

## I CONTRATTI DI FORNITURA DI SOFTWARE: QUALIFICAZIONE, ADEMPIMENTO, RESPONSABILITA' E GARANZIE

di PIETRO GOBIO CASALI

Sommario: 1. Il software: diritto d'autore e aspetti contrattuali. - 2. La licenza d'uso di software. - 3. La responsabilità del fornitore e il regime delle garanzie. - 4. I contratti di sviluppo del software. - 5. Assistenza e fornitura di un sistema informatico completo. - 6. L'onere della prova dell'inadempimento e dei difetti del programma.

### 1. Il software: diritto d'autore e aspetti contrattuali

Nel gergo comune il termine *software* indica un programma per *computer* che permette determinate funzioni. Sotto il profilo giuridico esso costituisce un bene immateriale tutelato come opera dell'ingegno e non come invenzione soggetta alle norme sul brevetto<sup>1</sup>.

A seguito della direttiva 91/250/Cee<sup>2</sup>, infatti, il D.Lgs n. 518/1992 ha introdotto alcune norme specifiche nella Legge n. 633/1941 (legge sul diritto d'autore, d'ora in poi "l. aut."). In particolare, l'art. 2 l. aut. indica ora tra le opere tutelate dal diritto d'autore "*i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma*

---

<sup>1</sup> L'art. 45 D.Lgs. 30/2005 (c.d. Codice della proprietà industriale) stabilisce che i programmi per elaboratore non sono considerati come invenzioni che possono costituire oggetto di brevetto. Sulla *ratio* di questa disposizione cfr. VANZETTI – DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009, 373 ss.; MANGINI – TONI, *Manuale breve di diritto industriale*, Padova, 2015, 99.

<sup>2</sup> Sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore si veda ora la direttiva 2009/24/Cee.

*espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore". La stessa norma precisa che "restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso".*

La legge attribuisce al titolare diritti esclusivi, tra cui quello di effettuare o autorizzare la riproduzione del programma, la sua modifica e qualsiasi forma di distribuzione al pubblico (art. 64 *bis* l. aut.). Non è però obbligatoria l'autorizzazione per le attività necessarie all'uso da parte dell'acquirente (art. 64 *ter* l. aut.). Parimenti essa non è richiesta se la riproduzione del codice del programma e la traduzione della sua forma siano indispensabili per conseguire l'interoperabilità con altri programmi, purché sia soddisfatta una serie di condizioni enunciate dall'art. 64 *qua* *ter* l. aut.

Tradizionalmente si distingue tra codice sorgente e codice oggetto: il primo è la sequenza di istruzioni espressa nel linguaggio di programmazione informatica, comprensibile all'uomo; il secondo è la traduzione del codice sorgente nel linguaggio riconoscibile dall'elaboratore elettronico<sup>3</sup>. La tutela normativa riguarda entrambi gli aspetti<sup>4</sup>, posto che viene protetto anzitutto

---

<sup>3</sup> GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software*, Milano, 1996, 187 ss., osserva che in forma sorgente il *software* può essere qualificato come opera letteraria con contenuto di carattere tecnico, mentre nella forma oggetto "è soltanto propriamente un oggetto con funzione utilitaria: costituito da una struttura fisica composta da una successione ordinata di impulsi elettrici". Vedi anche DE SANCTIS – FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 2007, 382; SAMMARCO, *I nuovi contratti dell'informatica*, in *Tratt. dir. commerciale e di dir. pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2006, 303 ss.

<sup>4</sup> Cfr. MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 2008, 109; GUGLIELMETTI, *op. cit.*, 206. Per Corte Giust. UE, 2 maggio 2012, n. 406/10, in *Giur. It.*, 2012, 1252, la protezione dei programmi per elaboratore non si estende alle loro funzionalità, al linguaggio di programmazione e al formato dei *file* di dati utilizzati nell'ambito del programma per sfruttare talune funzioni e chi ha ottenuto su licenza una copia può studiarne il funzionamento per determinare i principi sui cui si basa.

Il codice sorgente è protetto dal diritto d'autore, ma negli ultimi anni si è diffuso il movimento c.d. *open source*, il quale si riferisce al *software* di cui l'autore rende pubblico il codice sorgente, favorendone il libero studio e permettendo a programmatori indipendenti di apportarvi modifiche: v. BERTANI, *Guida alle*

l'apporto creativo dell'autore, ma d'altro canto solo in forma di codice oggetto il programma consegue la sua specifica utilità.

In ogni caso il *software*, al pari delle altre opere dell'ingegno, è tutelato solo se originale, in quanto frutto di elaborazione creativa rispetto a programmi precedenti, “*che si riscontra anche quando lo stesso sia composto da idee e nozioni semplici, rientranti nel patrimonio intellettuale degli esperti del settore, sempre che siano formulate e organizzate in modo autonomo e personale*”<sup>5</sup>.

Un'altra distinzione fondamentale, in vista di quello che diremo più avanti, è quella tra *software* di base (o operativo) e *software* applicativo. Il primo è quello che consente il funzionamento stesso dell'elaboratore; il secondo indica invece l'insieme dei programmi che consentono di eseguire specifiche operazioni. Quello applicativo può essere standard e quindi distribuito in serie, in quanto destinato ad un numero illimitato di utenti; ma può anche essere personalizzato ossia realizzato appositamente per soddisfare le particolari esigenze del singolo utilizzatore.

Trattandosi di opera dell'ingegno soggetta alla disciplina sul diritto d'autore, il titolo originario dell'acquisto del diritto è la creazione stessa dell'opera (art. 2576 c.c., art. 6 l. aut.). E' comunque previsto un registro pubblico speciale per i programmi da elaboratore, tenuto dalla S.i.a.e., nel quale vengono registrati il nome del titolare dei diritti esclusivi e la data di pubblicazione del programma (art. 103 co. 4 l. aut.).

Come per le altre opere dell'ingegno, la tutela del *software* può avvenire tramite le misure previste dalla l. aut. e principalmente tramite l'inibitoria, il sequestro e la descrizione<sup>6</sup>. La tutela

---

*licenze di software libero e open source*, Milano, 2004; MANGINI – TONI, *op. cit.*, 92 ss.; SAMMARCO, *op. cit.*, 303 ss.

<sup>5</sup> Cass., 12 gennaio 2007, n. 581, in *Foro It.*, 2007, 11, 3167. Cass., 27 ottobre 2005, n. 20925, in *Giur. It.*, 2007, 625, ha poi precisato che in tema di diritto d'autore l'elaborazione creativa si differenzia dalla contraffazione poiché la prima presenta un grado di originalità, seppur minimo, che consente di differenziarla dall'opera originaria.

<sup>6</sup> Vedi CORSINI, *Le misure cautelari a tutela del software*, in *Riv. dir. industriale*, 2007, 2, 87 ss.; in giurisprudenza v. Trib. Lucca, 20 novembre 1987, in *Giust. Civ.*, 1988, I, 782. Un'altra forma di tutela è quella apprestata dalla disciplina della concorrenza sleale: cfr. UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, estratto da *Comm. breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, 164; Trib. Torino, 16 gennaio 2009, in *Giur. It.*, 2010, 130.

ha pure un aspetto penale: a parte l'art. 171 l. aut. sulla diffusione illecita delle opere dell'ingegno, l'art. 171 *bis* l. aut. assoggetta a reclusione e multa chi, per trarne profitto, abusivamente duplica, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale, o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla S.i.a.e.<sup>7</sup>

Ai sensi degli artt. 2581 c.c. e 107 l. aut. i diritti di utilizzo delle opere dell'ingegno sono trasferibili; possono dunque circolare pure quelli relativi ai programmi per elaboratore. In base all'art. 110 l. aut. e all'art. 2581 comma 2 c.c. la trasmissione dei diritti di utilizzo delle opere – che è assente, salvo patto contrario, nella semplice cessione di un loro esemplare (art. 109 l. aut.) - deve essere provata per iscritto, per cui i contratti che trasferiscono i diritti sul *software* devono avere forma scritta *ad probationem*<sup>8</sup>.

