

GIORGIO FLORIDIA

## LA PROTEZIONE DEL SOFTWARE NEL SISTEMA DELLE ESCLUSIVE SULLE CREAZIONI INTELLETTUALI

### SOMMARIO

1. Premessa. — 2. Il *software* nel sistema attuale delle esclusive sulle creazioni intellettuali. — 3. Il numero chiuso delle creazioni intellettuali protette. — 4. Il rapporto fra le esclusive sulle diverse creazioni intellettuali. — 5. Alternatività delle tutele e principio della scindibilità. — 6. Il *software* e la legge sulle invenzioni. — 7. La qualificazione del *software* come invenzione non proteggibile esclude la tutela del diritto d'autore. — 8. *Software* e risultati ottenibili con la sua applicazione: i *video-games*. — 9. (*segue*): *software* e risultati inventivi. — 10. Il problema *de jure condendo*. — 11. La protezione del *software* in quanto tale. — 12. La protezione del *software* in quanto tale postula l'abrogazione del divieto dell'art. 12 L.I.\* — 13. L'inserzione del *software* fra le opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore: critica. — 14. La protezione del *software* fra forma espressiva e contenuto della creazione intellettuale. — 15. Conclusione.

### 1. PREMESSA.

Vi sono momenti nel corso della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di determinati istituti giuridici nei quali accade di riscontrare una forte tendenza alla confusione dei ruoli che invece devono essere svolti distintamente dal politico, dal giurista e dal giudice.

Questa tendenza, come ogni altra che si risolve in una sovrapposizione di ruoli diversi, non giova alla proficuità del dibattito ed alla chiarezza delle reciproche posizioni.

Come è ovvio, la segnalata tendenza si verifica quando l'istituto è soggetto a forti spinte di interessi che premono per un cambiamento della disciplina esistente al fine che questa possa soddisfare nuove esigenze. Tanto più, poi, queste spinte appaiono auto-legittimarsi quando esse vengono operate sul presupposto che il fenomeno del quale invocano la disciplina sia nuovo e perciò — come tale — non soggetto ad una disciplina che si vuole modificare bensì assoggettabile ad una disciplina da creare.

\* Per l'importanza che riveste nel pur ampio dibattito sulla disciplina giuridica dei programmi per elaboratore si ritiene oppor-

tuno ripubblicare il presente saggio già comparso nel volume citato da A.A. MARTINO, *Regime giuridico del software*, Firenze, 1988.

Muovendo infatti da questo presupposto ciascuno, che sia portatore di un interesse coinvolto nel fenomeno, si adopera ad occupare lo spazio che reputa vuoto di norme e questa propensione si traduce comunemente in una proliferazione di progetti di legge di diversa iniziativa, ciascuno dei quali si propone come valido, e preferibile a ciascun altro, per ragioni « neutrali » che non a caso si atteggiavano come giuridiche anziché atteggiarsi come « politiche » perché frutto di scelte che sono appunto politicamente rilevanti.

Non diversamente, sul versante giudiziario, accade che l'istituto soggetto a forti tensioni del tipo descritto sia fatto oggetto di pronunce cosiddette innovative, le quali, in realtà, riflettono il cedimento della giurisprudenza alla pressione di iniziative contenziose che, ancora una volta, si propongono come ricerca di una tutela inesistente e si autolegittimano come richiesta di adeguamento della disciplina ad una realtà ignorata dalle norme. In questo contesto può accadere di tutto, e tutto sta infatti accadendo a proposito del *software* il quale è precisamente uno dei fenomeni per i quali è stato attivato in massimo grado il meccanismo — a mio avviso perverso — della ricerca delle norme applicabili.

Questa mia relazione concerne dunque il *software* come fenomeno in cerca di norme, ma non perché io sia convinto che ciò sia vero, ma perché sono convinto che così essendo vissuto il problema, occorre affrontarlo con gli strumenti adatti per evitare che la sua soluzione, *de iure condito* o *de iure condendo*, sia il risultato della confusione dei ruoli che ho prima segnalato.

Naturalmente scelgo per me il ruolo del giurista e mi sforzerò di orientare il mio discorso in modo coerente a questo ruolo, e cioè in modo da non invadere quello degli altri, ed in particolare quello del politico, al quale sono convinto che giova molto di più sapere distinguere i risultati che intende perseguire dagli strumenti più idonei evitando così di confondere gli uni e gli altri e di scegliere strumenti che, anziché favorirlo, tradiscono il risultato voluto.

## 2. IL SOFTWARE NEL SISTEMA ATTUALE DELLE ESCLUSIVE SULLE CREAZIONI INTELLETTUALI.

La prima notazione metodologica che il giurista ha il dovere di compiere è questa: l'ordinamento non ammette lacune e quindi fornisce necessariamente una risposta in termini di disciplina di ogni fenomeno che si manifesta nella società, specie se si tratti di un problema diretto a stabilire se un determinato comportamento dell'uomo sia o no fonte di responsabilità per colui o coloro che lo pongono in essere.

Questa notazione metodologica si riflette sulla impostazione della questione relativa alla disciplina giuridica del *software* perché la questione non è correttamente posta chiedendosi se il *software* sia o no oggetto di una tutela appositamente predisposta, ma se esso sia o no liberamente riproducibile alla stregua delle norme esistenti.

Il *software* è certamente una creazione intellettuale e quindi la sua proteggibilità in altro non può consistere se non nello *ius excludendi alios* dalla facoltà di utilizzare la stessa creazione: solo se esiste questo diritto di esclusiva operante *erga omnes* potrà dirsi che la riproduzione del *software* altrui è illecita e fonte di responsabilità.

Così impostata la questione, è ovvio che una soluzione corretta *de iure condito* potrà derivare unicamente da una ricognizione delle norme che concorrono a formare il sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali nell'ordinamento italiano. Ed è precisamente da questa ricognizione, effettuata utilizzando i parametri interpretativi più accreditati nella dottrina e nella giurisprudenza, che si deduce senza alcuna possibilità di dubbio che il fenomeno del *software* è tutt'altro che ignorato. Esso è invece fatto direttamente o indirettamente oggetto di una considerazione negativa: e cioè per escludere che la sua riproduzione sia vietata.

### 3. IL NUMERO CHIUSO DELLE CREAZIONI INTELLETTUALI PROTETTE.

In primo luogo a questa conclusione si perviene in base al principio, universalmente accettato, secondo il quale le creazioni intellettuali protette nel nostro ordinamento costituiscono un numero chiuso.

