

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| COS'È L'INFORMATICA GIURIDICA ?..... | 2 |
| LO STRUMENTO ELETTRONICO: TIPOLOGIE..... | 6 |
| LO STRUMENTO ELETTRONICO: USO ED EFFETTI GIURIDICI..... | 7 |
| SISTEMA OPERATIVO..... | 9 |
| SISTEMA OPERATIVO e DIRITTO: IL CONTRATTO DI LICENZA D'USO..... | 10 |
| OGGETTO DEL CONTRATTO..... | 12 |
| CONTRATTO DI CONCESSIONE DELLA LICENZA D'USO: EULA (End User License Agreement) .. | 13 |
| MODALITA' E MOMENTO DI PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO..... | 14 |
| LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI OPERATIVITÀ DELLA LICENZA D'USO E DEL RELATIVO CONTRATTO..... | 19 |
| GIUDICE DI PACE DI FIRENZE – LO TUFO/HP – sent. 5384/2007..... | 19 |
| CORTE DI CASSAZIONE sent. 19161/2014..... | 20 |
| TRIBUNALE DI BOLZANO (sent. 145 del 31/3/2005)..... | 21 |
| LIMITAZIONI ALLE DISPOSIZIONI CONTRATTUALI DELLA LICENZA D'USO..... | 22 |

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

COS'È L'INFORMATICA GIURIDICA ?

La definizione della materia che associava l'informatica al diritto si pose a chi scrive nell'ormai lontano 1994, allorquando una delle più datate associazioni nazionali che riuniva gli studiosi della materia (Circolo dei Giuristi Telematici) si trovò ad organizzare il suo primo convegno (2001 Università di Pisa).

DIRITTO DELL'INFORMATICA ?
INFORMATICA GIURIDICA ?
INFORMATICA DEL DIRITTO ?
DIRITTO DELLE NUOVE TECNOLOGIE ?

Non erano molti i riferimenti che ci aiutarono la scelta, fatto salvo un precedente che affidava a quel termine lo studio di una materia avente *"approccio interdisciplinare perché basata su concetti tipici tanto dell'informatica quanto del diritto... si rifà ai diversi aspetti, settori, metodologie e concetti dell'informatica teorica, dell'informatica tecnica e dell'informatica applicata"*¹.

All'epoca si optò per un termine generico e sicuramente non assolutamente soddisfacente: informatica giuridica, associando questa definizione allo studio ed all'approfondimento delle attività informatiche applicate al diritto ed in tal senso allineandosi a quell'indirizzo adottato in ambito didattico e che avrebbe collocato la materia *"...nel novero delle varie discipline giuridiche, quella, particolare, unitaria e diritto dell'informatica autonoma, che ha per oggetto sia il diritto dell'informatica sia l'informatica del diritto"*.

Il primo (*diritto dell'informatica*) ha per oggetto lo studio delle leggi che regolano

¹ lo si legge in **D.A. LIMONE, R. CORTESE, C. JACOBACCI**, Manuale di Informatica giuridica, Rimini, 1985.

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

l'uso del computer ed è, quindi, un diritto specializzato, analogo a tutti gli altri diritti particolari, quali, ad esempio, il diritto industriale, bancario, il diritto d'autore, della navigazione, della circolazione stradale etc.

Il secondo (*informatica del diritto*) studia invece le ragioni e le modalità dell'influenza che l'informatica può avere sull'evoluzione del diritto, fornendo nuovi strumenti per la sua conoscenza (soprattutto attraverso la possibilità di ricercare attraverso il computer la legislazione, la giurisprudenza e la dottrina), affrontando il problema dell'applicabilità automatica della legge con conseguente studio delle differenze e delle affinità tra legislazione e software e prospettando la possibilità di migliorare la formulazione delle leggi attraverso tecniche informatiche oltre a gestire i processi telematicamente.

Entrambe le componenti dell'informatica giuridica hanno, come presupposto indefettibile e comune denominatore, l'analisi della natura, delle caratteristiche, delle possibilità e dei limiti d'uso del computer²

È da questa definizione che si sviluppa quel maggiore dettaglio che aiuta ad individuare le varie componenti dell'informatica giuridica, ponendo nello stesso calderone aspetti informatici che allo stesso tempo involgono questioni giuridiche: la creazione del prodotto informatico (costituente opera dell'intelletto e quindi tutelata dalle disposizioni della legge sul diritto d'autore), la possibilità di distribuire il prodotto (realizzata mediante concessione più o meno ampia di licenza d'uso) od anche di utilizzarlo (limitatamente nei casi di programmi c.d. "proprietary", più ampiamente in quelli c.d. "a licenza aperta") e che si completano con le forme di tutela giudiziaria applicabile per il caso di violazione degli

² **R. BORRUSO** (Presidente on. della Suprema Corte e docente di informatica presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Luiss di Roma) rese questa descrizione in occasione della riunione dell'ANDIG (Associazione nazionale docenti di informatica giuridica) 13 giugno 2005.

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

aspetti giuridici.

In questo ampio elenco finiscono per avere rilevanza giuridica anche le modalità con cui l'informatica viene utilizzata anche per l'attività lavorativa pubblicistica e privatistica, imponendo una conseguente regolamentazione sulla conoscenza degli applicativi utilizzati per la gestione documentale, per l'elaborazione dei dati e modi e strumenti necessari per il loro trattamento.

È così che nel contesto pubblicistico l'informatica giuridica si rivolge anche alle regole per il funzionamento della pubblica amministrazione, ormai indiscutibilmente orientata ad una gestione digitale del rapporto interno (dematerializzazione dei documenti; comunicazioni mediante posta elettronica, in una sola parola EGovernment) ma anche e soprattutto di quello con il cittadino (guidando, in tal senso, le disposizioni del Codice dell'Amministrazione Digitale che prevedono come diritto proprio del cittadino l'utilizzo degli strumenti informatici).

