

# CASSAZIONE SEZ. III PENALE 24 NOVEMBRE 1986

PRESIDENTE:	GARELLA
ESTENSORE:	MONTORO
RICORRENTE:	SIAE
IMPUTATO:	POMPA

**Diritto d'autore • Software •  
Presenza dei requisiti di  
creatività, novità e originalità •  
Opera appartenente alle scienze •  
Illecita riproduzione • Reato •  
Sussistenza.**

*Il software (applicativo), che sia fornito di un pur modesto valore creativo, dia nuovi apporti nel campo informatico ed esprima soluzioni originali ai problemi di elaborazione dei dati, è tutelato civilmente e penalmente dalla normativa sul diritto d'autore poiché è inquadrabile nella categoria delle opere dell'ingegno che appartengono alle scienze. Sussiste quindi il reato di cui all'art. 171 della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore nel caso di detenzione e commercializzazione di programmi per computers illecitamente riprodotti.*

Il 6 giugno 1985 il Pretore di Napoli dichiarava Domenico Pompa responsabile del reato di cui all'art. 1 della legge 29 luglio 1971, n. 406, per avere posto in commercio 95 videocassette abusivamente riprodotte; e lo condannava alla pena di 2 mesi di reclusione e di L. 300.000 di multa — pena sostitutiva con la libertà controllata per la durata di 4 mesi —, nonché al pagamento delle spese processuali ed al risarcimento dei danni e delle spese in favore della SIAE, costituitasi parte civile.

Lo assolveva, invece, dal reato di pubblicazione oscena perché il fatto non costituiva reato e da quello di cui all'art.

171 lett. c) della legge 22 aprile 1941, n. 633, contestatogli per avere posto in commercio 143 cassette stereo con registrazioni di programmi per computers illecitamente riprodotte — perché il fatto non era preveduto dalla legge come reato.

Avverso quest'ultima parte della sentenza ricorreva ritualmente per cassazione la SIAE, che anzitutto deduceva la violazione di legge perché il Pretore aveva negato che i programmi per computers — il c.d. *software* applicativo — fossero opera dell'ingegno a carattere creativo, catalogabili tra quelle scientifiche; e, conseguentemente, che le illecite riproduzioni degli stessi potessero perseguirsi penalmente a norma dell'art. 171 della legge citata.

Spiegava che il requisito della creatività discendeva dallo sforzo espressivo dell'analista programmatore all'interno di un idioma e pur nell'ambito dei principi tecnici di base, avendo costui ampi margini di scelta e di valutazioni personali; che, in contrario, erano irrilevanti lo scopo utilitario, il difetto di pregio estetico e la presenza di più programmatori; mentre non era vero che il *software* non fosse esteriorizzabile, essendo — ovviamente — intelleggibile a chi possiede le necessarie cognizioni alla stessa stregua dello spartito musicale per il musicista.

Aggiungeva, poi, che i programmi applicativi di « video games » erano proteggibili anche quali opere di carattere cinematografico e che per quelli duplicati in Italia ma prodotti in U.S.A., a norma dell'art. 2 della legge 16 maggio 1977, n. 36 (Ratifica della convenzione Universale di Parigi del 24 luglio 1971 — valeva il principio dell'assimilazione, secondo il quale occorre accordare protezione giuridica a qualsiasi prodotto considerato opera dell'ingegno in uno qualsiasi degli Stati sottoscrittori. Lamentava, infine, il difetto di motivazione della sentenza, che presentava sul punto poche e apodittiche affermazioni.

**MOTIVI DELLA DECISIONE.** — I requisiti perché il risultato di un'attività intellettuale possa essere protetta a norma degli artt. 2575 ss. del cod. civ. e dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 e succ. modificazioni possono essere così identificati:

a) che si tratti di un'opera dell'ingegno, quale espressione particolare di lavoro intellettuale applicato;

b) che l'entità prodotta sopravviva all'attività necessaria a produrla ed abbia individualità, utilità, idoneità ad essere goduta da altri;

c) che — per dirla con la Relazione alla legge del 1941 — « ... l'opera abbia un merito, sia pure modesto, perché altrimenti non avrebbe il valore creativo che giustifica la protezione e che dà all'opera stessa la necessaria originalità... »;

d) che, infine, l'apporto nuovo riguardi i campi dell'arte e della cultura indicati dalla legge.