Posto che ogni esclusiva si risolve in un limite all'esercizio dell'altrui attività e data la gravità di questo limite Ascarelli, fin dagli anni '60<sup>1</sup>, teorizzava che non sussiste il generale riconoscimento di un diritto assoluto per qualsiasi creazione intellettuale. Questo diritto, al contrario, viene riconosciuto solo nei confronti di determinati tipi di creazioni intellettuali ... ed in quanto poi nel caso concreto soccorra una creazione intellettuale che non solo risponde al tipo previsto, ma — in funzione di un procedimento normativamente disciplinato — si sia individualizzata in quello che perciò assume la connotazione di un bene immateriale. La limitazione ora accennata, proseguiva Ascarelli, da un lato dimostra che la giustificazione della tutela non risiede genericamente nella provenienza della creazione intellettuale dal lavoro intellettuale e, dall'altro lato, che il diritto assoluto è riconosciuto solo se ed in quanto esso sia stato considerato dal legislatore, di volta in volta, idoneo a svolgere una funzione rispetto all'obiettivo del progresso culturale ed economico della collettività. Questo principio basilare del sistema delle creazioni intellettuali protette non è stato mai posto in discussione e

<sup>1</sup> Vedi ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 331 ss.

però spesso e volentieri se ne smarrisce il senso perché non si tiene conto che esso comporta reciprocamente una valutazione legislativa di sfavore verso il generale riconoscimento dei diritti assoluti sulle creazioni intellettuali sul presupposto, giusto o sbagliato che sia, che esso finirebbe per risolversi in un gravissimo ostacolo al progresso ritenendosi — precisamente — che questo si sviluppa proprio attraverso la possibilità di ciascuno di profittare dei risultati da altri raggiunti.

Così essendo — come non vi è dubbio che sia — nel momento stesso in cui si manifesta nella società — per effetto di una serie di concause che è superfluo in questa sede analizzare — un fenomeno nuovo dal quale prende vita una ben definita tipologia di creazioni intellettuali prima inesistenti delle due l'una: o questa tipologia è nuova soltanto, per così dire, fenomenologicamente, ma non dal punto di vista della sua riconducibilità ad una delle categorie protette, ed allora si tratterà di vedere se è applicabile la protezione tipicamente spettante a tale categoria; oppure la nuova tipologia è nuova nel senso che non è riconducibile a nessuna delle categorie protette, ed allora essa non è appropriabile da nessuno e quindi è liberamente utilizzabile da chiunque.

#### 4. IL RAPPORTO FRA LE ESCLUSIVE SULLE DIVERSE CREAZIONI INTELLETTUALI.

Queste essendo le premesse metodologiche dalle quali non si può prescindere per una corretta impostazione del problema del *software*, occorre procedere oltre per stabilire in che rapporto stiano fra di loro le tutele attualmente esistenti sulle diverse categorie di creazioni intellettuali.

Anche a questo riguardo il discorso da compiere non ha nulla di opinabile perché deve necessariamente seguire linee di sviluppo precisamente segnate da una risalente elaborazione della dottrina e della giurisprudenza.

Ho già avuto occasione di sottolineare<sup>2</sup> che problema centrale del diritto della proprietà industriale in qualsiasi Paese nel quale siano organizzate tutele differenziate in funzione della diversità delle creazioni intellettuali protette è quello di regolare in modo soddisfacente sul piano concettuale e sistematico la coesistenza di tali tutele. In particolare occorre fare in modo che non si verifichi il cumulo delle tutele quando da ciò discenderebbe il superamento dei limiti posti alla protezione in funzione della natura della creazione stessa mediante la sovrapposizione di una tutela più ampia predisposta per una creazione diversa. In altre parole, poiché una articolata imposta-

<sup>2</sup> Vedi FLORIDIA, *La protezione del diritto di autore sulle opere dell'industria design*, in *Riv. dir. ind.*, 1984, I, 372 ss.

zione di politica legislativa conduce gli Stati più progrediti per tradizione giuridica e sviluppo industriale a diversificare la protezione delle creazioni intellettuali a seconda della loro natura e della funzione svolta nel contesto in cui avverrà lo sfruttamento da parte del titolare, è ineludibile l'esigenza di riferire ciascuna tutela a ciascun tipo di creazione e di impedire che la tutela predisposta per una determinata tipologia di creazioni intellettuali sia applicata ad una tipologia diversa. L'importanza del problema viene di solito percepita con riguardo alla durata della protezione, poiché questo dato temporale si propone come un momento macroscopico della diversificazione voluta dal legislatore allo scopo di adeguare la disciplina alla funzione dell'istituto e, all'interno di una funzione omogenea, di adeguare la disciplina ad un temperamento dei contrapposti interessi determinato secondo criteri insindacabili da parte dell'interprete.

Così è certo che la tendenziale perpetuità della tutela del marchio è riconducibile alla funzione distintiva che tale creazione intellettuale è destinata ad attuare a favore del titolare, tanto che neppure la decadenza potrebbe giustificare l'appropriazione da parte di un terzo fin tanto che il marchio sia noto come segno distintivo dei prodotti del titolare decaduto. Per contro invenzioni e modelli da un lato ed opere dell'ingegno dall'altro sono proteggibili con un preciso limite temporale, scaduto il quale ciascuna di queste creazioni intellettuali cade — come suole dirsi — in pubblico dominio, e cioè è liberamente utilizzabile da qualsiasi terzo. Il limite temporale della tutela è poi diversamente dimensionato in base ad una valutazione che tiene conto, da un lato, dell'incidenza negativa del vincolo monopolistico stabilito a favore del titolare sulla dinamica del mercato e, dall'altro lato, dell'incidenza negativa della brevità della tutela sul suo effetto di incentivazione come mezzo al fine di una adeguata promozione del progresso tecnologico e culturale. Avuto riguardo all'Italia, la protezione per la durata di cinquant'anni oltre la morte dell'autore delle opere dell'ingegno si giustifica invero in considerazione del fatto che l'esclusiva da un lato non vincola in nessun modo la diffusione del pensiero e delle conoscenze che formano il contenuto dell'espressione letteraria (impedita ai terzi unicamente nella cosiddetta forma esterna), dall'altro vincola la riproducibilità dei supporti materiali che incorporano l'opera unicamente nell'ambito della cosiddetta industria culturale (l'editoria, l'industria cinematografica, ecc.) la quale è direttamente asservita e strumentale allo sviluppo dell'attività intellettuale sicché in tale ambito è naturale che la dinamica concorrenziale si instauri a livello degli autori delle creazioni intellettuali anziché a livello dei produttori delle cose che riproducono tali creazioni<sup>3</sup>. Per contro, la protezione di venti anni per le invenzioni indu-

<sup>3</sup> Vedi in questo senso AUTERI, *Industrial Design*, in *Dizionario del Diritto Privato*, Milano, 1981.

striali, di quindici anni per i modelli e disegni ornamentali, e di dieci anni per i modelli di utilità, con decorrenza in tutti i casi dal deposito della domanda di brevetto, si giustifica in considerazione del fatto che l'esclusiva di sfruttamento di tali creazioni intellettuali si trasferisce automaticamente e direttamente su tutta la produzione industriale ed artigianale condizionandone la dinamica concorrenziale senza distinzione di settori e senza che possa ragionevolmente ipotizzarsi una concorrenza di autori come sostitutiva di quella fra produttori ed intermediari, con effetti vincolistici che possono riguardare qualsiasi bene strumentale e di consumo e che inevitabilmente si riflettono sul funzionamento dell'intero sistema economico.