I due contesti si uniscono dando vita a modalità operative dell'amministrazione obbligatoriamente svolte con modalità telematiche (si pensi ai processi civili, amministrativi e tributari od anche alle modalità di partecipazione a bandi od appalti pubblici).

Il tutto si completa anche con la rilevanza (ed il relativo studio) delle tipologie patologiche che possono aver rilevanza anche sul pianopenalistico.

Questa impostazione, ancorché comprensiva delle variegate classificazioni in cui si è soliti frammentare l'informatica giuridica, consente di avere una visione quanto più ampia possibile di essa, distaccandosi dal suo profilo storico, filosofico o tecnico e focalizzando l'attenzione sulla sua concreta realizzazione affidata ad un insieme di disposizioni normative preordinate a regolamentare l'uso dell'informatica nello svolgimento delle

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

attività produttive tanto nel contesto pubblicistico che privatistico.

Da qui la definizione che più sembra attinente allo studio che di essa viene svolta soprattutto nel contesto universitario giuridico e che individua l'informatica giuridica nella

*"...disciplina scientifica che studia l'applicazione delle tecnologie informatiche e telematiche ed, in generale, delle nuove tecnologie alla teoria ed alla pratica del diritto..."*³

ed in cui confluiscono in definitiva tutte le classificazioni che di essa sono state elaborate (sicura - mente quelle di informatica giuridica documentaria soddisfattiva dell'esigenza di classificazione e reperimento della normativa primaria, di quella secondaria, degli archivi in cui essa è contenuta della dottrina e della giurisprudenza intervenuta sull'argomento e di informatica giuridica giudiziaria che si occupa dell'attività svolta dagli uffici dell'amministrazione della giustizia, degli studi legali e di ogni , in parte quelli notarili perché coinvolti nello svolgimento di attività giudiziaria).

Di questo contesto sembra debba essere privilegiato (ed in parte esclusivo) destinatario proprio il giurista (e quindi ancor di più lo studente che si forma nel contesto universitario giuridico), richiesto alla conoscenza dei fondamenti dell'Informatica, delle applicazioni informatiche (con particolare riferimento a quelli che si attuano nell'ambito giuridico), dell'ormai ampissima regolamentazione normativa oltre che dei relativi problemi giuridici ad essa correlati e di cui viene da tempo richiesta adeguata conoscenza nell'esercizio di ruoli professionali del settore privato e pubblico.

³ Giovanni ZICCARDI Manuale breve informatica giuridica Giuffrè 2008

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

LO STRUMENTO ELETTRONICO: TIPOLOGIE

Alla base dell'informatica giuridica che qui interessa non può che essere posto lo **strumento elettronico**, da individuarsi – in prima battuta – nella sua tipologia più nota e diffusa: il personal computer.

La convinzione che l'informatica si attui praticamente mediante l'utilizzo del "computer", ancorché valida fino ad un ventennio fa, appare oggi limitativa in relazione alla varietà di apparecchiature che svolgono le medesime funzionalità del personal computer e che di questo hanno finanche la medesima struttura tecnica.

Tutti (personal computer; computer portatile; tablet; smartphone; TV smart) hanno sostanzialmente le medesime componenti:

una scheda madre;

una memoria;

una o più uscite;

un supporto dedicato alla memorizzazione (che poi sia un disco rigido tradizionale o allo stato solido, interno o esterno; che sia una card di memoria o una semplice "pennina USB" poco rileva).

Tutti consentono una connessione (con o senza fili) alla rete internet.

Tutti accettano l'installazione di appositi programmi (*applicazioni* o, più semplicemente, "*app*") che permettono di eseguire specifiche procedure automatizzate o quantomeno semplificate.

La ravvisata uniformità dello/degli strumento/i utilizzato/i si traduce nella produzione di altrettanto uniformi effetti **su cui troppo spesso l'utente sorvola** ancorché essi risultino rilevanti sul piano giuridico.

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

Si paga, in questo caso, lo scotto della sempre più ampia diffusione dello strumento elettronico (inteso in senso lato) a cui non può certo contestarsi una utilità pratica ma che rivela ben presto gli effetti di una carente informazione che ne agevoli **elementare conoscenza, effettiva percezione e consapevolezza delle sue peculiarità** ben diverse dal suo semplice utilizzo.

Sul piano squisitamente **tecnico** questo aspetto involge la problematica della formazione all'utilizzo dello strumento elettronico, dei mezzi informatici e delle connessioni telematiche (*alfabetizzazione*) su cui si privilegia, in questo frangente, l'aspetto **giuridico**, elemento che da solo giustifica l'inserimento dell'informatica giuridica nei piani di studio della facoltà di giurisprudenza.

LO STRUMENTO ELETTRONICO: USO ED EFFETTI GIURIDICI

A ben guardare ed indipendentemente dalla tipologia dello strumento utilizzato è proprio dalla prima accensione dell'apparecchio che si è richiesti alla stipulazione di un vero e proprio contratto che - come tutti i contratti - impone regole predeterminate e vincoli precisi.