Al di là di questa indicazione generale non esiste una normativa specifica per i contratti di fornitura di *software*, che generalmente vengono fatti rientrare nella categoria dei contratti informatici o ad oggetto informatico<sup>9</sup>. Occorre quindi qualificarli giuridicamente – ossia verificarne la riconducibilità ad un determinato tipo contrattuale - per poi trarre le debite conseguenze sul

---

<sup>7</sup> Per Cass. pen., 19 giugno 2008, n. 25104, in *Giur. It.*, 2009, 1240, tale reato non richiede necessariamente che la riproduzione abusiva sia finalizzata al commercio, né il dolo specifico del fine di lucro. Cass. pen., 30 novembre 2010, n. 42429, *ivi*, 2011, 2142, ha invece precisato che l'attività libero professionale non rientra in quella "commerciale o imprenditoriale" contemplata nella norma. Sulla tutela penale del diritto d'autore vedi B. BOCCHINI, *La tutela del diritto d'autore*, in *Cod. resp. civ. e RC auto*, a cura di Bonilini – Carnevali – Confortini, Milano, 2015, 1284 ss.

<sup>8</sup> Si ritiene che il principio si applichi pure alle licenze d'uso: cfr. UBERTAZZI, *op. cit.*, 347. In quest'ottica v. Cass., 21 maggio 1998, n. 5072, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 1837, secondo cui il termine "trasmissione" di cui all'art. 110 comprende sia gli atti dispositivi in senso stretto, sia gli atti di concessione in uso. Per Cass., 27 luglio 2017, n. 18633, l'art. 110 non è però applicabile quando il committente ha acquistato i diritti di utilizzazione economica dell'opera per effetto di un contratto d'appalto con l'autore, poiché in tal caso non ha luogo un trasferimento, in quanto tali diritti sorgono direttamente in capo al committente. Secondo Cass., 13 dicembre 1999, n. 13937, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 102, la prescrizione della forma scritta rileva unicamente nell'ipotesi in cui quel trasferimento venga invocato dal cessionario nei confronti di chi si vanta titolare del medesimo diritto a lui ceduto, non anche nel diverso caso in cui la cessione sia invocata dal cessionario nei confronti del terzo che abbia violato detto diritto.

<sup>9</sup> Vedi ad esempio BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2013, 888.

piano dell'adempimento del fornitore, della sua responsabilità e delle garanzie eventualmente spettanti all'utilizzatore.

## 2. La licenza d'uso di software

Di regola la cessione dei diritti d'autore comporta il trasferimento della proprietà intellettuale o di singole facoltà, a fronte di un corrispettivo unitario e con immediato effetto traslativo; è però diffusa la figura della licenza, in cui si costituisce un rapporto di durata che autorizza il licenziatario a godere dell'opera dell'ingegno secondo i termini negoziali e verso un canone periodico<sup>10</sup>.

Nel campo dell'informatica è invece diffusa la peculiare figura della licenza d'uso di *software*: contratto con cui una parte – il licenziante - concede ad altri l'utilizzo di un programma verso un corrispettivo, di solito periodico; trattasi di negozio molto frequente quando vengono impiegati programmi standard.

Si sottolinea la differenza rispetto alla vendita di *software*, in quanto questa comporterebbe il trasferimento della stessa facoltà di sfruttamento del bene immateriale<sup>11</sup>. Pertanto nei modelli contrattuali si adotta il termine “licenza d'uso” per chiarire che l'utilizzatore acquisisce il solo diritto di usare la singola copia del prodotto e non l'opera dell'ingegno in quanto tale.

Alla luce di tale prassi l'orientamento prevalente evidenzia che viene concesso il semplice godimento del bene e, pur dando

---

<sup>10</sup> Cfr. MUSSO, *op. cit.*, 369 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Trib. Bari, 4 giugno 1994, in *Dir. informatica*, 1995, 927, con nota di Tosi. In dottrina cfr. ZERAUSCHEK - MAGINI, *I contratti di informatica*, Milano, 2001, 118. Per Trib. Roma, 31 gennaio 2000, in *Aida*, 2000, 1041, in difetto di specifica pattuizione, il contratto di licenza di *software* non si estende al relativo codice sorgente; nella medesima ottica Trib. Bari, 14 marzo 2007, in *Dir. Internet*, 2007, 5, 447, con nota di Pelino, ha stabilito che l'autore del *software* e quindi dei codici sorgenti, avendo la loro disponibilità, può riutilizzarli senza che possa ravvisarsi alcuna indebita duplicazione, ove difetti la cessione di ogni diritto di utilizzazione esclusiva non solo del programma realizzato, ma anche dei suoi codici sorgenti, che normalmente restano nel patrimonio del programmatore. Per Trib. Torino, 16 gennaio 2009, *cit.*, l'utilizzo del codice sorgente è lecito se volto a conseguire l'interoperabilità con altri programmi, sempre che tali attività siano eseguite dal licenziatario, da chi abbia diritto ad utilizzare una copia del programma, o, per loro conto, da chi è autorizzato a tal fine. Sul deposito del codice sorgente v. LORDI, *Contratto di deposito del codice sorgente*, in *Contr. e Impresa*, 2004, 2, 949.

conto degli aspetti atipici, inquadra la figura nello schema della locazione, con conseguente applicazione delle relative norme<sup>12</sup>. In quest'ottica viene sottolineato che generalmente i contratti prevedono il divieto di vendita del programma a terzi<sup>13</sup>.

Tale interpretazione desta perplessità, senza contare i dubbi circa l'applicabilità della figura della locazione ai beni immateriali<sup>14</sup>. Sussistono infatti buone ragioni per ritenere che la licenza d'uso mascheri una vera e propria vendita.

Questa può avere ad oggetto anche le opere dell'ingegno, nel senso di una cessione del diritto al loro sfruttamento economico<sup>15</sup>; ma, oltre al trasferimento del diritto di proprietà, l'art.

---

<sup>12</sup> Cfr. MONTALBANO, *Il regime delle garanzie e della responsabilità nella licenza d'uso di software applicativo*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 122 ss.; ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, 66 ss.; FINOCCHIARO, *I contratti d'informatica*, in *Tratt. dei contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da Galgano, Torino, II, 1995, 1644 ss.; GALGANO, *La cultura giuridica italiana di fronte ai problemi informatici*, in *I contratti dell'informatica*, a cura di Alpa e Zeno-Zencovich, Milano, 1987, 379; PAVONE LA ROSA, *Lineamenti dei contratti di fornitura di computers e di servizi informatici*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, 349; SAMMARCO, *op. cit.*, 257-258; ZERAUSCHEK - MAGINI, *op. cit.*, 120. Per un panorama delle varie tesi v. SCORZA, *Fornitura di un sistema informatico, responsabilità e tutele*, in *Dir. Internet*, 2, 2005, 157 ss.

<sup>13</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 257. Secondo Cass, 21 luglio 2011, n. 16041, in *Foro It.*, 2012, I, 510, il contratto di licenza esclusiva di *software*, in cui sia previsto che il licenziatario non può trasferire i diritti di utilizzazione senza l'autorizzazione del titolare dei diritti di esclusiva, non comporta – ove intervenga la cessione dell'azienda del licenziatario – il subentro del cessionario dell'azienda nel rapporto di licenza.

<sup>14</sup> TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazione di fondi urbani*, in *Tratt. dir. privato*, diretto da Rescigno, XI, 3, Torino, 1984, 451, osserva che per la loro particolarità i beni immateriali vengono esclusi dal novero dei beni suscettibili di locazione. In effetti l'art. 1571 c.c. parla di “cosa mobile o immobile”, facendo pensare ad un oggetto materiale (né viene impiegato il termine “diritto”, a differenza dell'art. 1470 c.c. in tema di vendita). Vedi Cass., 27 ottobre 1992, n. 11687: “l'usufruttuario può cedere temporaneamente l'esercizio del suo diritto, conferendo al cessionario tutti i poteri inerenti e caratterizzanti il suo diritto reale, ma non il solo godimento di tale diritto, mediante un contratto di locazione che, ai sensi dell'art. 1571, c. c., può avere ad oggetto solo una cosa mobile o immobile”.