La durata non è peraltro l'unico elemento che diversifica la protezione delle diverse creazioni intellettuali; vi sono altre non meno importanti diversità che fanno sì che ciascuna protezione si realizzi in un contesto così peculiare da dare luogo ad un istituto autonomo ed a sé stante, sicché — in definitiva — può ben dirsi che l'elemento comune dell'esclusiva di sfruttamento giustifica solo in minima parte la considerazione unitaria delle cosiddette creazioni intellettuali.

## 5. ALTERNATIVITÀ DELLE TUTELE E PRINCIPIO DELLA SCINDIBILITÀ.

Sulla base di queste premesse è agevole comprendere la ragione che da sempre muove dottrina e giurisprudenza ad elaborare criteri il più possibile sicuri per qualificare la creazione intellettuale secondo uno dei tipi previsti dalla legge come oggetto di una specifica tutela così che, individuata in astratto la tutela applicabile, sia possibile verificare in concreto che ne sussistano i presupposti. Siffatta elaborazione di criteri di qualificazione, resa necessaria dall'alternatività delle tutele operanti secondo le previsioni dell'ordinamento, si fa ovviamente critica nelle zone di confine, nelle quali la consistenza materiale di una determinata creazione intellettuale presenta elementi strutturali comuni a categorie diverse di creazioni proteggibili. In particolare è difficile stabilire l'appartenenza ad una o ad altra categoria di quelle creazioni intellettuali che consistono nella forma di un prodotto, essendo una realtà siffatta astrattamente riconducibile al marchio di forma, al modello industriale e alle arti plastiche ed essendo quindi la selezione della tutela applicabile il risultato di una qualificazione complessa che non può essere fondata *sic et simpliciter* sulla fenomenologia dell'oggetto della tutela considerata nelle sue componenti materiali.

Orbene, è proprio a questo riguardo che l'ordinamento giuridico italiano presenta, rispetto ad altri ordinamenti non meno progrediti, una posizione tra le più raffinate a causa della elaborazione assai risalente nel tempo e riversata nel tessuto normativo del criterio della scindibilità, e cioè — come si vedrà — di un criterio diretto ad attribuire rilievo alla funzione della creazione intellettuale considerata

come assorbente dal punto di vista della qualificazione rispetto alla sua struttura materiale di per sé compatibile con funzioni diverse e non omogenee.

Il criterio della scindibilità è codificato nell'art. 18, n. 3 L.M. (Legge Marchi, r.d. 21 giugno 1942, n. 929), nonché nell'art. 2, n. 4, L.A. (Legge Autore, legge 22 aprile 1941, n. 633). Nella materia dei marchi la scindibilità del carattere distintivo della forma del prodotto rispetto al suo carattere di utilità e/o di ornamento consente la brevettazione della forma stessa come marchio e quindi la sua appropriazione tendenzialmente perpetua come strumento per la indicazione della provenienza del prodotto da una impresa determinata. Nella materia del diritto d'autore la scindibilità del valore artistico della forma dal carattere industriale del prodotto al quale è associata ne consente l'appropriazione come opera dell'ingegno in favore dell'autore per cinquant'anni dopo la sua morte. Residualmente la forma del prodotto il cui carattere distintivo e/o il cui valore artistico siano inscindibili rispetto al carattere industriale espresso in termini di attribuzione al prodotto di caratteristiche utili oppure ornamentali può formare oggetto di tutela solo come modello (più raramente come invenzione) se ed in quanto sia stata brevettata.

In questo sistema è ovviamente implicito il principio che l'attribuzione ad un soggetto dell'esclusiva su una forma che è al tempo stesso la forma del prodotto può avvenire unicamente nei limiti e con i presupposti della brevettazione del prodotto stesso come modello industriale (di utilità e/o ornamentale) e più raramente come invenzione; solo se la forma del prodotto presenta un valore artistico scindibile sarà consentita l'appropriazione della forma rispettivamente come opera dell'ingegno oppure come marchio.

Fatte queste premesse non può non essere apprezzata nella giusta misura la lungimiranza della nozione di scindibilità da sempre proposta dalla nostra elaborazione. Secondo questa elaborazione i profili funzionali che coesistono in una medesima forma sono fra di loro scindibili quando lo siano concettualmente e cioè quando si possa ipotizzare lo svolgimento della funzione distintiva in modo indipendente e quindi senza pregiudizio della possibilità per i terzi di realizzare il prodotto appropriandosi delle sue caratteristiche utili e/o ornamentali; parallelamente quando si possa ipotizzare uno sfruttamento della forma mediante la riserva all'autore della riproduzione destinata alla fruizione artistica senza pregiudizio della libertà di realizzare industrialmente il prodotto benché questo incorpori rilevanti valori estetici.

## 6. IL SOFTWARE E LA LEGGE SULLE INVENZIONI.

Le considerazioni finora svolte ci hanno condotto a questi due risultati: a) non esiste una tutela generale delle creazioni intellettuali e b) ogni creazione intellettuale che sia giuridicamente protetta lo è ne-

cessariamente secondo una tutela tipicamente definita la cui applicabilità in linea di principio esclude l'applicabilità di ogni altra tutela più o meno analoga.

Orbene, se questi due risultati sono punto di arrivo di una analisi condivisibile, ciascuno si avvede che il *software*, essendo comunque una creazione intellettuale la cui protezione non può prescindere dall'attribuzione di una esclusiva, può alternativamente rientrare in una delle categorie protette oppure, se non rientra in nessuna di esse, non è proteggibile.

La verifica della prima parte del dilemma, mentre avvalorava l'impostazione metodologica fin qui seguita, conduce al sorprendente, quanto ineludibile, risultato di scoprire che non solo il *software* non è ignorato dall'ordinamento ma è invece una creazione intellettuale già positivamente qualificata per escluderla dalla protezione che altrimenti le competerebbe nel sistema come esso è attualmente.

Benché non mi sia soffermato sulle consuete descrizioni fenomenologiche che precedono la trattazione sul *software*, mi sia consentito ellitticamente affermare che quando ci si pone il problema della sua qualificazione il pensiero — sempre che sia scevro da preconetti più o meno consapevoli — corre immediatamente alla considerazione dell'istituto brevettuale, il quale si presenta perfettamente confacente non solo e non tanto in funzione degli strumenti della tutela, ma soprattutto in funzione della natura della creazione intellettuale stessa della quale si vuole verificare la rilevanza giuridica.