È praticamente scontato precisare come con la definizione "contratto" non ci si intenda riferire al rapporto di compravendita stipulato tra venditore e compratore produttivo dei tradizionali effetti suoi propri:

prescinde dal tipo di oggetto che viene acquistato;

comporta il trasferimento della proprietà del bene all'acquirente;

legittima il diritto dell'acquirente a pretendere il buon funzionamento del bene e quello conseguente riferito alla garanzia per i suoi eventuali vizi;

abilita, in alcuni casi, all'esercizio del diritto di recesso;

consente – in virtù della proprietà del bene conseguito con l'acquisto - di usare

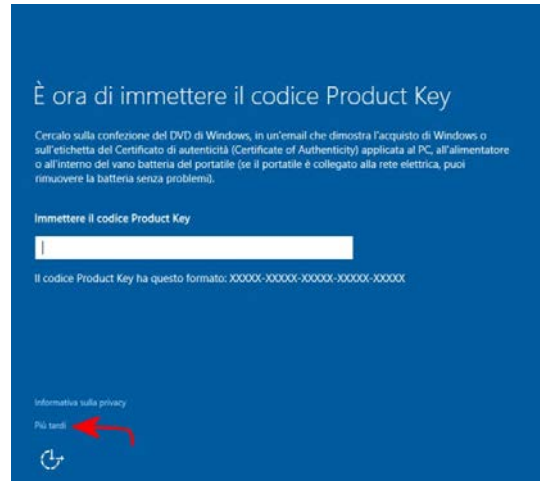
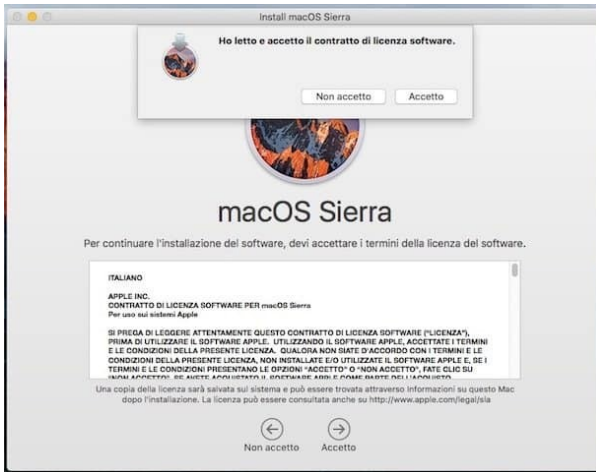
INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

[INDICE](#)

dovunque ed in qualsiasi modo il bene e di trasferirne il suo diritto a terzi senza limite alcuno.

Ben diversi gli effetti legati all'acquisto di uno degli strumenti sopra elencati e che – come detto – si rivelano all'atto della sua prima attivazione, allorquando cioè viene richiesta l'attivazione del sistema operativo da cui dipende il suo funzionamento.

Es. SISTEMA macOS SIERRA *Es. SISTEMA WINDOWS 10*



INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

SISTEMA OPERATIVO

Il concetto informatico di sistema operativo (SO e quindi OS "*operating system*") può riassumersi in maniera estremamente semplificata nella definizione di **software installato su un sistema di elaborazione e che consente, tra l'altro, l'utilizzo di altri software più specifici** (applicazioni, librerie software).

Funge insomma da "base" per gli altri software che devono quindi essere progettati in modo da essere riconosciuti e supportati da quel particolare sistema operativo.

Sul **piano tecnico** componenti del sistema operativo sono:

il **kernel** che fornisce le **funzionalità di base per tutte le altre componenti del sistema operativo**, che assolvono le loro funzioni servendosi dei servizi che esso offre;

il **gestore di file system** che si occupa di **esaudire le richieste di accesso alle memorie di massa**. Viene utilizzato **ogni volta che si accede a un file su disco fornisce i dati richiesti** tiene **traccia dei file aperti**, dei **permessi di accesso** ai file;

un **sistema di memoria virtuale** che alloca la memoria richiesta dai programmi e dal sistema operativo stesso, **salva sulla memoria di massa le zone di memoria temporaneamente non usate dai programmi**;

uno **scheduler** che **scandisce il tempo di esecuzione dei vari processi e assicura che ciascuno di essi venga eseguito per il tempo richiesto**. Normalmente lo scheduler gestisce anche lo stato dei processi e può sospenderne l'esecuzione nel caso questi siano in attesa senza fare nulla;

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

uno **spooler** che **riceve dai programmi i dati da stampare e li stampa in successione**, per- mettendo ai programmi di proseguire senza dover attendere la fine del processo di stampa;

una **interfaccia utente (Shell)** che permette agli esseri umani di **interagire con la macchina**. Nella sua forma più elaborata e ormai da tempo diffusa **l'interfaccia è grafica**, non richiede cioè la trascrizione dei comandi da tastiera ma si utilizza, come accade con Windows o con Linux o con OS2 di Apple, in maniera grafica con icone e mouse.

Sebbene molte delle funzionalità attivate con il sistema operativo non siano spesso immediata- mente visibili/percepibili dall'utente, la loro importanza è cruciale anche in termini di efficienza e prestazioni effettive di funzionamento dell'intero sistema ad esempio in termini di latenze (tempi) di processamento, stabilità, interruzioni o crash (interruzioni) di sistema.

SISTEMA OPERATIVO e DIRITTO: IL CONTRATTO DI LICENZA D'USO

Il momento cronologico di riferimento per l'individuazione degli effetti giuridici conseguenti all'attivazione del sistema operativo (che si potrà chiamare Android, Windows, Linux o iOS) può ricondursi al momento della **prima accensione dell'apparecchio** fase in cui **si manifesta l'accettazione e l'adesione al già citato contratto atipico di concessione della licenza d'uso**.

Le fasi del perfezionamento dell'accettazione può a dire il vero realizzarsi in momenti diversi dipendenti dalle modalità di acquisto del sistema operativo.