Tutti questi requisiti si rinvencono nel c.d. *software*, letteralmente la parte morbida o tenera (soft = soffice) di un *computer*, cioè i dischi su cui sono registrati i programmi di base e applicativi (il s.w. si contrappone ad *hardware*, la parte fisica, dura della macchina); in senso traslato, complessi logici d'istruzioni e documenti — appunto —, grazie ai quali il *computer* (in lingua italiana: ordinatore ed elaboratore elettronico) riesce in tempo reale a fare elaborazioni che richiederebbero tempi lunghi servendosi solo del cervello umano.

È fuor di dubbio — quanto al primo — che sia opera dell'ingegno, nel senso di prodotto di uno sforzo particolare di un intelletto specificatamente educato e, soprattutto, vocato alla scienza informatica.

Così pure è indubbio che il *software* applicativo — il programma incorporato nei dischi (i c.d. « floppy disks ») e le istruzioni manualistiche fornite a parte — consista in un'entità ormai svincolata dal dominio del suo autore — analista di sistemi e programmatore —, nel senso che non si ha più bisogno dell'uno o dell'altro per l'utilizzazione, alla stessa stregua di qualsiasi opera musicale o di altro genere trasfusa in supporti fotomagnetografici (dischi, nastri, pellicole), per la cui utilizzazione non occorre più il compositore e l'esecutore.

Nello stesso tempo è opera conclusa, vale a dire bene individuata, idonea all'uso per cui è stata prodotta e capace di utilizzazione economica, siccome è noto in piena epoca di volgarizzazione informatica.

Il requisito della creatività — caratteristica più saliente dell'opera tutelabile

— è dato dalla novità e dall'originalità dello sforzo intellettuale, cioè, il pur modesto merito della relazione ministeriale alla legge.

L'analista di sistemi, che determina la metodologia necessaria per l'elaborazione delle informazioni; ed il programmatore, che scrive nel modo più opportuno le istruzioni che costituiscono il programma — specializzazioni che spesso coesistono nella stessa persona —, si avvalgono entrambi di un linguaggio tecnico-convenzionale, concettualmente parificabile all'alfabeto per chi scrive o alle sette note per il musicista, ecc.; ma similmente a costoro, in tanto producono un risultato creativo, in quanto diano apporti nuovi nel campo informatico, esprimano soluzioni originali ai problemi di elaborazioni dei dati, programmi in modo migliore rispetto al passato determinati contenuti di idee, seppure in misura appena apprezzabile.

Il nuovo nell'espressione formale di un contenuto ideativo — allora — è il discrimine di proteggibilità anche per il *software*, sicché non sono oggetto di protezione tutte le attività preparatorie non collegate all'elaborazione della sintesi creativa e quelle esclusivamente riproduttive di elementi già noti e sfruttati, per così dire, il già visto.

In ultimo è appena il caso di dire come anche in Italia l'inquadramento del *software* nella categoria delle opere che appartengono alle scienze segue, ogni giorno di più, l'evoluzione culturale in riferimento al progresso tecnico e scientifico.

Del resto l'informatica in genere, e quella giuridica in specie, sono ormai divenute materie d'insegnamento secondario ed universitario; e, comunque, sarebbe al di fuori del tempo presente se opere di così sofisticato impegno culturale (in senso classico ed in quello sociologico) non potessero comprendersi nelle classificazioni della normativa di autore, classificazioni — per altro — non tassative per lungimirante scelta del legislatore.