L'osservazione ha nello svolgimento del tema una importanza che può essere ignorata solo a condizione di obliterare le premesse metodologiche poste, sulle quali, peraltro, paradossalmente confluisce un generale consenso. Non si vogliono cioè cogliere le necessarie implicazioni della qualificazione del *software* come invenzione, le quali sono irrimediabilmente negative sulla possibilità di ricorso ad altra tutela una volta che sia esclusa l'applicabilità delle norme sulle invenzioni o per la parte che residua dalla esclusione di tali norme.

È trasparente in questa osservazione il riferimento alla nota questione dei rapporti, con riguardo al *software*, fra la tutela brevettuale e quella del diritto di autore: questione centrale, sulla quale occorrerà ritornare per verificare esegeticamente come sia arbitrario il tentativo di inserire il *software* fra le opere dell'ingegno, ma sulla quale fin d'ora è opportuno ribadire che il sistema non ammette il cumulo delle due tutele dal momento che, in linea di principio, la stessa creazione non può avere caratteristiche tali da essere riconducibile contemporaneamente ad entrambe le categorie.

Ciò premesso è nostro fermo convincimento che il *software* abbia le caratteristiche fenomenologiche delle invenzioni industriali, sicché la sua protezione potrebbe realizzarsi sul terreno della normativa brevettuale se quivi essa non fosse preclusa da una deroga espressa, e si realizza su questo terreno nella misura in cui non è preclusa dalla deroga suddetta.

Prima di esaminare l'estensione della preclusione contenuta —



com'è noto — nell'art. 12 nuovo testo, L.I. (Legge invenzioni: r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, come modificato dal d.P.R. n. 338 del 1979) occorre chiarire la ragione per cui il *software* fa parte delle invenzioni industriali. Il discorso, come è ovvio, non attiene ai requisiti di novità e di liceità la cui sussistenza inerisce alla fattispecie in concreto e non alla tipologia delle creazioni intellettuali in esame, ma attiene al requisito che vale a distinguere anche tipologicamente le creazioni idonee da quelle non idonee alla brevettabilità.

Al riguardo in dottrina vi sono due posizioni che si segnalano perché costituiscono l'affermazione più decisa della industrialità del *software*. Ettore LUZZATTO<sup>4</sup> parte dal presupposto che una invenzione non è mai per definizione una cosa concreta perché anche quando concerne un prodotto non si risolve in questo, dedotto come oggetto della protezione, ma concerne solamente le regole o le istruzioni per farlo, queste essendo l'oggetto dell'esclusiva conferita al titolare. Ciò non toglie — secondo l'autore del quale si sta riferendo il pensiero — che le regole e le istruzioni brevettate debbano avere una rilevanza concreta diretta o indiretta. Esse devono procurare un risultato industriale il quale, per sua stessa natura, si fa sentire nel regno delle cose concrete. Poste queste premesse, la tesi di LUZZATTO è che il *software* risolve un problema tecnico come tutte le altre invenzioni e, come queste, è sicuramente brevettabile. Ed anzi — prosegue l'autore — una invenzione di programmazione di calcolatore è una invenzione di macchina esattamente come qualsiasi invenzione che riguarda la struttura di un calcolatore speciale o qualsiasi altro tipo di macchina. Non è di ostacolo alla suddetta tesi — secondo lo stesso autore che la sostiene — la circostanza che a differenza dell'invenzione di macchina, che si risolve in una serie di istruzioni per fare un oggetto concreto, un programma di calcolatore è una serie di istruzioni per far funzionare un oggetto esistente.

Questa obiezione infatti è considerata dal LUZZATTO fallace nella premessa perché un calcolatore *general purpose* non è una macchina in senso tradizionale, ma è un magazzino di parti che si possono collegare in un qualsiasi numero di modi per creare un qualsiasi numero di macchine.

Solo quando è programmato il calcolatore generale diventa una macchina specifica capace di cambiare un determinato *input* in un determinato *output*: ed il programma è per l'appunto ciò che rende possibile il collegamento funzionale delle parti che compongono il calcolatore.

La tesi di LUZZATTO, enunciata senza riguardo ad uno specifico ordinamento e a prescindere da eventuali divieti di brevettazione che,

<sup>4</sup> Vedi Ettore LUZZATTO, *La crisi del software*, in *Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, 1977, 719.

in quanto tali, non necessariamente inducono a negare la natura d'invenzione a ciò che è escluso dalla brevettazione, ha il pregio di una perfetta ricognizione del dato fenomenologico che fa del *software* l'idea di soluzione di un problema tecnico, e che pertanto induce senza possibilità di dubbio alla sua riconducibilità nel contesto di quelle tipiche creazioni intellettuali la cui protezione giuridica è per così dire propria della legge brevettuale.

Ciò che è assai discutibile di questa tesi è la concezione dell'oggetto della tutela brevettuale come « serie astratta di istruzioni » anziché come realtà ontologica descritta: sicché l'invenzione di prodotto sarebbe astratta nella stessa misura di un metodo di analisi, ecc.

Ma questo spostamento di accento sul dato rappresentativo, che risolve l'invenzione sempre e soltanto sul terreno gnoseologico dell'insegnamento, non inficia la fondatezza della valutazione di base che — come si è detto — riconosce il *software* nell'alveo delle invenzioni.

Gustavo GHIDINI, a sua volta, affrontando l'obiezione secondo la quale il *software* non presenterebbe il requisito della materialità ne deduce la fallacia sotto entrambi i profili nei quali l'obiezione si scompone. Quanto alla immaterialità del programma come strumento per far compiere al calcolatore le funzioni desiderate, perché concettualmente nulla vieta che qualsiasi programma venga realizzato nella forma materiale dell'*hardware*, sicché la scelta immateriale del *software* è di pura convenienza e non comporta una differenza ontologica valevole a giustificare una diversità di disciplina così radicale come quella della inammissibilità della tutela. Quanto alla immaterialità del risultato che viene conseguito mediante l'attuazione del programma da parte del *computer* perché l'equazione industrialità-materialità costituisce un limite irragionevole ed anzi un vero e proprio feticcio derivante dalla originaria concezione « macchinistica » dell'invenzione del quale occorre liberarsi<sup>5</sup>.

## 7. LA QUALIFICAZIONE DEL SOFTWARE COME INVENZIONE NON PROTEGGIBILE ESCLUDE LA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE.

Come è agevole avvedersi la migliore dottrina, sia di formazione tecnica (LUZZATTO) come di formazione giuridica (GHIDINI) è concorde nel collocare il *software* nel campo delle invenzioni, e ciò comporta la precisa conseguenza di escludere altre collocazioni strumentali all'ottenimento di una tutela diversa ma equivalente nei risultati a quella che in ipotesi non fosse praticabile per espresso limite normativo sul terreno delle invenzioni.