L'acquirente potrebbe infatti aver:

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

acquistato un **sistema operativo separato dalla macchina** (ad esempio ho già il computer in casa e voglio essere io a scegliere quale sistema operativo installare sulla mia macchina o magari quali versioni di Windows o di Linux voglio adoperare);

acquistato una **macchina nuova contenente il sistema operativo da attivare** al primoutilizzo (è la situazione ordinaria in cui acquisto il computer che so già essere dotato dalla fabbrica di uno specifico sistema operativo non ancora attivato);

acquistato una **macchina usata completa con il sistema operativo**.

Comune alle tre ipotesi è **la posizione giuridica dell'acquirente della macchina che non diviene proprietario anche del sistema operativo ma, più semplicemente, assegnatario della relativa licenza d'uso** assoggettata – come ogni contratto – a delle condizioni generali che sarà possibile reperire nella scatola che contiene il sistema (*ipotesi sub 1*) o che verrà resa disponibile all'atto della prima accensione (e naturalmente prima dell'accettazione).

La concessione della licenza d'uso è quindi la forma contrattuale con cui si assicura la distribuzione sul mercato del programma (il sistema operativo null'altro è che un programma).

Le sue caratteristiche sono:

la qualificazione di contratto atipico (cioè non espressamente regolamentato dalla legge o, più precisamente, dal codice civile ma sviluppatosi nel corso del tempo ed attraverso le pratiche commerciali);

il **carattere consensuale** (che si perfeziona cioè con il consenso delle parti).

Il **titolo tradizionalmente oneroso** con cui esso si perfeziona (tradizionalmente non

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

significa assoluto, potendo l'accettazione della licenza essere applicata anche alla diffusione gratuita del software)

OGGETTO DEL CONTRATTO

Attraverso la concessione della licenza d'uso il licenziante concede al licenziatario il diritto di eseguire o accedere ad un prodotto per un periodo di tempo determinato o indeterminato e dietro pagamento di un "canone" (solitamente si tratta di un pagamento *una tantum* compreso nel prezzo di acquisto della macchina o del sistema stesso se acquistato separatamente ma – lo si ripete – questo elemento non è essenziale).

È da questa definizione che può desumersi come l'effetto della cessione della licenza d'uso non sia il trasferimento all'acquirente dell'intera totalità dei diritti patrimoniali sul programma informatico, ma solo una parte.

Il licenziatario, ancora più precisamente, non diventa proprietario del sistema operativo ma lo potrà utilizzare, lo potrà installare sulla macchina, potrà visualizzare il suo contenuto e porlo in esecuzione per lo scopo previsto dal contratto che per questo motivo ne **può definire le precise condizioni** e tra esse:

l'idoneità al **deployment** (sviluppo del prodotto rispetto a quello originario);

il **numero di riproduzioni** consentite del programma;

il **numero di macchine** in cui il software potrà essere installato e utilizzato (es. l'applicazione su una o due macchine comprese nella stessa rete dei computer di cui il licenziatario dispone od anche il numero delle macchine separate dalla rete di proprietà del licenziatario che potrebbe, ad esempio, disporre di un computer fisso e di un portatile);

il **trasferimento** del software **ad altri utenti**;

l'utilizzo, in alternativa alla versione acquistata, di una versione precedente (**downgrade**) o di

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

quella successiva (**upgrade**).

CONTRATTO DI CONCESSIONE DELLA LICENZA D'USO: EULA (End User License Agreement)

Il contratto di licenza d'uso è il rapporto giuridico con cui il software (e quindi prima di tutto il sistema operativo) viene concesso in utilizzo a uno o più soggetti quindi legittimati ad eseguirlo.

Trattandosi di un documento contenente le condizioni che regolano le modalità, i limiti, le facoltà del cessionario del prodotto, esso prescinde dalla sua destinazione economica ed è quindi presente anche nel caso in cui il sistema operativo e/o il software applicativo dovesse essere distribuito gratuitamente.

Come ogni contratto che si rispetti anche l'EULA è riferito all'acquisto del programma e richiede una fase di perfezionamento del rapporto tra acquirente e venditore (più correttamente cedente e cessionario) che consiste della preventiva lettura del contratto e della successiva accettazione.

Chiaro che nella sua forma tradizionale il contratto potrà essere contenuto in un foglio inserito nella scatola contenente il software, ma altrettanto ovvio che trattandosi di una applicazione informatica che può essere distribuita anche on line e quindi non dispone di alcuno scatolo che lo contenga, questa fase si realizza nella fase di installazione del programma e consiste nella attivazione del programma che l'utente può porre in essere confermando l'accettazione della licenza mediante un semplice click iniziale.

È quindi evidente che rispetto ad un qualsiasi contratto in cui le parti sono a conoscenza dell'oggetto e delle caratteristiche del bene venduto, l'accettazione della

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

licenza d'uso di un bene non materiale come un programma per il computer renda incerta la completa consapevolezza del cessionario ponendolo addirittura in una situazione debole rispetto all'altro contraente.

L'acquirente, in definitiva, acquisterebbe a scatola chiusa il software accettando le condizioni contrattuali, circostanza questa che viene accentuata ulteriormente proprio con riferimento ai sistemi operativi che, nel 99% dei casi, vengono venduti con lo stesso computer in virtù del rapporto di fornitura con il costruttore del computer o del tablet o dello smartphone che li contiene.

MODALITA' E MOMENTO DI PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO

Nella sua modalità più frequente, il prodotto si troverà già preinstallato sul PC (es. compro un computer con installato il sistema operativo Windows).

In questo caso l'utente finale, al momento dell'accensione del computer, lo trova sulla macchina e già funzionante senza bisogno di alcuna operazione per l'installazione.