<sup>15</sup> Cfr. LUMINOSO, *La vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2004, 51 e 55; GRECO - COTTINO, *Vendita*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1981, 19; MUSSO, *op. cit.*, 368. G.B. FERRI, *La vendita*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, XI, 3, Torino, 1984, 207, precisa che è trasferibile non l'opera dell'ingegno o l'invenzione industriale globalmente considerata, ma i diritti di utilizzazione: “in queste

1470 c.c. prevede anche il “*trasferimento di un altro diritto*”. Nel nostro caso non si tratta del diritto sul bene immateriale in sé, bensì del trasferimento del diritto di utilizzo – illimitato, pieno ed esclusivo – della singola riproduzione del *software* (singolo “esemplare” dell’opera), insieme a quello della proprietà del supporto materiale che lo incorpora<sup>16</sup>.

Peraltro, l’art. 64 *bis* l. aut. stabilisce che “*la prima vendita di una copia del programma nella comunità economica europea da parte del titolare dei diritti, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione di detta copia all’interno della comunità, ad eccezione del diritto di controllare l’ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso*”.

---

ipotesi, l’eventuale loro trasferimento (che dà luogo a una vendita se avviene dietro il corrispettivo d’un prezzo), ha per oggetto non una cosa (sia pure “immateriale”), ma un diritto: quello appunto di utilizzare l’opera dell’ingegno o l’invenzione industriale”. In effetti gli artt. 2581 c.c. e 107 l. aut. parlano di trasferimento e acquisto dei “diritti di utilizzazione”. Come nota GALGANO, *op. cit.*, III, 1, 165, solo in senso traslato si può definire come diritto di proprietà il diritto esclusivo alla utilizzazione economica dell’opera (di cui all’art. 12 l. aut.).

<sup>16</sup> Così MUSTI, *La licenza d’uso di software*, in *Contr. e Impresa*, 1998, 1289 ss., banca dati a cura di Galgano, Padova (più di recente MUSTI, *Licenza d’uso OEM: diritto al rimborso in caso di restituzione*, in *Giur. It.*, 2008, 2215 ss.); nello stesso senso MUSSO, *op. cit.*, 371. Sul punto BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1993, 937, nota che “quando, invece, la concessione in uso del programma non è assoggettata ad un termine, sembra possibile qualificare il contratto come vendita del supporto e quindi fare riferimento alla garanzia della vendita in caso di vizi”. Per GALGANO, *op. cit.*, II, 2, 3, l’espressione “altro diritto” di cui all’art. 1470 va intesa nel senso più ampio; v. anche LUMINOSO, *op. cit.*, 51, secondo cui oggetto della vendita può essere “l’alienazione di diritti reali o di credito, di diritti di utilizzazione di beni immateriali, di diritti potestativi, di aggregazioni di diritti o posizioni complesse”; così pure BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, III, Torino, 1992, 305. Vengono ad esempio considerati come possibile oggetto di vendita (v. G.B. FERRI, *op. cit.*, 209) i diritti reali di godimento (v. appunto l’art. 980 c.c.) per cui, al di là del trasferimento del supporto materiale del *software*, concettualmente non deve stupire che la vendita possa riguardare un diritto più limitato rispetto al tradizionale diritto di proprietà. Con riferimento poi al trasferimento dei “diritti di utilizzazione” delle opere dell’ingegno di cui all’art. 107 l. aut., la dottrina afferma che può concernere il diritto nella sua integrità ma anche solo alcune facoltà: v. UBERTAZZI, *op. cit.*, 107. L’art. 107 menziona l’acquisto dei “diritti di utilizzazione” distintamente dai “diritti connessi aventi carattere patrimoniale” ed *ex art.* 19 l. aut. i diritti esclusivi dell’autore (noleggio, distribuzione etc.) sono tra loro indipendenti, tanto che l’esercizio di uno di essi non esclude l’esercizio esclusivo di ciascuno degli altri: è la c.d. trasmissione limitata allo scopo, sulla quale v. RICOLFI, *Il diritto d’autore*, in Abriani – Cottino - Ricolfi, *Diritto industriale*, in *Tratt. dir. commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2001, 394 ss.

Se dunque in caso di cessione vale il c.d. principio di esaurimento, non sembra appropriato continuare ad adottare la categoria della licenza d'uso per contratti nei quali si paga un corrispettivo commisurato al prezzo del *software* e se ne conserva per sempre il supporto materiale, senza obblighi di restituzione<sup>17</sup>. Né il discorso cambia qualora la messa a disposizione del programma avvenga tramite *download*, secondo quanto ha affermato la Corte di Giustizia UE<sup>18</sup>.

La suddetta Corte, con riferimento alla nuova direttiva 2009/24/Cee, ha appunto riconosciuto come legittima la rivendita di una copia di un programma scaricata dal sito *internet* del titolare del diritto d'autore, laddove la licenza originariamente concessa dal titolare al primo acquirente sia stata rilasciata senza limitazione di durata e a fronte del pagamento di un prezzo volto a ottenere una remunerazione corrispondente al valore economico della copia dell'opera. Secondo la Corte di Giustizia in tal caso ogni acquirente successivo della licenza deve essere considerato un legittimo acquirente al quale viene riconosciuta la possibilità di avvalersi dell'esaurimento del diritto di distribuzione.

Non dovrebbero esserci dubbi sul fatto che in questi casi l'utilizzatore non acquisisce il diritto di sfruttare il bene immateriale, anche perché in base all'art. 109 l. aut. "*la cessione di uno o più*

---

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Milano, 3 giugno 2002, in *Aida*, 2002, 838; Trib. Pisa, 18 giugno 2015, in banca dati *Pluris*, secondo cui tale contratto "è riconducibile nella disciplina della compravendita, con la conseguenza che la clausola di mantenimento in capo all'acquirente della proprietà del software costituisce un mero segmento post-contrattuale di un ordinario rapporto ex artt. 1470 e ss. c.c., atteso che, a fronte del versamento di un prezzo unitario, il venditore-licenziante cede la titolarità del supporto su cui il programma è installato e il diritto di utilizzo del medesimo". Nello stesso senso in dottrina SARTI, *Esaurimento ed utilizzazione del software*, in *La legge sul software*, a cura di Ubertazzi, Milano, 1994, 143; BERTANI, *op. cit.*, 62, il quale sostiene la tesi della vendita della singola copia del programma; MUSSO, *op. cit.*, 369 ss.; MUSTI, *op. cit.* Contro l'applicabilità dello schema della vendita alla licenza d'uso si è invece pronunciato Trib. Bari, 4 giugno 1994, *cit.* Per Cass., 23 giugno 1998, n. 6239, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 171, con nota di Sammarco, dalla mancata previsione di un prezzo unitario non si deve necessariamente dedurre l'esclusione della cessione definitiva di un'opera dell'ingegno (il caso riguardava la cessione di diritti allo sfruttamento di musiche per cui era prevista una percentuale sul corrispettivo delle future vendite degli esemplari di riproduzione fotomeccanica).

<sup>18</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 3 luglio 2012, n. 128/11, in *Giur. It.*, 2012, 1748; la sentenza è commentata da SAMMARCO, *Software e esaurimento del diritto*, in *Dir. informatica*, 2012, 1033 ss. (specialmente 1047 ss.). Nello stesso senso Corte Giust. UE, 12 ottobre 2016, n. 166/15, in <http://curia.europa.eu/juris/document>.