<sup>5</sup> Vedi GHIDINI, *I programmi per computers*, in *La tutela giuridica del software*, cit., 9 ss.

Il rimprovero di una assoluta incoerenza sistematica colpisce anzitutto il tentativo di far ricorso alla protezione del copyright. Viene fatto di chiedersi, infatti, al di là e a prescindere dalla compatibilità letterale delle formule legislative con fenomeni ignoti al redattore di esse, quale senso potrebbe avere l'esclusione espressa della proteggibilità del *software* come invenzione, se poi la stessa protezione dovesse essere accordata come opera dell'ingegno.

Sembra ovvio che la norma della legge-brevetti che esclude la protezione del *software* contiene necessariamente una norma diversa che qualifica il *software* come creazione intellettuale appartenente ontologicamente alla categoria delle invenzioni, e contiene quindi implicitamente una norma ulteriore che esclude la qualificazione del *software* come opera dell'ingegno.

Nell'ordinamento italiano queste correlazioni sistematiche sono poi molto meno opinabili di quanto non avvenga in altri ordinamenti e, quindi, da essa procedono vincoli interpretativi molto più cogenti.

L'art. 12, nuovo testo, L.I. (Legge invenzioni) preclude la proteggibilità del *software* dicendo che esso non è considerato come invenzione e quindi dicendo che concettualmente ed ontologicamente è una invenzione: non considerare a determinati effetti una determinata realtà per quella che essa è, cui conseguirebbero gli effetti non voluti, significa porre una *fictio iuris* e quindi riaffermare la realtà di fatto come quella alla quale si riferisce la qualificazione normale fittiziamente derogata.

Il *software* inoltre, e soprattutto, non rientra in nessun modo e sotto nessun profilo nel novero delle opere dell'ingegno come vengono definite dagli artt. 1 e 2 della legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633).

Ogni sforzo interpretativo per sfuggire alla previsione delle formule adoperate nelle due norme rivela il preconetto dell'interprete. Innanzitutto, infatti, l'elencazione dell'art. 2 è retta da un preambolo che ne fa una mera esemplificazione delle categorie indicate nell'art. 1: sicché la qualificazione dell'opera dell'ingegno dipende essenzialmente dalla sua appartenenza ad una delle suddette categorie. Queste, a loro volta, non sono dedotte in una definizione normativa, ma sono definite giuridicamente *per relationem* ad una concezione pre o meta-giuridica, così da rendere giuridicamente rilevante ogni modificazione che nel tempo la coscienza sociale apporti alla considerazione del fenomeno. Conseguentemente sono opere dell'ingegno protette da copyright tutte quelle che nel sentimento e nella cultura del tempo sono considerate espressione di letteratura, musica, arti figurative, architettura, teatro e cinematografia.

Come tutto ciò che è socialmente riconducibile ad una di queste manifestazioni artistiche è proteggibile come opera dell'ingegno così non lo è ogni creazione intellettuale che invece non sia socialmente apprezzata come espressione di una delle categorie indicate.

Ciò premesso è agevole contestare la stessa posizione del quesito diretto a stabilire se il *software* sia o meno opera proteggibile con la

tutela del diritto d'autore. Posto il quesito in questi termini generali, la risposta non può essere che negativa perché è ovvio che l'assimilazione del *software* ad una delle categorie artistiche menzionate ripugna con qualsiasi modo di intendere ciascuna delle suddette categorie. Basta pensare che denominatore comune di ognuna delle opere menzionate è la loro destinazione ad una fruizione artistica ed in ogni caso ad una fruizione intellettuale, che consenta all'utente di scambiare con l'autore dell'opera una corrente reciproca di informazioni, di impressioni, di sentimenti, di valutazioni artistiche ecc. Il *software*, invece, consente all'utente di utilizzare il calcolatore per fargli compiere determinate funzioni mediante una serie di istruzioni impartite con linguaggio matematico. Così essendo, è ovvio che la creazione in sé nella quale si risolve il *software* non è opera dell'ingegno.

### 8. SOFTWARE E RISULTATI OTTENIBILI CON LA SUA APPLICAZIONE: I VIDEO-GAMES.

Altro discorso è quello che concerne il risultato della funzione espletata in concreto dal *computer* per effetto di un determinato programma. È ovvio infatti che se il *computer*, per come è programmato in concreto, emette dei suoni, vi sia da porsi il problema della proteggibilità di questo risultato sonoro: ma questo problema non ha nulla a che vedere con quello della protezione del *software*, perché non è il mezzo in sé che viene in considerazione, ma il risultato che si consegue con il suo impiego, e che come tale appartiene al novero delle opere musicali. Non per nulla l'art. 1 della legge sul diritto d'autore, nell'enunciare che sono protette le opere indicate, conclude affermando che compete loro la protezione quale che ne sia il modo o la forma di espressione. La programmazione musicale del *computer* ne fa una macchina capace di esprimere un'opera musicale, siamo quindi di fronte ad un modo nuovo di esecuzione di un'opera musicale, la quale è proteggibile in relazione a questo, come a qualsiasi altro più tradizionale modo di esecuzione.

In questo contesto e sulla base delle considerazioni che precedono si deve considerare lo specifico problema del *video-games*.

Come nell'esempio precedente il *computer* programmato diviene macchina di creazione musicale, così nei *video-games* il *computer* diventa macchina cinematografica, e cioè capace di fornire immagini in movimento.

Il problema, dunque, è il seguente: le sequenze in movimento delle immagini che danno vita al video gioco sono opere dell'ingegno proteggibili per sé a prescindere dal mezzo impiegato per attuarle? La risposta è positiva per effetto di una assimilazione dell'opera in questione alla categoria delle opere figurative e specialmente delle opere cinematografiche. Ma neppure questa risposta può essere condivisa perché è totalmente avulsa dalla nozione sociale che si ha del videogioco rispetto a quella riferibile alla espressione dell'arte figurativa e

dell'arte cinematografica. Il punto essenziale della distinzione sta proprio nella natura della fruizione che l'utente pratica utilizzando ognuna delle opere in questione. L'arte figurativa e quella cinematografica sono suscettibili di una fruizione contemplativa che si traduce in una partecipazione intellettuale dell'utente al messaggio trasmessogli. Da questo punto di vista la staticità del quadro si contrappone alla dinamicità del film non diversamente di come si contrappone alla dinamicità del romanzo che trasmette al lettore una vicenda che si svolge nel tempo e nello spazio. Per contro, la dinamicità del videogioco si integra con la possibilità dell'utente di condizionarne manualmente lo svolgimento e si traduce in una prova di abilità. Giocare insomma non è lo stesso che leggere un romanzo o assistere ad un film.