Il software viene concesso in licenza all'utente finale come parte integrante del PC su cui viene installato e quindi esso, una volta installato, perde la sua identità che coinciderà con il PC su cui è applicato.

Questo significa che, in caso di rottura o di furto del PC, o di ogni altra situazione che lo rende inutilizzabile, anche la possibilità di utilizzare il prodotto viene compromessa dacché il sistema inizialmente installato viaggia insieme alla macchina per cui è stato concesso.

In sintesi, una licenza OEM è legata all'hardware e viene fornita con l'acquisto di un nuovo computer o dispositivo, mentre un EULA è un contratto legale che definisce i termini e le condizioni per l'utilizzo del software.

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

È questa la tipologia di **licenze c.d OEM (original equipment manufacturer** ovverosia, in italiano, **produttore di apparecchiature originali) che viene cioè fornita insieme all'acquisto di un nuovo computer o hardware.**

Si tratta di licenze "*univoche*" installate quindi su un singolo PC e quindi escluse dalla possibilità di trasferirlo a persona diversa da quella che ha comprato il singolo PC e dalla sua facoltà di venderlo separatamente da quella macchina.

È per questo che si usa dire che **il prodotto in versione OEM nasce e muore col PC**, è legato al suo acquisto fatto dal produttore di quel PC (e quindi non da chi acquista il computer), viene installato su uno specifico apparecchio (Iphone o tablet che sia) e solo a quello, solitamente individuato dal suo numero di matricola.

Il concetto sopra descritto si traduceva in una conseguenza estremamente rilevante e limitativa della disponibilità del sistema e della macchina su cui era installato. Accadde infatti che, all'epoca della distribuzione del sistema operativo Windows XP esso era rigorosamente legato alla scheda madre del computer.

Vale la pena precisare che non vale anche il principio contrario nel senso che il computer non è legato al sistema operativo e se l'utente intende utilizzare un altro sistema ovviamente compatibile con esso o anche una versione vecchia dello stesso sistema operativo ma di cui egli abbia la licenza d'uso, potrà farlo liberamente.

Una versione personalizzata della licenza OEM è la c.d. **OEM System Builder (Assemblatori)** L'espressione "EULA System Builder" si riferisce a un tipo specifico di End User License Agreement (EULA) che viene utilizzato per i software distribuiti ai costruttori di sistemi.

Questo tipo di licenza consente ai costruttori di sistemi di installare il software preinstallato sui dispositivi che creano o assemblano per la vendita e stabilisce i diritti e le

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

restrizioni relativi alla distribuzione e all'installazione del software sui dispositivi che creano o assemblano.

Di solito il rapporto viene instaurato con realizzatori *locali* della macchina con marchi conosciuti a livello regionale.

A differenza di quelle sopra esaminate (cessione da produttore ad un solo marchio – quindi Toshiba o IBM – e vincolo a quello specifico computer con divieto di installazione su altre macchine che non rispondano a quelle componenti con cui esso è nato), la versione system builder viene rivolta ai c.d. **assemblatori** e quindi sarà usata da chi costruisce i computer utilizzando le componenti di terze parti.

È alla luce di queste condizioni che Microsoft fece delle licenze OEM una interpretazione del tutto particolare e troppo rigorosa, ritenendo che il legame tra macchina e sistema operativo avrebbe vietato qualsiasi modifica ai componenti della prima (il computer, insomma, doveva rimanere immutato rispetto all'acquisto) con l'effetto che qualora il sistema avesse rilevato una modifica (anche solo la scheda video o quella audio per esempio) il contratto sarebbe stato automaticamente risolto.

Quell'intenzione è stata però presto ridimensionata dalla stessa Microsoft che ebbe modo di precisare (in un apposito comunicato ufficiale) che rilevante deve ritenersi solo la sostituzione di una componente essenziale della macchina e quindi, al limite, la scheda madre (quella, per intenderci, a cui si collega tutto quello che funziona con il computer e quindi tastiera mouse, monitor, scheda audio hard disk) od il processore, altrimenti ritenuto equivalente all'acquisto di un nuovo pc e richiedente, pertanto, l'acquisto di una nuova licenza OEM (da parte del cliente finale), tale decisione era dovuta alla necessità di avere un componente base non intercambiabile che potesse identificare univocamente un dato PC.

Anche questa visione non può però ritenersi pacifica sul piano tecnico soprattutto

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

perché non è immediatamente reperibile il fondamento tecnico e giuridico in virtù del quale la sostituzione della scheda madre dovrebbe considerarsi cambio dell'intero computer.

Tecnicamente infatti l'*identità* di un computer più che nella scheda madre (che è solo un complesso di circuiti di base) risiede nei suoi contenuti e quindi in quanto memorizzato sull'hard disk e sulle periferiche nel suo complesso. Identificare il pc con la scheda madre può essere un discorso di comodo, ma non si vede perché un utente debba vedersi limitato il suo diritto a continuare l'uso del sistema operativo se, ad esempio, la scheda madre originale si rompe e non è rimpiazzabile con un modello analogo, magari non più in commercio.

Tra le licenze OEM ve ne sono altre meno "vincolanti" di quella sopra esposta.

Tra essi la c.d. licenza **OEM RETAIL** che permette di installare il sistema operativo su un qualsiasi PC e quindi anche di spostarla su altro computer.

Il limite, in questo caso, consiste nell'**impossibilità di installare la stessa versione del sistema operativo contemporaneamente su più computer.**

L'elencazione delle licenze in esame si completa con quella denominata **OEM ESD** (**electronic software distribution**) fornita dal produttore del sistema in formato digitale senza l'ausilio di alcun supporto fisico (quindi privo di scatola, mancante del DVD per l'installazione ed anche del manuale d'uso) con il vantaggio di assicurare la distribuzione del prodotto ricorrendo a costi molto bassi perché privi degli accessori suddetti.