*esemplari dell'opera non importa, salvo patto contrario, la trasmissione dei diritti di utilizzazione*" e il succitato art. 64 bis l. aut. assegna al titolare il diritto di controllo sulla locazione (v. anche art. 18 bis l. aut.). Né va dimenticato che di frequente chi fornisce il programma è un semplice distributore, con cui la *software house* – titolare del diritto d'autore - stipula un accordo di distribuzione<sup>19</sup>.

Non sembra agevole, oltretutto, differenziare la disciplina negoziale di un libro o di un disco da quella di un programma per elaboratore. Se a nessuno viene in mente di parlare di licenza d'uso per la cessione di un *compact disc*, lascia perplessi una qualificazione negoziale del *software* in termini autonomi<sup>20</sup>, anche se effettivamente presenta delle peculiarità.

Se poi il contratto prevede il divieto di cedere la copia a terzi, dovrebbe trattarsi di clausola predisposta al fine di aggirare l'esaurimento del diritto di distribuzione, con conseguente nullità ai sensi dell'art. 1379 c.c., secondo cui il divieto di alienare stabilito per contratto è invalido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde ad un apprezzabile interesse di una parte<sup>21</sup>.

D'altra parte, in dottrina si è però osservato che il trasferimento del diritto di proprietà su un esemplare del programma richiederebbe comunque la volontà dell'autore di immettere definitivamente il *software* sul mercato, senza limiti di tempo e di

---

<sup>19</sup> Pertanto, prima ancora del contenuto dei contratti di licenza d'uso tra distributore e utente finale, andrebbe analizzato il contenuto dei contratti tra *software house* e distributore, onde verificare quali diritti vengono trasferiti a quest'ultimo.

<sup>20</sup> Cfr. CASSANO, *Le condizioni generali di contratto*, in *I contratti informatici*, a cura di Clarizia, Torino, 2007, 298; TRIPODI, *I contratti di utilizzazione del computer*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, IX, a cura di Bilotta, Torino, 2004, 79. In una diversa prospettiva RICOLFI, *op. cit.*, 512 ss., sottolinea invece le peculiarità del *software* rispetto alle opere dell'ingegno classiche, anche alla luce degli artt. 64 bis ss.

<sup>21</sup> Così Trib. Milano, 3 giugno 2002, *cit.*; così anche MUSTI, *op. cit.* In senso contrario Cass, 21 luglio 2011, n. 16041, *cit.*, che, dando risalto alla volontà del titolare del diritto, ravvisa nella licenza d'uso una concessione temporanea e non un'alienazione. Sul punto cfr. UBERTAZZI, *op. cit.*, 171 ss. Sulla *ratio* dell'art. 1379 c.c. vedi F. BOCCHINI, *I vincoli al trasferimento dei diritti*, in *I contratti di vendita*, a cura di Valentino, Torino, 2007, 37 ss.

utilizzo, così che si verifichi effettivamente l'esaurimento del diritto di distribuzione<sup>22</sup>. In quest'ottica occorre interpretare la volontà dei contraenti ai sensi dell'art. 1362 c.c., vagliando le singole clausole del contratto.

Ad ogni modo bisogna tener presente che il *nomen iuris* attribuito dalle parti a un negozio giuridico non è decisivo per la sua qualificazione<sup>23</sup>, così che non è dirimente il fatto che abbiano scelto la denominazione "licenza d'uso".

### 3. La responsabilità del fornitore e il regime delle garanzie

La qualificazione giuridica del contratto di licenza d'uso di *software* comporta notevoli riflessi sul regime delle garanzie negoziali e della responsabilità del fornitore per inadempimento. In proposito è da rilevare che i modelli contrattuali prevedono spesso clausole di esclusione o limitazione di responsabilità<sup>24</sup>.

Sotto questo aspetto la tutela normativa dei consumatori è ampia, secondo quanto previsto dal c.d. Codice del consumo (D.Lgs. n. 206/2005). Gli artt. 33 e seguenti di tale codice, infatti, sanciscono la nullità di numerose clausole vessatorie, tra cui quelle che escludono o limitano i diritti e le azioni del consumatore in caso d'inadempimento altrui. E' poi possibile applicare la disciplina delle garanzie per i beni di consumo (artt. 128 ss.)<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> DE SANCTIS – FABIANI, *op. cit.*, 395; su quest'aspetto si veda anche RICOLFI, *op. cit.*, 512 ss. In giurisprudenza approfondisce questo profilo Corte Giust. UE, 3 luglio 2012, *cit*; lo stesso profilo viene valorizzato da Cass, 21 luglio 2011, n. 16041, *cit*. Secondo l'art. 17 comma 1 l.a. il diritto di distribuzione "ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione o comunque a disposizione del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari".

<sup>23</sup> Vedi Cass., 20 novembre 2002, n. 16342, in *Contratti*, 2003, 4, 350; in dottrina v. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 407 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 473; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015, 193 e 210; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 1077.

<sup>24</sup> Lo ricorda CASSANO, *op. cit.*, 292 ss.

<sup>25</sup> Per Trib. Monza, 1° marzo 2005, in banca dati *Pluris*, la vendita di *software* rientra nella nozione di bene mobile destinato al consumo ed è quindi possibile applicare la relativa disciplina. Va peraltro ricordato che l'art. 128 del codice del consumo equipara ai contratti di vendita tutti quelli "comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre", così che vi dovrebbe rientrare anche la licenza d'uso a prescindere dalla sua qualificazione negoziale: cfr. SAMMARCO, *op. cit.*, 282 ss. Sul tema delle garanzie per i beni di consumo cfr.

Diversa è la situazione quando a stipulare il contratto sia un'impresa o la pubblica amministrazione, ipotesi ben più rilevante per la vastità del contenzioso e per l'entità dei corrispettivi delle licenze. Qui si tratta solitamente di contratti per adesione nei quali è prevista la doppia sottoscrizione ex art. 1341 c.c., per cui sono precluse lamenti circa la natura vessatoria di clausole che esonerano dalla responsabilità per difetti di funzionamento del programma.

Va tuttavia tenuto presente l'art. 1229 c.c., che sancisce la nullità dei patti di esclusione o limitazione della responsabilità per colpa grave. Se poi si seguisse la tesi che riconduce la licenza d'uso alla locazione, sarebbe applicabile l'art. 1579 c.c., secondo cui tali patti sono inefficaci se il locatore li ha in mala fede taciuti o se i vizi sono tali da rendere impossibile il godimento della cosa.

Se però si aderisce alla tesi della vendita, si applica l'art. 1490 comma 2 c.c. che prevede l'inefficacia dei suddetti patti nel solo caso di mala fede del venditore, senza riferimenti all'ipotesi di difetti tali da pregiudicare il godimento del bene. E nell'ambito della vendita è valido il patto di esclusione della garanzia<sup>26</sup>, per cui risulterà arduo invocare il principio generale di cui all'art. 1229 c.c. qualora l'art. 1490 c.c. venga considerato norma speciale<sup>27</sup>. Non va quindi condivisa la tendenza della dottrina<sup>28</sup> a risolvere sbrigativamente il problema dei patti favorevoli al fornitore ricorrendo in maniera indiscriminata agli artt. 1229 e 1579 c.c.

---

G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli e Minervini, Torino, 2005, 968 ss.; LUMINOSO, *op. cit.*, 257 ss.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., 1° dicembre 2000, n. 15395; CAGNASSO - COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2000, 58.

<sup>27</sup> La tesi dell'art. 1490 come norma speciale è propugnata da Cass., 11 maggio 2016, n. 9651 (secondo cui la mala fede comprende i raggiri ma non la colpa grave); App. Cagliari, 27 luglio 1993, in banca dati *Pluris*; Trib. Roma, 20 ottobre 1979, *ivi*. Per C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in *I contratti di vendita*, a cura di Valentino, Torino, 2007, 1123, l'art. 1229 c.c. vale invece anche in tema di garanzie dovute dal venditore, per cui rileva la sua colpa grave e non solo la sua mala fede; così pure GAZZONI, *op. cit.*, 1099; GALGANO, *op. cit.*, II, 2, 14; BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 66 (nt. 167), il quale aggiunge però che il patto di esclusione potrebbe avere una rilevanza autonoma volta a delimitare l'oggetto della prestazione.