La scelta del legislatore è stata quella di riservare la protezione del diritto d'autore alle opere dell'ingegno che abbiano una collocazione ben precisamente definita nel quadro delle esperienze artistiche note ed apprezzate come tali dal comune modo di sentire.

L'estensione della protezione oltre gli ambiti indicati non può pertanto essere condivisa perché esorbita dalla discrezionalità interpretativa.

Alla ragione addotta sul versante del *copyright* fa riscontro quella deducibile, sul versante della protezione brevettuale, dalla esclusione del gioco dal novero di ciò che è considerato invenzione.

Uno schema di gioco non è brevettabile come invenzione non perché il gioco sia realizzato mediante il programma di un calcolatore, ma a prescindere da siffatta circostanza strumentale: anche lo schema figurativo di un videogioco è uno schema di gioco e perciò anche per esso opera quella esclusione di proteggibilità che non avrebbe alcun senso se potesse essere disattesa dal ricorso ad una protezione equivalente se non preferibile nei risultati.

In definitiva, le creazioni intellettuali che diano vita ad un gioco di abilità non appartengono né alle opere dell'ingegno, né alle invenzioni industriali.

## 9. (SEGUE) SOFTWARE E RISULTATI INVENTIVI.

Si è visto che considerato in sé il *software* è una invenzione non brevettabile perché vi osta il divieto dell'art. 12, nuovo testo L.I. Si è pure visto che altro è il *software*, altri sono i risultati che si conseguono mediante la sua applicazione al *computer*: questi, a loro volta, potendo essere o meno proteggibili come opere dell'ingegno se presentano o no le caratteristiche per rientrare nelle categorie indicate nell'art. 1 della legge sul diritto d'autore.

Resta da chiedersi se fra i risultati proteggibili del *software*, che per sé non è proteggibile come invenzione, ve ne siano a loro volta di quelli proteggibili come invenzione. In altre parole, il *software* può dare vita e/o contenere una invenzione brevettabile? La risposta po-

sitiva discende dai principi ed è espressamente confermata dalla norma dell'art. 12 nuovo testo, L.I., la quale non a caso esclude la brevettabilità del *software* solo nella misura in cui la domanda di brevetto lo concerna in quanto tale.

Quale sia l'esatto significato di questa limitazione del divieto di brevettabilità non è agevole stabilire. Certamente non è una risposta sufficiente quella di relegare la residua brevettabilità del *software* fuori dello stesso *software*, come ad esempio se si dicesse che un nuovo supporto magnetico non sarebbe escluso dalla tutela brevettuale. In tal caso, infatti, è ovvio che l'invenzione è completamente estranea al programma e non potrebbe perciò essere pregiudicata dalla norma che non considera invenzione il programma in quanto tale. Occorre invece saper distinguere del programma ciò che attiene alla sua realizzazione da ciò che invece attiene ai risultati della sua applicazione tramite il *computer*: quando questi risultati siano dotati di requisiti di brevettabilità, quivi compreso quello della industrialità, non c'è dubbio che siano oggetto di considerazione autonoma rispetto al programma di per sé considerato e che pertanto possano formare oggetto di valido brevetto.

In questo senso, ritorna a manifestarsi il rilievo della distinzione tra il problema tecnico di come far funzionare il *computer* mediante un programma, e il problema tecnico alla cui soluzione è preordinato il funzionamento del *computer* programmato: l'idea di soluzione del primo problema tecnico è il programma, ed essa è oggetto del divieto di brevettazione. L'idea di soluzione del secondo problema tecnico è la funzione svolta dal *computer* così come programmato, e questa è invece estranea alla considerazione del programma in quanto tale, e perciò non soggetta al divieto della brevettazione.

Conseguentemente, se il programma è diretto a realizzare tramite il *computer* un nuovo procedimento di lavorazione per l'ottenimento di determinati prodotti, non c'è dubbio che si ha una invenzione di procedimento la cui brevettabilità non è certo impedita dalla circostanza che il mezzo della sua realizzazione sia un *computer* opportunamente programmato. D'altronde è intuitiva la differenza che intercorre tra la creazione intellettuale del nuovo procedimento industriale e la creazione intellettuale della traduzione in termini di programma della funzione assegnata al *computer* per l'attuazione di quel procedimento.

Se per contro il programma è diretto a realizzare, tramite il *computer*, un sistema di contabilità, nulla vi potrebbe essere di brevettabile: non il programma in sé, perché oggetto del divieto, e non il suo risultato, perché esso pure escluso dalla brevettazione dal nuovo testo dell'art. 12, L.I., il quale, come è noto, riferisce il divieto ai metodi di attività intellettuali. Non diversamente, se il programma fosse diretto, tramite il *computer*, a realizzare un sistema di presentazione di informazioni nulla vi sarebbe di brevettabile perché oltre al programma, è escluso dalla brevettazione anche il suo risultato consistente nella presentazione delle informazioni.

Diversamente ragionando si perviene all'assurdo di rendere brevettabile qualcosa che non lo è perciò solo che sia realizzato mediante uno strumento che non è esso pure brevettabile.

Per questa ragione non possono essere considerate proteggibili come opere dell'ingegno scientifiche i risultati applicativi di elaboratori diretti ad automatizzare le operazioni di fatturazione, magazzino e contabilità generale inerenti alla gestione di imprese. Non tanto e non solo perché il riferimento al contenuto scientifico delle opere letterarie è assolutamente inconferente rispetto alla fattispecie, quanto e soprattutto perché le operazioni automatizzate inerenti alla gestione aziendale ricadono precisamente in quella categoria di creazioni intellettuali alle quali il legislatore ha rifiutato di riferire l'esclusiva brevettuale e qualsiasi altra esclusiva di utilizzazione.

## 10. IL PROBLEMA *DE JURE CONDENDO*.

Le rilevazioni *de jure condito* della disciplina del *software*, tutt'altro che inesistente come ci sembra di aver dimostrato, sono indispensabili per introdursi correttamente alla disamina del problema *de jure condendo*.

Poiché gli sforzi finora dispiegati si sono — per così dire — concentrati in un disegno di legge governativo, per semplicità riferiremo a questo le osservazioni che seguono.

La prima delle quali, conseguenziale a quanto fin qui detto, è la seguente: qualsiasi intervento diretto ad apprestare una tutela del *software* non può non procedere dalla consapevolezza della opportunità di rimuovere la valutazione sfavorevole che l'ordinamento contiene in ordine alla protezione *erga omnes* di questa specifica creazione intellettuale, come di ogni altra non appartenente ad una delle categorie tutelate.

Le ragioni di opportunità che possono suggerire questa scelta di inserire il *software* fra le creazioni protette non sono di competenza del giurista. Questi registra il maturare di questa scelta di politica legislativa e si preoccupa unicamente di verificare che essa sia realizzata in modo coerente con il sistema attualmente in vigore.

