella protezione legale/contratto capestro consente un razionale confronto economico fra l'efficienza dei due sistemi. Fino a poco tempo fa era fin troppo facile per i campioni dell'esclusiva obiettare che essa sola incentivava l'innovazione e proteggeva gli investimenti e che senza di essa le perdite delle imprese sarebbero state dell'intero sistema e di tutta la collettività. L'esagerazione catastrofica deve ora misurarsi con i numeri, facendo intravedere, in un futuro non troppo lontano, un riequilibrio delle posizioni troppo sbilanciate. Non vi sarebbe dunque più bisogno di rinunce o di autorizzazioni perché esse sarebbero già previste ed imposte ex lege. A quel punto vi sarà qualcuno che, forse, parlerà di ritorno al contratto di licenza.

(69) Per una riflessione sull'attuale forza e dominanza del modello proprietario, cfr. K. MC LEOD, *Owning culture. Authorship, ownership & intellectual property law*, New York, 2001. Per una visione sociologica del fenomeno, si veda A.D. MOORE, *Intellectual property & information control*, New Brunswick, 2001.