<sup>28</sup> MONTALBANO, *op. cit.*, 130; SAMMARCO, *op. cit.*, 281.

Ad ogni modo l'applicazione della disciplina delle garanzie non può essere esclusa *a priori* facendo semplicemente leva sul fatto che si tratta di bene immateriale a cui è estranea la categoria dei vizi<sup>29</sup>. Sul punto è utile ribadire che si sta parlando dell'impiego di una singola copia del programma (che può estrinsecarsi in un supporto fisico), non dell'utilizzo del bene immateriale in quanto tale.

#### 4. I contratti di sviluppo del software

Come si è anticipato, la licenza d'uso riguarda l'impiego di programmi standard. L'utilizzatore può però commissionare la realizzazione di un *software* personalizzato, calibrato secondo le sue esigenze specifiche. Questa fattispecie – solitamente denominata “sviluppo di *software*” – configura un contratto d'appalto, o al limite un contratto d'opera se il fornitore è un piccolo imprenditore<sup>30</sup>.

Pertanto, qualora vi siano difetti del programma, il committente può chiedere la risoluzione del contratto se essi siano tali da renderlo del tutto inadatto alla sua destinazione; diversamente può chiedere la loro eliminazione a spese della controparte o la riduzione del prezzo (artt. 1668 e 2226 c.c.). E in merito alla decadenza dalla garanzia per i vizi va applicato l'art. 1667 comma 2 c.c. invece che l'art. 1495 c.c.<sup>31</sup>

Pur trattandosi di appalto, possono emergere aspetti atipici: se il fornitore impone delle clausole di esonero dalla responsabilità per il mancato soddisfacimento del cliente, è difficile adottare il

---

<sup>29</sup> In tema di vendita si osserva che il vizio e la mancanza di qualità riguardano aspetti materiali del bene: BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *op. cit.*, 323; LUMINOSO, *op. cit.*, 225 ss.; GALGANO, *op. cit.*, II, 2, 11; in senso opposto però GRECO - COTTINO, *op. cit.*, 221 ss.

<sup>30</sup> Trib. Novara, 20 novembre 2004, in *Dir. Internet*, 2005, 1, 141, con nota di Viti: “il contratto per la realizzazione di un *software*, commissionato ad una *software house*, sostanzia ad ogni effetto un appalto di servizi, e necessita di essere sottoposto, ai fini di una disciplina positiva, alla relativa regolamentazione”. Rinchiamano la figura dell'appalto CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 350; ROSSELLO, *op. cit.*, 80; ZERAUSCHEK - MAGINI, *op. cit.*, 132; BUONOCORE, *op. cit.*, 889; PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, 349. Per FINOCCHIARO, *op. cit.*, 1648, può trattarsi di contratto d'opera intellettuale se il fornitore è un professionista.

<sup>31</sup> Così App. Roma, 2 marzo 2006, in banca dati *Pluris*, alla luce del fatto che non si tratta di prodotto preconfezionato.

tradizionale criterio delle obbligazioni di risultato. In questo caso, secondo un'autorevole opinione, vi sarebbe piuttosto un negozio atipico avente ad oggetto una prestazione di mezzi, con applicazione del regime di responsabilità adottato per il contratto d'opera intellettuale<sup>32</sup>. Deve comunque ritenersi nulla ex art. 1229 c.c. la clausola con cui l'appaltatore viene esonerato da inadempimento per colpa grave<sup>33</sup>.

Vi sono poi i casi in cui la *software house* (o il suo avente causa) distribuisce un programma standard che modifica e integra secondo le esigenze del cliente. Questa eventualità dovrebbe configurare un contratto misto, in cui la disciplina da applicare è quella del negozio principale: se prevale il "dare" (vendita) rispetto al "fare" (appalto) andrebbe quindi applicata la normativa sulla vendita<sup>34</sup>.

Con riguardo alla realizzazione di programmi personalizzati - ma il discorso entro certi limiti vale anche per le licenze d'uso dei programmi standard - è fondamentale osservare che l'oggetto del contratto è un bene con il quale l'utilizzatore deve interagire. Non si tratta, come per un libro o un disco, di prodotti usufruibili *sic et simpliciter* da chiunque. Si tratta al contrario di beni complessi che bisogna saper utilizzare, tanto che il mancato raggiungimento del risultato può talvolta derivare dalla difficoltà di impiego, dalla scarsa perizia del cliente o dal fatto che

---

<sup>32</sup> GALGANO, *op. cit.*, II, 2, 253. Secondo Cass., 20 luglio 2005, n. 15232, l'esenzione dell'appaltatore da responsabilità per difetti dell'opera può ricavarsi anche implicitamente da comportamenti concludenti delle parti.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., 6 novembre 2008, n. 26609, in *Giur. It.*, 2009, 1918, con nota di Lascialfari.

<sup>34</sup> In generale v. Cass., 12 aprile 1999, n. 3578, in *Contratti*, 1999, 7, 669, secondo cui nel negozio misto di vendita e appalto la disciplina da applicare sarà quella della vendita se il lavoro rappresenta non già lo scopo ultimo del negozio, ma soltanto il mezzo per il conseguimento della cosa. Vedi anche Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199. Per l'utilizzo di questo criterio nell'ambito della fornitura di un sistema informatico v. Cass., 22 marzo 1999, n. 2661, in *Giur. It.*, 2000, 47, con nota di Agostinis. Secondo la tesi dominante, in caso di contratto misto si applica la disciplina del contratto prevalente (c.d. criterio dell'assorbimento), ma non manca chi sostiene che ciascun elemento negoziale debba essere disciplinato dalle regole del tipo cui l'elemento appartiene (c.d. criterio della combinazione): v. in sintesi ROPPO, *op. cit.*, 405 ss.; GAZZONI, *op. cit.*, 818 ss.; BIANCA, *op. cit.*, III, 478 ss. Per un approfondimento v. SAMMARCO, *op. cit.*, 130 ss. e 366 ss.

egli non ha prospettato al fornitore una determinata esigenza<sup>35</sup>.

Va considerato pure quest'aspetto nella valutazione dell'equilibrio sinallagmatico e delle sue alterazioni, anche in omaggio al principio di buona fede contrattuale (artt. 1175 e 1375 c.c.). Si noti poi che il fatto colposo dell'utilizzatore può rilevare per la diminuzione o l'esclusione del risarcimento del danno da lui subito (art. 1227 c.c.). Quanto all'inadempimento che legittima la risoluzione negoziale, il comportamento del debitore può risultare appunto giustificato se è mancata la cooperazione del creditore, ad esempio perché questi gli ha reso difficile adempiere<sup>36</sup>.

I programmi personalizzati pongono un problema relativamente alla identificazione dei diritti che vengono trasmessi al committente: è infatti dubbio se egli acquisisca il potere di disporre nei confronti dei terzi. Sul punto, anche alla luce degli artt. 19 e 110 l. aut., sembra corretto affermare che si trasferiscono solo quei diritti che gli assicurano il conseguimento dello scopo negoziale perseguito<sup>37</sup>. Se poi il *software* è creato da un

---

<sup>35</sup> Cfr. MONINA, *Contratti informatici e obblighi di informazione*, in *I contratti di informatica*, a cura di Alpa – Zeno Zencovich, Milano, 1987, 133: “le delucidazioni in ordine all'adeguatezza di un sistema di elaborazione alle necessità del cliente non possono prescindere da una preventiva conoscenza delle effettive esigenze di quest'ultimo. Spetta perciò all'utente provvedere all'analisi e alla definizione dei propri bisogni”; nello stesso senso ROSSELLO, *op. cit.*, 81; CASSANO, *op. cit.*, 289 ss., il quale evidenzia la necessità che l'utente comunichi tutte le informazioni utili al fornitore. Dà peso a questo aspetto, a difesa del fornitore, Trib. Milano, 12 marzo 2013, in banca dati *Pluris*: “va quindi verificato quale fosse l'oggetto del contratto e quale la tipologia di prodotto che BF si era impegnata a fornire perché solo qualora sia ravvisabile l'impegno del concedente fornitore a cedere un programma strutturalmente in grado di effettuare una migrazione completa del software può configurarsi un caso di vendita *aliud pro alio* ovvero di bene mancante delle qualità promesse. Si osserva infatti che in contratto non era prevista una prestazione di servizi accessori concernenti modifiche sul software dell'attrice”.