## 11. LA PROTEZIONE DEL *SOFTWARE* IN QUANTO TALE.

Naturalmente la prima avvertenza sotto questo profilo è quella di individuare l'oggetto della protezione evitando di confondere il *software* con i risultati che si conseguono mediante la sua utilizzazione per il tramite del *computer*. In particolare, occorre che non siano protetti *sub specie* di *software* i risultati con esso conseguibili, che siano essi pure creazioni intellettuali escluse *positivamente* dalla tutela nell'ambito della categoria alla quale concettualmente appartengono.

Questa avvertenza richiama il criterio della scindibilità che, come si è visto, opera in tutto l'ambito delle esclusive, ma per escludere che da esso si possa far discendere un ostacolo insuperabile alla tutela del *software*. Proprio in quanto — infatti — il programma realizzato per ottenere un determinato risultato non si identifica concettualmente con quest'ultimo e può essere idealmente concepito indipendentemente da esso; ed anzi, proprio in quanto il più delle volte lo stesso identico risultato può essere conseguito mediante programmi diversi, nulla vieta di proteggere il programma in quanto tale sempre che questa protezione non sia riferita al risultato in quanto tale se questo invece non è proteggibile.

Per converso, la circostanza che un determinato risultato sia proteggibile come opera dell'ingegno o come invenzione industriale non vieta che si possa conseguire tale protezione (realizzandosi i presupposti all'uopo necessari) anche se il risultato viene ottenuto mediante l'impiego di un programma e di un elaboratore opportunamente programmato.

Qualsiasi normativa sul *software* non può — a nostro avviso — trascurare questa avvertenza, salva restando la valutazione di opportunità sulla sua traduzione in una norma appositamente dettata.

## 12. LA PROTEZIONE DEL *SOFTWARE* IN QUANTO TALE POSTULA L'ABROGAZIONE DEL DIVIETO DELL'ART. 12 L.I.

Individuato l'oggetto della costituenda protezione nel programma considerato come l'insieme delle istruzioni espresse in un linguaggio di programmazione indipendentemente dal compito e dal risultato ottenibili (art. 1 del d.d.l.), la seconda avvertenza è la seguente: non potersi apprestare nessuna tutela del *software* senza l'abrogazione del divieto contenuto nell'art. 12 L.I. (legge Invenzioni). Poiché l'abrogazione può essere espressa o tacita, e tale sarebbe quella che fosse realizzata apprestando qualsiasi forma di protezione mediante l'attribuzione di un diritto esclusivo, il discorso a questo riguardo vale unicamente a svelare una superflua ipocrisia. È infatti ipocrita il ragionamento di chi mostra di credere che la tutela del diritto d'autore, lasciando inalterato il divieto della brevettazione di cui all'art. 12 L.I., non costituirebbe inadempimento dell'obbligo assunto internazionalmente con gli altri Stati contraenti della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo dalla quale il divieto trae origine. La soluzione di questo problema è invero da ricercare in una direzione ben diversa, e cioè nella denuncia della violazione della clausola convenzionale da parte di tutti o quasi gli Stati contraenti, i quali non hanno esitato ad introdurre nei loro ordinamenti interni la protezione del *software* pur sapendo — o comunque dovendo sapere — che la forma, o meglio la nomenclatura, della protezione non è certo deter-



minante all'effetto di verificare l'osservanza della clausola convenzionale. E tuttavia questa precisazione non è senza importanza per il legislatore nazionale, perché, svelata l'ipocrisia sottesa al ragionamento dei fautori del diritto d'autore nel nostro come negli altri Paesi, viene recuperata quella libertà di scelta dello strumento di protezione che altrimenti sembrerebbe mortificata dalla necessità di garantire l'osservanza dell'obbligo internazionale. *Inadimplenti non est adimplendum* e perciò, se l'alternativa vera e reale non è fra questa o quella forma di protezione ma è se fare o no del *software* una creazione intellettuale protetta, verificata l'adozione di questa seconda alternativa da parte di quasi tutti gli Stati contraenti, essa non può essere negata allo Stato italiano il quale potrà legittimamente darvi corso in modo coerente con il sistema che vige nel suo ordinamento.

### 13. L'INSERZIONE DEL SOFTWARE FRA LE OPERE DELL'INGEGNO PROTETTE DAL DIRITTO D'AUTORE: CRITICA.

Liberato il campo da supposti vincoli assunti in sede internazionale, l'indagine sulla congruità del d.d.l. governativo « recante norme per la tutela dei programmi per elaboratore » non può che concentrarsi sulla scelta fondamentale di modificare l'art. 2 della Legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633) mediante l'aggiunta di un n. 8 che indica fra le opere dell'ingegno proteggibili « i programmi per elaboratore e la relativa documentazione ausiliaria ».

Mai potrebbe essere fatta scelta più infelice e più devastante dell'armonia del sistema.

Per rendersene conto basta leggere la norma dell'art. 2 l.d.a. (Legge sul diritto di autore), come risulta dopo la suggerita sua modificazione, in connessione con il precedente art. 1 che invece — a quanto pare — rimarrebbe immutato. La lettura coordinata dei due testi darebbe il seguente risultato: sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo e la forma di espressione. In particolare, sono comprese nella protezione:

1) le opere letterarie ecc.; 2) le opere e le composizioni musicali ecc.; 3) le opere coreografiche ecc.; 4) le opere della scultura, della pittura ecc.; 5) i disegni e le opere dell'architettura; 6) le opere dell'arte cinematografica; 7) le opere fotografiche, ed ora si aggiungerebbero; 8) i programmi per elaboratore e la relativa documentazione ausiliaria.

Si è detto finora che l'elencazione dell'art. 2 l.d.a. è esemplificativa delle opere proteggibili nell'ambito di ciascuna delle categorie

indicate — queste, però, tassativamente — nell'art. 1. Con l'aggiunta del nuovo n. 8 tale affermazione non sarebbe più plausibile perché i programmi per elaboratori non appartengono a nessuna delle categorie indicate. L'idea di ricondurre questi programmi alla letteratura è talmente peregrina da non meritare neppure considerazione.

Con la suggerita modificazione dell'art. 2 l.d.a. si modifica dunque in realtà tutto l'ambito di applicazione della legge e la natura stessa del diritto d'autore, ed anzi — per essere più precisi — si modifica l'intero sistema delle esclusive sui beni immateriali.