Il *software* è — dunque — oggetto del diritto di autore, protetto civilmente e penalmente dalle norme ricordate; — né può essere altrimenti — vale a dire tutelabile con i rimedi previsti dal codice civile in favore delle invenzioni industriali e contro l'imitazione servile dei prodotti,

com'è stato pure sostenuto — per esplicita esclusione legislativa, giacché il d.P.R. 22 giugno 1979, n. 338 (v. art. 7 a modifica di quello 12 del r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali) ha stabilito la non brevettabilità dei programmi per ordinatori ed elaboratori.

Alla luce di queste considerazioni la decisione del Pretore di Napoli — avendo negato il carattere creativo del *software* applicativo e l'appartenenza dello stesso alla categoria delle opere scientifiche — viola ovviamente la legge penale nella parte in cui l'imputato Pompa è prosciolto dall'imputazione di cui all'art. 171, lett. c) l.c. perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Nondimeno, non se ne può annullare l'efficacia assolutoria in difetto di un'impugnativa, contemporanea a quella della parte civile, ad opera del Pubblico Ministero, titolare dell'azione penale.

Ma la situazione processuale dell'imputato dev'essere riesaminata ai fini della tutela della pretesa civile azionata nella presente sede penale e pregiudicata dalla sentenza.

Ed allora — assorbita ogni altra questione — la sentenza va annullata per violazione di legge nella parte esaminata ai soli effetti civili ed il relativo giudizio rimesso al giudice civile competente *ratione valoris* per l'appello.

P.Q.M. — Annulla, per violazione di legge, la sentenza impugnata, limitatamente all'assoluzione di Domenico Pompa dal reato di cui all'art. 171 lett. c) della legge 22 aprile 1941, n. 633, ai soli effetti civili e rinvia il giudizio alla Corte di Appello di Napoli in sede civile;

condanna Domenico Pompa alla rifusione delle spese in favore della parte civile SIAE ricorrente, spese che liquida nella somma complessiva di L. 701.400, di cui L. 700.000 per onorario di difesa.

## LA ILLECITA' PENALE DELLA RIPRODUZIONE DI PROGRAMMI ALTRUI: L'ORIENTAMENTO DELLA CASSAZIONE E LE PROSPETTIVE SANZIONATORIE

1. Con la decisione che si annota la Cassazione affronta per la prima volta il problema della proteggibilità del soft-

<sup>1</sup> Pret. Napoli, Sez. VI pen., 6 giugno 1985 imp. POMPA, in *Riv. dir. ind.*, 1986, p. 69 ss., annotata da PASTORE S. (*La tutela giuridica del software come opera dell'ingegno di carattere scientifico: rilevanza ed effetti in materia penale*). Ancora di PASTORE S. è il primo commento, in senso favorevole, alla pronuncia della Cassazione che si esamina (*Il cammino della tutela giuridica del software, opera dell'ingegno di carattere scientifico*, in *Dir. aut.*, 1987, p. 163 ss.).

<sup>2</sup> Fra gli altri, GALTIERI G., *Note sulla proteggibilità dei programmi degli elaboratori elettronici*, in *Dir. aut.*, 1971, p. 425 ss.; ID., *Note in tema di informatica e di diritto d'autore*, *ibidem*, 1975, p. 508 ss.; FRIGNANI A., *Il Tribunale di Torino protegge i videogiochi come opera dell'ingegno appartenente alla cinematografia* (nota a Trib. Torino 17 ottobre 1983), in *Dir. aut.*, 1984, p. 57 ss.; SENA G., *Software, problemi di definizione e di protezione giuridica*, in *Riv. dir. ind.*, 1983, II, p. 479 ss.; TURCO L., *La tutela giuridica del software*, in *Dir. aut.*, 1984, p. 135 ss.; M. FABIANI, *La protezione del software tra diritto d'autore e nuova disciplina giuridica*, in *Dir. aut.*, 1984, p. 153 ss.; ROSSELLO C., *La tutela giuridica del software nei primi orientamenti giurisprudenziali italiani*, in questa *Rivista*, 1985, p. 103 ss.; CIAMPI C., *La proteggibilità dei programmi elettronici, e dei relativi manuali applicativi, quali opere dell'ingegno di carattere creativo*, *ibidem*, p. 258 ss. (nota a Pret. Pisa 11 aprile 1984); RISTUCCIA R., *Discordanti indirizzi giurisprudenziali in materia di software e di videogiochi*, *ivi*, 1986, p. 188 ss. (nota a Trib. Monza 12 dicembre 1984); PASTORE S., *opp. cit.*