<sup>36</sup> Così SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 1602; ROPPO, *op. cit.*, 897. Del resto ex art. 1206 c.c. il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione. Per Trib. Roma, 27 settembre 1991, in *Dir. informatica*, 1993, 737, non c'è inadempimento del fornitore se l'obbligo di fornire assistenza informatica non è stato rispettato per negligenza dell'utilizzatore. Nello stesso senso Trib. Genova, 13 settembre 2006, in banca dati *Pluris*, in relazione al fatto che l'assistenza non aveva sortito gli effetti desiderati a causa del mancato aggiornamento del sistema operativo da parte del beneficiario.

<sup>37</sup> Cfr. RICOLFI, *op. cit.*, 399; SAMMARCO, *op. cit.*, 289 ss., nonché, sempre di questo autore, *Appalto di software e trasferimento dei diritti*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, 98 ss. Nello stesso senso in giurisprudenza Cass., 23 dicembre 1982, n.

lavoratore dipendente, è il datore di lavoro ad essere titolare dei diritti di utilizzazione economica (art. 12 bis l. aut.).

## 5. Assistenza e fornitura di un sistema informatico completo

Non sempre l'utilizzatore si avvale semplicemente di un programma, standard o personalizzato. Talvolta, soprattutto se imprenditore, richiede un sistema informatico completo in cui si cumulano la fornitura dell'*hardware*<sup>38</sup>, quella del *software* e quella di un'assistenza periodica.

L'assistenza nasce dal fatto che si tratta di beni sofisticati, che possono presentare problemi di impiego e necessità di adeguamento all'evoluzione tecnologica. Viene spesso contemplata in un contratto *ad hoc* che prevede un corrispettivo fisso da pagarsi periodicamente. Può riguardare la manutenzione (correttiva o migliorativa) dei programmi, l'addestramento all'uso e il loro aggiornamento (c.d. *release*). Viene inquadrata prevalentemente nell'appalto di servizi<sup>39</sup>, ma possono esservi clausole di esonero dalla responsabilità<sup>40</sup>.

La fornitura di un sistema informatico completo delinea un'operazione economica complessa, che richiama la figura del

---

7109, con riguardo alle opere dell'ingegno in generale. Vedi anche Trib. Bari, 14 marzo 2007, *cit.*, con riferimento al codice sorgente. Peraltro, secondo Cass., 27 luglio 2017, n. 18633, *cit.*, quando il committente ha acquistato i diritti di utilizzazione economica dell'opera per effetto di un contratto d'appalto concluso con l'autore, tali diritti sorgono direttamente in capo al committente.

<sup>38</sup> Di solito l'*hardware* è oggetto di vendita, ma può essere anche concesso in locazione o in *leasing*: cfr. BUONOCORE, *op. cit.*, 889; ZERAUSCHEK - MAGINI, *op. cit.*, 83 ss.; GALGANO, *op. cit.*, 252.

<sup>39</sup> Cfr. TRIPODI, *op. cit.*, 111; ZERAUSCHEK - MAGINI, *op. cit.*, 142 ss.; CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 351. VADALA', *Contratto di assistenza e manutenzione del computer*, in *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, a cura di Bocchini - Gambino, Torino, 2011, 298, parla invece di somministrazione di servizi, essendo la prestazione non istantanea. Peraltro, con riguardo alle prestazioni continuative di servizi, è lo stesso art. 1677 c.c. a richiamare pure le norme sul contratto di somministrazione.

<sup>40</sup> Cfr. VALENTINO, *L'allocazione del rischio nei contratti di fornitura di assistenza informatica*, in *Contr. e Impresa*, 2015, 4-5, 1012 ss., secondo cui "il debitore fornitore, il quale voglia andare esente da responsabilità, pur in presenza di una clausola di esonero, ha l'onere di provare che l'inadempimento o l'inesatto adempimento è dipeso da causa a lui non imputabile".

collegamento negoziale oppure del contratto misto<sup>41</sup>. Ed è interessante osservare che, mentre scarseggiano le pronunce sulla licenza d'uso di *software*, sul punto in esame i giudici si sono espressi in più occasioni.

La giurisprudenza afferma che nella fornitura di un sistema informatico si è in presenza di un contratto misto in cui il fornitore ha un'obbligazione di risultato, tanto da essere inadempiente qualora non venga raggiunto<sup>42</sup>. L'affermazione andrebbe però vagliata appurando se, laddove si parla di obbligazione di risultato, questo era stato effettivamente promesso<sup>43</sup>.

Spesso poi si dimentica che il principio di buona fede contrattuale impone al cliente un dovere di collaborazione e un onere

---

<sup>41</sup> Preso atto che nella prassi i fornitori stipulano più contratti distinti, GALLANO, *op. cit.*, II, 2, 255 ss., ritiene che si tratti di contratti collegati, così che l'inadempimento rispetto ad uno legittima l'eccezione di inadempimento anche con riferimento ad un altro; nello stesso senso ROPPO, *op. cit.*, 371. Per un approfondimento v. PERCHINUNNO, *Collegamento negoziale e contratti informatici: dai contratti sul software all'open source*, in *Contr. e Impresa*, 2005, 1, 204 ss.; VADALA', *op. cit.*, 305 ss. Per Cass., 11 settembre 2014, n. 19161, in *Giur. It.*, 2014, 2390, con nota di D'Auria, non c'è collegamento negoziale tra il contratto di vendita di un *notebook* e una licenza d'uso di un sistema operativo, non essendo diretti a realizzare uno scopo pratico unitario sicché, ove l'acquirente esprima all'avvio del computer una manifestazione negativa di volontà all'uso di detto sistema, essa è destinata a ripercuotersi solo nel contratto in cui è stata manifestata. Sul punto cfr. anche Giud. Pace Firenze, 28 settembre 2007, in *Giur. It.*, 2008, 2210, con nota di Musti.

<sup>42</sup> Cass., 15 giugno 2000, n. 8153; Cass., 22 marzo 1999, n. 2661, *cit.*; Trib. Como, 20 aprile 2005, in banca dati *Juris data*; Trib. Torino, 13 marzo 1993, in *Contratti*, 1993, 440, con nota di De Nova. Nello stesso senso in dottrina SAMMARCO, *op. cit.*, 370. Sul punto v. pure Trib. Siena, 17 aprile 2015, in banca dati *Pluris*.

<sup>43</sup> Per De Nova, citato alla nota precedente, "l'accertamento che si trattava di un programma ad hoc e che era stata promessa una utilità è premessa necessaria perché la soluzione adottata dal tribunale torinese possa essere condivisa". TOSI, in *Dir. informatica*, 1995, 396, precisa ulteriormente che "non si può certo abusare della maggior tutela, conseguente alla qualificazione – dell'obbligazione derivante dal contratto di fornitura di sistema informatico personalizzato – come obbligazione di risultato, ritenendola sussistente anche in casi in cui il sistema informatico – destinato, per esempio, all'home computing – sia del tutto standard e chiavi in mano". Cass., 9 agosto 2013, n. 19131, ha ritenuto sussistere un'obbligazione di risultato nel caso di un *software* per la realizzazione e la gestione di una banca dati normativa, ma si trattava di un programma applicativo "non preconfezionato".

di “auto informazione”<sup>44</sup>; ritorna l’aspetto menzionato al paragrafo precedente, relativo all’adeguata capacità di utilizzare i prodotti tecnologici e di indicare le funzioni che ci si prefigge nel loro impiego.