Infatti la protezione del diritto di autore non potrebbe più dirsi riservata *ad alcune categorie* di opere dell'ingegno secondo una valutazione di meritevolezza fatta dal legislatore con evidente riferimento alle esperienze artistiche che si sono storicamente sviluppate nel corso dei secoli, ma diventerebbe una protezione residuale spettante — come del resto viene auspicato da qualcuno — a tutte le opere dell'ingegno di carattere creativo qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. In questo modo viene meno necessariamente il principio del numero chiuso delle creazioni intellettuali protette e queste divengono residualmente protette dalla legge sul diritto di autore sulla base della generale giustificazione che sono frutto del lavoro intellettuale dell'uomo. Ulteriore conseguenza è il mutamento radicale del rapporto fra questa tutela generale e tutte le altre tutele che divengono perciò speciali e — come tali — applicabili ad alcune speciali categorie di creazioni intellettuali la cui definizione acquista un significato automatico di deroga.

Tutto questo è chiaramente percepito dalla dottrina più avveduta la quale, infatti, non ha mancato di avallare la scelta di politica legislativa qui esaminata osservando che essa si inserisce in una « tendenza generale, diffusa, a proteggere col diritto d'autore creazioni diverse dalla classica opera letteraria, scientifica, artistica... È l'esigenza di una protezione rispetto alla copia (*copyright*), rispetto alla imitazione servile, rispetto alla riproduzione *tel quel*, come si suol dire, indipendentemente insomma da un meccanismo di deposito. È un fenomeno, quindi, non limitato al nostro problema (del *software*), ma più generale... Si verifica insomma quel fenomeno ... di una progressiva trasformazione della nostra disciplina e della nostra stessa filosofia sul diritto d'autore in un qualcosa di più simile al *copyright* anglosassone, dove ciò che viene tutelato non è solo la personalità dell'autore... Io penso quindi — prosegue questa dottrina — che attraverso l'introduzione nella materia del diritto di autore di una tutela di beni diversi, come appunto il *software*, il design ed altre creazioni avremo un liberarsi progressivo della disciplina del diritto d'autore da quella componente di tutela della personalità dell'autore che in qualche modo ci vincola oggi senza una vera necessità. Andremo cioè verso una protezione del tipo *copyright* »<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Vedi SENA, *Relazione di sintesi al convegno sul tema « La tutela giuridica del software*

*verso la soluzione legislativa* » (organizzato da Datamont, Atti, Milano, 1986, p. 49 ss.).

A nostra volta diciamo invece che è sufficiente l'introduzione del *software* nel programmato n. 8 dell'art. 2 l.d.a. perché la protezione del diritto d'autore cambi natura nel senso indicato.

*De jure condendo* il problema è se questo mutamento così radicale sia, prima che giustificato, voluto da chi lo propone.

#### 14. LA PROTEZIONE DEL SOFTWARE FRA FORMA ESPRESSIVA E CONTENUTO DELLA CREAZIONE INTELLETTUALE.

A prescindere dalla consapevolezza di un mutamento di disciplina che sembra sproporzionato rispetto all'obiettivo di apprestare una tutela del *software*, compete comunque al giurista di verificare se la protezione del diritto d'autore, pur nella concezione infinitamente più estesa di quella attuale, sia congrua rispetto alla natura dell'opera che si vorrebbe tutelare.

A questo proposito è veramente singolare che la scelta di politica legislativa che si sta ora esaminando venga prospettata come quella da fare in funzione della preferenza che si dà ad una protezione più estesa e più semplice anche se con un contenuto più ristretto perché limitata alla forma espressiva, oppure, al contrario, ad una protezione che tocca effettivamente la sostanza concettuale e quindi anche il contenuto del *software* ma che però è di fatto ridotta perché richiede un deposito costitutivo o addirittura la brevettazione<sup>7</sup>. Naturalmente, questa alternativa viene prospettata per favorire quella di una tutela della forma espressiva ottenibile sulla base della mera priorità di creazione contro la imitazione.

Senonché, a nostro avviso, nel caso del *software* non ricorrono sul terreno fenomenologico le condizioni per distinguere la forma dal contenuto del programma, e per riferire la tutela alla prima con esclusione del secondo. La creazione intellettuale, infatti, non consiste nel modo di esprimere la serie di istruzioni attuando le quali l'elaboratore compie le operazioni o realizza il risultato voluti; consiste invece proprio e soltanto nelle istruzioni per sé considerate. Proprio in quanto si sappia distinguere fra il risultato ottenuto con l'elaboratore programmato e il modo di programmare l'elaboratore al fine di ottenere quel risultato, è palese che la cosiddetta « forma » del programma non è distinguibile dal suo contenuto e che la tutela richiesta concerne quest'ultimo e non il linguaggio con il quale è espresso e meno che mai il supporto che lo incorpora.

In funzione della natura della creazione intellettuale che si intende proteggere qualsiasi protezione non può atteggiarsi diversamente da come si atteggia quella a favore delle invenzioni industriali: ciò che

<sup>7</sup> Vedi SENA, *Relazione di sintesi*, cit., p. 529.

peraltro non significa affatto che tale tutela debba necessariamente essere subordinata alla realizzazione delle stesse condizioni di deposito e/o di registrazione che sono necessarie per le invenzioni, né che debba avere la stessa durata della tutela delle invenzioni.

Una precisa riprova della fondatezza del rilievo che precede si ha considerando che il disegno di legge governativo che inserisce i programmi di elaboratori fra le opere dell'ingegno tutelate dal diritto di autore contiene una sezione quarta nella quale si dispone che possono costituire oggetto di diritti esclusivi le (cosiddette) topografie dei prodotti a semiconduttori sicché queste topografie non possono essere riprodotte e sfruttate commercialmente. La disciplina correlativa riecheggia per molti versi quella delle invenzioni industriali opportunamente modificata.

Orbene, finché non sia stata spiegata quale profonda differenza intercorra concettualmente, e dal punto di vista della creazione intellettuale come oggetto di protezione, fra il programma di elaboratore e la topografia dei prodotti a semiconduttore, sarà difficilmente spiegabile che la tutela si atteggi in modo così differente e soprattutto non si comprende la ragione per la quale la tutela del programma debba essere predisposta pagando l'altissimo prezzo di una vera e propria disarticolazione sistematica dell'intero sistema delle esclusive.

## 15. CONCLUSIONE.

La conclusione di questo lungo discorso ci sembra intuibile.

Lasciata al politico ogni valutazione in ordine alla scelta di introdurre le creazioni intellettuali dell'informatica nel sistema delle creazioni protette, nonché in ordine alle condizioni alle quali la tutela debba essere subordinata, affinché il sistema generale delle esclusive sia conservato nei suoi attuali lineamenti, occorre procedere con una apposita legge la quale, da un lato sarà inserita nel contesto di quelle che riguardano la proprietà industriale come strumento di promozione dello sviluppo tecnologico, e dall'altro lato, terrà nel debito conto ogni elemento di specificità idoneo a garantire adeguatamente il contemperamento dell'interesse individuale dell'inventore informatico e dell'interesse della collettività.