Sul piano giuridico (anche in termini di concorrenza commerciale) la **Corte di Giustizia dell'Unione Europea** ha ritenuto compatibili con le regole del commercio, la distribuzione delle licenze retail.

Sempre sul piano giuridico vi è poi un limite, legato alla ovvia inutilizzabilità di più

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

licenze retail. Poiché l'attivazione della licenza è generalmente rimessa all'utilizzo di un codice di accesso (che in questo caso è univoco) e poiché le licenze vengono venduti a terzi non si è in grado di sapere se la licenza acquistata sia già stata usata o dismessa.

Una delle soluzioni tecnico-giuridico-commerciale è stata realizzata ricorrendo ad un acquisto collegato in qualche modo all'acquirente. Questi cioè paga il costo della licenza mediante PayPal e, nel caso in cui dovesse essere a conoscenza (in sede di installazione) che il codice Product Key associato alla licenza non fosse più utilizzabile, potrà annullare l'acquisto aprendo un'apposita contestazione con il venditore.

Sul piano tecnico la concessione della licenza OEM viene associata ad una sorta di marchio di fabbrica destinata a viaggiare con essa.

Si tratta del **Certificato di Autenticità (COA)**, una sorta di carta d'identità che individua, univocamente, il programma (e che, a dire il vero, riguarda tanto la licenza OEM quanto quella completa) e funge da elemento anticontraffazione che fornisce un'ulteriore garanzia di originalità del prodotto. Esso riporta il *Product Key* necessario al momento della prima accensione del PC e DEVE essere applicato dal rivenditore sullo chassis del PC normalmente in posizione visibile, in modo che, in caso di formattazione del PC, il Product Key sia sempre leggibile e quindi sia possibile la reinstallazione del prodotto.

Questa eventualità è compatibile certamente con il tablet ma non anche con gli smartphone (si pensi al sistema operativo Windows) in cui questo certificato manca.

Giuridicamente si è precisato che **la natura della licenza OEM impedisce (rendendola cioè non lecita e legittima) la vendita (da parte di un venditore ultimo o di un assemblatore di computer) o l'acquisto (da parte dell'utente finale) di una licenza OEM che non coincida con l'acquisto di un componente hardware "non intercambiabile che possa identificare univocamente un dato PC."** (HDD, Motherboard, CPU, ecc; non mouse, tastiere, ecc).

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

L'impossibilità da parte dell'utente di leggere i termini del contratto di licenza prima dell'acquisto del programma software espone questo sistema contrattuale a discussioni e polemiche sulla validità dei suoi termini, sulle modalità di accettazione e sulle modalità di restituzione e rimborso.

LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI OPERATIVITÀ DELLA LICENZA D'USO E DEL RELATIVO CONTRATTO

La questione ha acquisito particolare rilevanza con la diffusione di software pre-installato su personal computer di altri produttori.

Di fatto questa procedura (che passa come gratuita all'acquirente sebbene magari inclusa nel prezzo di acquisto del computer) sembrerebbe imporre l'accettazione della licenza collegata al sistema.

Accade però che l'acquirente possa ben conoscere alternative di programmi software (ma anche di sistemi operativi completi) maggiormente rispondenti alle sue esigenze e dal costo ridotto (se non addirittura nullo).

Si è posto quindi, sul piano giuridico, il problema della possibilità di diniego all'accettazione della licenza e di poter richiedere il rimborso del costo inserito nel prezzo del computer.

GIUDICE DI PACE DI FIRENZE – LO TUFO/HP – sent. 5384/2007

In Italia è rinvenibile un precedente giurisprudenziale particolarmente interessante e riconducibile alla **sentenza 5384/2007 del Giudice di Pace di Firenze**, Dott. Lo Tufo, in un giudizio civile tra un acquirente di un computer portatile e la società HP Italia che commerciava i suoi prodotti con il sistema operativo Windows pre installato.

La causa era fondata sulla pretesa dell'acquirente di vedersi riconosciuta l'illegittimità della previsione contrattuale imposta da HP che, nel caso di rifiuto della licenza associata al sistema operativo, prevedeva soltanto la restituzione integrale della

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

macchina da parte dell'utente, ed il solo rimborso delle spese di acquisto, con esclusione delle spese accessorie.

Il Giudice ha ritenuto invece che il software non debba ritenersi parte integrante della macchina acquistata anche in relazione al fatto che la relativa licenza d'uso è autonoma rispetto alla macchina stessa e viene venduta a condizioni e limitazioni particolari di cui l'utente conosce solo dopo il perfezionamento dell'acquisto.

È questo il profilo idoneo ad invalidare la procedura di restituzione integrale prevista dal produttore di personal computer e vincola il produttore ad accettare della licenza e ad assicurare il rimborso.

CORTE DI CASSAZIONE sent. 19161/2014

La sentenza ha trovato conferma anche in sede di legittimità a seguito della decisione con cui la **Corte di Cassazione (sent. 19161/2014)** ha ribadito la natura contrattuale del rapporto tra il produttore e la catena distributiva (grande distribuzione o semplice assemblatore) e il **cliente**.

La Corte ha precisato inoltre che quest'ultimo **non ha un contratto vincolante in ordine all'uso del software**, non potendogli essere imposta anche la sottoscrizione di un altro contratto (peraltro non indispensabile) che lo vincola nell'uso di quel software e nell'accettazione delle condizioni.