Non solo: se per la fornitura dell’intero sistema informatico si ritiene applicabile la categoria del contratto misto ed il c.d. criterio dell’assorbimento, potrebbe prevalere la figura della vendita, in particolare qualora si tratti di *software* standard. Ciò in adesione alla tesi per cui il contratto di scambio di bene contro prezzo “*sia da qualificare come vendita anche quando il venditore si obblighi a prestazioni che concorrono a completare il bene o ad agevolarne l’uso (obbligo di istruire il personale all’uso del bene, obbligo di apportarvi delle modifiche ecc.)*”<sup>45</sup>.

Se è così non si può adottare il criterio dell’obbligazione di risultato e nel contempo si deve ritenere legittima l’eventuale esclusione della garanzia ex art. 1490 c.c.<sup>46</sup>; del resto questa esclusione è giustificabile proprio laddove alla fornitura dei programmi venga affiancato un contratto di assistenza, il quale ha poco senso nell’ipotesi di utilizzo di un prodotto compiuto e di

---

<sup>44</sup> Su questo aspetto cfr. anche G. FINOCCHIARO, *Il danno informatico*, in *Contr. e Impresa*, 1992, 325 ss., banca dati a cura di Galgano, Padova.

<sup>45</sup> BIANCA, *op. cit.*, III, 476. Trib. Genova, 27 luglio 2007, in banca dati *Utetgiuridica.it*, ha appunto affermato che la fornitura di un completo sistema computerizzato, comprensivo di hardware e software, può configurare un contratto atipico e complesso, a causa mista, costituito dal concorso della vendita (del sistema) e di appalto (assistenza tecnica) disciplinato dalle norme sulla vendita quale contratto prevalente. Per LUMINOSO, *op. cit.*, 91 ss., le prestazioni aggiuntive sono compatibili con lo schema della vendita se sono strumentali ad essa mentre, se hanno una loro autonomia funzionale, vi sarà un unico contratto misto o più contratti collegati, di cui uno di vendita.

<sup>46</sup> E’ discutibile che Cass., 15 giugno 2000, n. 8153, *cit.*, parli di “garanzia di buon funzionamento anche nel caso della tesi della compravendita”, visto che questa garanzia deve essere espressamente pattuita, secondo quanto previsto dall’art. 1512 c.c.; probabilmente la Suprema Corte si riferisce - con un’espressione ambigua - alla garanzia per i vizi di cui all’art. 1490 c.c., che però può essere esclusa pattiziamente e che comunque non esonera il compratore dalla prova che la mancanza di funzionamento deriva da un vizio del bene. Come nota TERRANOVA, *op. cit.*, 1153, la garanzia di buon funzionamento configura un’obbligazione di risultato che si affianca ai rimedi predisposti dalla garanzia redibitoria e per difetti di qualità. In quest’ottica Cass., 30 ottobre 2009, n. 23090, ha appunto sancito che la garanzia ex art. 1490 differisce da quella di buon funzionamento perché, mentre questa impone all’acquirente solo l’onere di dimostrare il cattivo funzionamento, la prima gli impone pure l’onere di dimostrare la sussistenza del vizio che rende la cosa inidonea all’uso cui è destinata.

immediata fruibilità<sup>47</sup>.

In ogni caso la risoluzione del contratto per malfunzionamenti del *software* presuppone un grave inadempimento del fornitore, secondo i principi generali (art. 1455 c.c.), anche alla luce delle difficoltà che possono sorgere nel corso della sua implementazione<sup>48</sup>. Pure su quest'aspetto rileva l'inquadramento negoziale in quanto, stante la differenza tra art. 1668 c.c. e art. 1490 c.c., ai fini della risoluzione del contratto d'appalto per i vizi dell'opera si richiede un inadempimento più grave di quello richiesto per la risoluzione della compravendita per i vizi della cosa<sup>49</sup>.

## 6. L'onere della prova dell'inadempimento e dei difetti del programma

Nelle controversie tra fornitore e utilizzatore del *software* un

---

<sup>47</sup> Cfr. ROSSELLO, *op. cit.*, 90: "soprattutto con riferimento alla correzione ed eliminazione degli errori, e cioè a quella che si è definita la funzione statica della manutenzione, l'oggetto del contratto di manutenzione viene in tal modo a coincidere parzialmente o totalmente con il contenuto della garanzia che accede per legge al contratto principale". Per SAVORANI, *Nuove regole per l'informatica privata e pubblica*, in *Contr. e Impresa*, 1995, 321 ss., banca dati a cura di Galgano, Padova, quando la manutenzione è prestata dietro un corrispettivo, in adempimento di un contratto accessorio, "viene neutralizzata l'operatività della garanzia per vizi o per buon funzionamento, propria del contratto principale".

<sup>48</sup> Cfr. Trib. Nocera Inferiore, 9 maggio 2005, in banca dati *Juris data*: "nella vendita di software, il vizio di fabbricazione consistente nell'inidoneità funzionale del programma non legittima la risoluzione del contratto di compravendita quando, trattandosi di una versione di prima installazione, priva di tutte le successive fasi che in genere, secondo una prassi di normale diligenza si implementano, è stato soltanto iniziato, ma non sviluppato e completato, il processo totale di implementazione del sistema integrato hardware – software". Trib. Catania, 23 agosto 2008, in banca dati *Utetgiuridica.it*: "avvenuta l'informatizzazione e prestata l'assistenza iniziale prevista, non può costituire inadempimento contrattuale imputabile alla fornitrice il mero verificarsi di una serie di inconvenienti nell'uso di software applicativi complessi, che necessitano di una complessa opera di istruzione del personale, di adattamento degli algoritmi alle esigenze degli operatori e di modificazione di processi che vanno adattati, in divenire, alle esigenze dell'azienda".

<sup>49</sup> Così Cass., 18 maggio 2012, n. 7942; Cass., 15 marzo 2004, n. 5250; Cass., 20 settembre 1990, n. 9613. Per Cass., 13 luglio 2018, n. 18578, "in tema di risoluzione del contratto per difformità o vizi dell'opera, qualora il committente abbia chiesto il risarcimento del danno in correlazione con la risoluzione e i vizi dell'opera non siano risultati tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, così da giustificare lo scioglimento del contratto, la richiesta risarcitoria non può essere accolta per mancanza dei presupposti della pretesa azionata, che si deve fondare sulla medesima causa petendi della domanda di risoluzione".

aspetto fondamentale riguarda la distribuzione dell'onere probatorio circa i difetti del programma e l'inadempimento contrattuale.

In generale chi fa valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (art. 2697 c.c.), per cui spetterebbe all'utilizzatore provare la responsabilità altrui. D'altra parte nel campo delle obbligazioni il debitore che non esegue esattamente la prestazione è responsabile, se non prova che l'inadempimento non è a lui imputabile (art. 1218 c.c.). In proposito la Suprema Corte, componendo un precedente contrasto, ha stabilito che al creditore basta allegare l'inadempimento altrui, mentre incombe sul debitore l'onere di provare l'esatto adempimento dell'obbligazione<sup>50</sup>.

Permane nondimeno ancora oggi la difficoltà di stabilire su chi grava l'onere probatorio in tema d'inadempimento contrattuale<sup>51</sup>; difficoltà che, ad avviso di chi scrive, non sarà mai superata definitivamente, data la perenne incertezza circa l'identificazione dei fatti costitutivi la cui prova spetta all'attore, rispetto a quelli a carico del convenuto ex art. 2697 comma 2 c.c.