Sul piano giuridico si tratta infatti di un **negozio ad esecuzione anticipata di un contratto futuro**, non perfezionato al momento dell'acquisto (ma all'atto dell'accettazione); non necessariamente dovuta e quindi legittimante l'altro contraente ad accettare o meno quella seconda parte di contratto da cui sarà definitivamente vincolato.

Nel caso in cui non intende accettare quella parte del corrispettivo (in questo caso rappresentato dal software) il relativo importo non è dovuto e va rimborsato qualora compresa

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

nel prezzo d'acquisto.

Sulla quantificazione del rimborso si ritiene opportuno rinviare al prezzo di listino al pubblico di quel software dato che la quota nel prezzo di vendita della macchina non è solitamente separata e quindi non è nota.

TRIBUNALE DI BOLZANO (sent. 145 del 31/3/2005)

Il Tribunale di Bolzano è stato chiamato a decidere sul valore vincolante delle licenze d'uso e sulla compatibilità di questa forma contrattuale con alcuni principi di base delle leggi italiane. La questione faceva capo all'obbligo di registrazione originariamente richiesto da Microsoft per l'installazione del suo sistema operativo dietro trasmissione del codice di attivazione.

Con la sentenza **n. 145 del 31 marzo 2005** il Tribunale, muovendo dal principio che non è dato rinvenire, nel diritto italiano, un obbligo di registrazione presso il produttore del software o di conservare i documenti d'acquisto, ha ritenuto che questo comportamento dovesse annoverarsi quale semplice prassi e che i servizi aggiuntivi che Microsoft esponeva come subordinati a quella registrazione, fossero giuridicamente conseguenti all'acquisto del prodotto, escludendo quindi che l'acquirente possa ritenersi contrattualmente vincolato all'osservanza di obblighi contestuali nel momento in cui acquista il programma, anche se ciò dovesse essere effettuato sugli scaffali di un self-service.

Queste condizioni sono quindi prive di valore giuridico anche perché chi va in un negozio e acquista una scatola con dentro un programma acquista incondizionatamente e senza limitazioni visto che, in quel momento egli non conosce quanto sta scritto (magari in inglese) all'interno della scatola.

Tale principio può essere applicato anche in caso di software OEM, trattandosi, appunto, di elemento venduto unitamente alla macchina e privo, nella maggior parte dei casi, di qualunque supporto cartaceo.

Scatta allora il richiamo alle disposizioni del Codice Civile nella parte in cui stabilisce che **le**

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

condizioni generali del contratto sono opponibili all'altro contraente se queste sono conosciute al momento della stipulazione nel contratto, con l'effetto – ha rilevato il giudice bolzanino – che rilevi un profilo di mancata informazione (all'atto dell'acquisto) delle condizioni contrattuali che viene peraltro rimandata all'atto conclusivo del contratto stesso (il pagamento).

Estremamente severo il giudizio del Tribunale di Bolzano sul punto che ha letteralmente ritenuto *"semplicemente ridicoli"* i tentativi di vincolare l'acquirente con comunicazioni successive all'acquisto ed inesistenti quella parte del contratto in cui si collega l'accettazione delle condizioni alla semplice apertura della busta contenente il software.

LIMITAZIONI ALLE DISPOSIZIONI CONTRATTUALI DELLA LICENZA D'USO

Anche alla luce dei precedenti giurisprudenziali può dirsi che ancorché il contratto di concessione di licenza d'uso sia da qualificarsi come atipico, lo stesso non può ritenersi assolutamente libero di prevedere norme inesistenti e deroganti alle disposizioni generali prescritte dal nostro sistema giuridico.

Come abbiamo già letto in precedenza l'EULA (**End-User License Agreement** e quindi **"accordo di licenza con l'utente finale"**), è il contratto tra il fornitore di un programma software (a sorgente chiuso e proprietario) e l'utente finale con cui si assegna, per l'appunto, la **licenza d'uso** del programma nei termini stabiliti dal contratto stesso ed è comprensiva di disposizioni afferenti la concessione di licenza ma anche le sue limitazioni all'uso, o alla garanzia, la limitazione di responsabilità e le restrizioni all'esportazione.

Leggendo queste voci, la memoria dello studente in giurisprudenza che ha già affrontato lo studio del diritto civile potrebbe e dovrebbe essere rivolta al **carattere vessatorio** di alcune di

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

esse che, secondo il nostro codice, richiederebbero la specifica sottoscrizione delle singole voci, unitamente all'accettazione del contratto e che, nel caso del contratto EULA viene invece riassunta in apposito foglio alla cui presa visione viene ricondotta l'accettazione dei termini, fatta salva la possibilità di restituzione del prodotto entro un certo lasso di tempo definito dal contratto stesso.

Nel caso in cui la EULA sia offerta in forma elettronica l'accettazione avviene cliccando il relativo pulsante, a cui segue l'installazione del programma con l'effetto che la non accettazione implichi l'impossibilità di installare il programma.

Prevale il principio di cui all'**art. 1375 cod. civ.** secondo cui *"Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede"* escludendosi quindi la presenza di clausole vessatorie o comportamenti ostruzionistici.

A carico del venditore permane quindi l'obbligo di garantire il funzionamento del sistema operativo e la conseguente responsabilità per l'ipotesi in cui dal suo utilizzo derivi danno a carico del licenziatario da valutarsi secondo le **ordinarie regole del codice civile che dichiara nulli i patti che escludono la responsabilità contrattuale per dolo o colpa grave.**

Non possono quindi essere apposte clausole contrattuali che prevedano:

Limiti alla garanzia relativa alle modalità con cui si manifesta il difetto

Limiti alla garanzia relativa ai tempi per la denuncia del vizio

Si tratta di clausole nulle *ab origine* in considerazione del divieto di cui all'**art. 1229 cod. civ.** (*"È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave."*)

Analogamente dicasi per il caso in cui la licenza d'uso preveda **esclusioni di responsabilità per**

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

chi concede la licenza (es. danni derivanti dall'uso del software).