Con riferimento ai contratti informatici non è scontato che all'utilizzatore basti affermare la sussistenza di difetti del programma o l'inadempimento altrui. Qualora sia configurabile una vera e propria vendita, va anzitutto ricordato che – secondo un certo orientamento - la violazione della garanzia per i vizi si tradurrebbe in una responsabilità negoziale speciale e diversa da quella ordinaria regolata dagli artt. 1218 e 1453 c.c.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Cass. sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1934; più di recente Cass., 15 aprile 2014, n. 8736, in *Giur. It.*, 2014, 1058 e 1856; Cass., 24 luglio 2018, n. 19549, in *Giur. It.*, 2018, 2059. Nella manualistica questa affermazione si trova in A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 798. Per la tesi opposta v. BIANCA, *op. cit.*, V, 75 ss. Vi è poi chi ritiene che la prova dell'inadempimento spetti al creditore quando agisce per la risoluzione del contratto, ma non quando agisce per l'adempimento: vedi COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 275 e 352; ROPPO, *op. cit.*, 893.

<sup>51</sup> Cfr. di recente E. CARBONE, *Sviluppi in tema di onere probatorio e adempimento delle obbligazioni*, in *Giur. It.*, 2018, 2557 ss.; GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 2013, 2, specialmente 492 ss.; COMOGLIO, *op. cit.*, specialmente 345 ss.

<sup>52</sup> Cfr. Cass., 5 maggio 2000, n. 6234; LUMINOSO, *op. cit.*, 193 ss.; GRAZZINI, *op. cit.*, 497 ss.; in senso opposto BIANCA, *op. cit.*, V, 43 e 268. Più in

In questa prospettiva dovrebbe spettare all'acquirente la prova dell'esistenza dei difetti del programma e delle conseguenze dannose, in linea con quanto afferma in generale la giurisprudenza in tema di prova dei vizi del bene venduto<sup>53</sup>. Alcune sentenze di merito si sono appunto pronunciate in questo senso, attribuendo all'utilizzatore l'onere della prova delle difformità del *software*<sup>54</sup>.

Le stesse affermazioni possono valere per i contratti riconducibili alla categoria dell'appalto (contratti di sviluppo, contratti di assistenza): in particolare dovrebbe spettare al committente l'onere di provare i difetti dell'opera o del servizio<sup>55</sup>. Senza contare che, come si è detto, alla luce dei modelli contrattuali più diffusi non è scontato ravvisare un'obbligazione di risultato e

---

generale GALGANO, *op. cit.*, II, 1, 78 (nt. 64), sostiene che “il concetto di inadempimento non è, invece, utilizzabile per le obbligazioni di garanzia, le quali hanno per oggetto non un comportamento del contraente, bensì l'assunzione di un rischio per il verificarsi di determinati eventi”; lo stesso autore riserva però considerazioni diverse alla garanzia per vizi nella vendita: v. GALGANO, *op. cit.*, II, 2, 11 ss.

<sup>53</sup> Cfr. Cass., 26 luglio 2013, n. 18125; Cass. 30 ottobre 2009, n. 23060; Cass., 12 giugno 2007, n. 13695; Cass., 10 settembre 1998, n. 8963. Così in dottrina LUMINOSO, *op. cit.*, 237. In senso contrario vedi però di recente Cass., 2 settembre 2013, n. 20110.

<sup>54</sup> Cfr. Trib. Roma, 11 agosto 2004, in *Dir. Internet*, 2005, 2, 153, con nota di Scorza. Trib. Torino, 26 novembre 2005, in [www.giurisprudenza.piemonte.it](http://www.giurisprudenza.piemonte.it), pur affermando l'esistenza di un'obbligazione di risultato del fornitore di software, ha poi respinto la domanda dell'utilizzatore in difetto della prova dei vizi. In senso contrario Trib. Pisa, 18 giugno 2015, *cit.*, dopo aver qualificato il contratto di licenza d'uso come vendita, ha affermato che il venditore ha un'obbligazione di risultato e che all'acquirente basta allegare l'inadempimento altrui.

<sup>55</sup> Così (in tema di appalto in generale) Cass., 26 novembre 2012, n. 20888; Cass., 5 ottobre 2009, n. 21269, pur dando atto che nell'appalto si presume la colpa dell'appaltatore; Cass., 15 marzo 2004, n. 5250, in *Giust. Civ.*, 2005, 5, I, 1366: “incombe al committente l'onere probatorio in ordine alla sussistenza dei vizi dedotti a fondamento della domanda di risoluzione del contratto di appalto, mentre compete all'appaltatore addurre l'esistenza di eventuali cause che impediscono al committente di far valere il suo diritto”; nello stesso senso Trib. Bologna, 21 maggio 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 5, 1139, con nota di Porreca. In senso contrario Cass., 20 gennaio 2010, n. 936, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 186, con nota di Spaccapelo, secondo cui non spetta al committente la prova dell'esistenza dei difetti dell'opera. In senso contrario v. anche MUSOLINO, *Dell'appalto*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, 22, richiamando l'art. 1218 c.c.; così pure CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 313. Invece per BIANCA, *op. cit.*, V, 77, il creditore deve dare la prova specifica dell'inadempimento e “nelle obbligazioni di risultato occorre dimostrare che il risultato ottenuto è difforme dal risultato dovuto”.

quindi una responsabilità automatica del soggetto che fornisce il programma<sup>56</sup>.

Per accertare l'esistenza di difetti del *software* i giudici dispongono spesso una consulenza tecnica, ciò che in un certo senso consente di superare il problema di individuare la parte sulla quale incombe l'onere della prova<sup>57</sup>. Va però tenuto presente che quasi sempre la c.t.u. viene effettuata a notevole distanza di tempo dalla consegna del programma, con il rischio che su di esso nel frattempo vi siano stati interventi o alterazioni, magari ad opera di un nuovo fornitore<sup>58</sup>.

E' quindi opportuno promuovere tempestivamente un accertamento tecnico preventivo ex art. 696 o 696 *bis* c.p.c.; tanto più alla luce dell'art. 1513 c.c. in tema di vendita, secondo cui chi non ha chiesto previamente la verifica sulla qualità o condizione della cosa “*deve, in caso di contestazione, provarne rigorosamente l'identità e lo stato*”<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> La già citata Cass., 22 marzo 1999, n. 2661, in un caso in cui sussisteva la garanzia di risultato da parte del fornitore del sistema informatico, ha affermato che “una volta accertato il cattivo funzionamento dell'impianto, incombeva sulla fornitrice, ai sensi dell'art. 1218 c.c., l'onere di provare che il cattivo funzionamento era determinato da causa a lei non imputabile”. Da questa affermazione si ricava che l'accertamento del malfunzionamento sta “a monte” rispetto all'onere della prova a carico del fornitore, onere che scatterebbe solo quando il difetto è stato dimostrato dall'utilizzatore. Senza contare che, come già detto, spesso sono presenti clausole di esonero dalla responsabilità.

<sup>57</sup> Di base la consulenza tecnica non può procedere al diretto accertamento dei fatti che non siano stati dimostrati dalle parti, cui compete ex art. 2697 c.c. il relativo onere probatorio. Si tende però a considerarla vero e proprio mezzo di prova laddove sia l'unico strumento conoscitivo possibile di fatti rilevanti che in nessun altro modo la parte onerata sarebbe in grado di provare. Così ad esempio Cass., 12 febbraio 2015, n. 2761, in *Giur. It.*, 2015, 523. Vedi sul punto COMOGLIO, *op. cit.*, 883 ss.

<sup>58</sup> Ricordiamo che, ai sensi dell'art. 64 *ter* l. aut., salvo patto contrario non è soggetta ad autorizzazione del titolare dei diritti la modifica del programma allorché sia necessaria per la correzione degli errori.

<sup>59</sup> Ciò significa che, in caso di contestazione, la prova deve essere tale da generare nel giudice un convincimento pieno e preciso, senza alcun riguardo alla difficoltà in cui la parte interessata possa trovarsi per non essersi avvalsa di un accertamento giudiziale preventivo: così ad esempio Cass., 20 luglio 1994, n. 6767. In dottrina v. CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 87; LUMINOSO, *op. cit.*, 340.