Anche in questo caso infatti la previsione sarebbe giuridicamente nulla *ab origine* in considerazione del divieto di cui all'**art. 1229 cod. civ.** (*"È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico."*)

Allo stesso modo nulle le clausole che dovessero includere **deroghe ai rimedi contrattuali rispetto alle disposizioni generali sull'inadempimento** (es. possibilità di ottenere il solo rimborso spese o la riparazione)

Le clausole sarebbero, in questo caso, nulle *ab origine* in considerazione del divieto di cui all'**art. 1453 cod. civ.** (*"Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno."*)

Tra i limiti al contenuto del contratto di EULA si collocano importanti decisioni assunte dalla **Grande Sezione della Corte di giustizia UE.**

Decidendo sulla causa annotata al numero **C- 128/2011** è stata di fatto sancita la liceità, per chi ha acquistato un software a tempo indeterminato, di vendita delle licenze già usate.

Con **sentenza del 3 Luglio 2012, C-128/11** ha ulteriormente ribadito e rafforzato l'orientamento, stabilendo che *"il diritto di distribuzione della copia di un programma per elaboratore è esaurito qualora il titolare del diritto d'autore che abbia autorizzato, foss'anche a titolo gratuito, il download della copia su un supporto informatico via Internet abbia parimenti conferito, a fronte del pagamento di un prezzo diretto a consentirgli l'ottenimento di una remunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera di cui è*

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO**INDICE**

proprietario, il diritto di utilizzare la copia stessa, senza limitazioni di durata".

La causa riguardava una società (la UsedSoft) che acquistava licenze di vari produttori di software (IBM, Microsoft, per esempio) in eccesso di programmi informatici rivendendoli a prezzi inferiori del 50%. Di tanto si lamentava la Oracle che però risultava sconfitta dalla sentenza citata che di fatto consacra la situazione europea, stabilendo il diritto di rivendere il software "usato", a differenza di quanto accade negli Stati Uniti in cui la legge tutela i produttori di software in maniera più pressante.

Due le novità di questa sentenza:

l'estensione della possibilità di applicare il principio non solo alle vendite di software diffuse con modalità tradizionali (vendita del CD o in scatola), ma anche a quelle eseguite via internet (e cioè abilitando l'utente a scaricare il prodotto);

il divieto che le licenze vengano scomposte e vendute singolarmente (nel caso oggetto della causa la ricorrente aveva acquisito una licenza per 25 postazioni del database Oracle e quindi la Corte Europea ha precisato che il gruppo deve essere venduto così com'è.

E' anche alla luce di questa decisione che può meglio delinearsi la consistenza del diritto di **proprietà del software che resta in testa a chi il programma ha realizzato e distribuito** (il licenziante) e che manterrà – *salve eccezioni che saranno in seguito precisate* - la **titolarità del codice sorgente** (sinteticamente l'insieme cioè delle istruzioni che fanno eseguire determinate attività ad un programma) ed anche il diritto di **eseguire ulteriori distribuzioni ad altri clienti** nelle forme e modalità che riterrà più opportune in tal senso limitando la possibilità di vendere a terzi la licenza o di distribuire il programma che la licenza stessa regola.

È sulla base della portata dell'EULA predisposta dalla **Apple Computers** e sulla (invero presunta) modifica al software che è stata instaurata una controversa vicenda tra la soc. **Pystar** e, per l'appunto la Apple. La vicenda ha interessato, specificamente, quella clausola dell'EULA che impone l'installazione di MacOSX solo su sistemi assemblati e venduti da Apple Computer

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D'USO

INDICE

stessa e che, secondo la casa di Steve Jobs, la Pystar avrebbe violato attraverso la realizzazione di computer assemblati con MacOSXpreinstallato.

La convenuta Pystar ha formulato una sorta di riconvenzionale, denunciando Apple per abuso di posizione dominante (trattandosi i Macintosh attuali di comuni pc) chiedendo che venisse stabilita in una sede legale la "liberazione" di MacOSX.

Apple ha invece sostenuto come l'installazione di MacOSX su macchine non Apple sia possibile solo grazie ad operazioni di cracking del sistema operativo originale, invocando quindi la violazione di copyright. In primo grado il risultato è stato favorevole alla Apple con ulteriore conferma anche in grado d'appello, deciso con la sentenza resa il 28/9/2011 con cui è stata confermata la violazione del copyright Apple sul sistema operativo.

C'è da dire che la Corte americana ha anche affermato che alcune informazioni riguardo ai Mac, come ad esempio i controlli effettuati durante il boot o la gestione del calore, non rientrano nel segreto.

La trattazione del sistema operativo, delle modalità con cui esso viene distribuito e la individuazione dei suoi effetti sul piano giuridico, non modificano la natura originaria di questo prodotto che, al pari del software applicativo, non appartiene – come talvolta ritenuto – nella tipologia delle invenzioni, altrimenti soggetta disposizioni normative sul brevetto, ma alle opere dell'ingegno a cui il diritto (non solo quello italiano) assicura una garanzia specifica (la Legge sul Diritto d'Autore).

INFORMATICA GIURIDICA – STRUMENTI ELETTRONICI E LICENZE D’USO

[INDICE](#)

Questa pubblicazione è distribuita con la licenza Creative Commons di seguito indicata.

Si ricorda che qualsiasi uso impone il riconoscimento dell’attribuzione al suo autore originario