<sup>3</sup> Affermano la tutelabilità dei *videogames* — a fini civili — come opere d'ingegno a carattere creativo assimilabili alle opere cinematografiche Trib. Torino 17 ottobre 1983, pubblicata in numerose riviste (per tutte, *Dir. aut.*, 1984, p. 57) e Pret. Milano 18 ottobre 1985, in questa *Rivista*, 1986, p. 183. *Contra*: Pret. Torino 25 maggio 1982, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1982, p. 539 e Trib. Monza 12 dicembre 1984, in questa *Rivista*, 1984, p. 176.

Al di fuori del settore dei videogiochi, cfr. Pret. Pisa 11 aprile 1984 (con nota di CIAMPI, cit.), in questa *Rivista*, 1985, p. 252 ss., che ha ritenuto tutelabile ai sensi della normativa sul diritto d'autore anche il *software* applicativo gestionale (programmi di contabilità, magazzino e fatturazione), in quanto assimilabile alle « opere di carattere scientifico ».

*ware* in un caso d'illecita riproduzione e commercializzazione di programmi computerizzati. Il S.C., accogliendo il ricorso della parte civile, ha cassato per violazione di legge, con rinvio alla Corte d'Appello di Napoli in sede civile — al fine del risarcimento del danno — la sentenza pronunciata dal Pretore di Napoli, che aveva ritenuto inapplicabile la norma incriminatrice di cui all'art. 171 della legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633) in un caso di detenzione e messa in commercio di cassette con registrazioni di programmi per *computers* — nella specie, *videogames* — illecitamente riprodotti<sup>1</sup>.

Il Pretore motivava la decisione escludendo il carattere creativo del *software* applicativo, oltretutto, a suo avviso, non qualificabile come opera scientifica né inquadrabile in alcuna delle categorie di opere dell'ingegno protette dalla legge sul diritto d'autore.

Secondo il parere della Cassazione, invece, il *software* è oggetto del diritto d'autore, protetto civilmente e penalmente a norma degli artt. 2575 ss. cod. civ. e della legge 22 aprile 1941, n. 633: si conferma, quindi, l'orientamento prevalente in dottrina<sup>2</sup> — ed in qualche caso condiviso dalla giurisprudenza di merito<sup>3</sup> — secondo il quale le disposizioni di legge sul diritto d'autore rappresentano — *de jure condito* — lo strumento più idoneo al fine di tutelare la paternità del *software*, quale prodotto dell'ingegno umano alla stregua di analoghe creazioni intellettuali. Ma permangono tuttora, ad avviso di chi scrive, i dubbi sulla fondatezza di questa soluzione, soprattutto sotto il profilo dell'applicazione delle disposizioni penali in materia, dubbi che la motivazione della sentenza non contribuisce a chiarire efficacemente.

Come rilevato in numerose decisioni di merito intorno a casi di pirateria informatica, includere i programmi computerizzati nell'oggetto materiale del reato di cui all'art. 171 legge dir. aut. comporterebbe un'inammissibile estensione analogica dell'incriminazione. L'individuazione delle opere dell'ingegno tutelate dalle disposizioni sul diritto d'autore si ricava, infatti, dall'esame del contenuto degli artt. 1 e 2 della legge stessa. L'art. 1 fornisce un elenco categoriale ben definito (« sono protette ...

le opere di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia »); il successivo articolo propone invece un'articolazione delle opere protette, che è sì esemplificativa e non tassativa, ma che riporta comunque alle categorie indicate nell'art. 1, che, significativamente, ripete pedissequamente il contenuto dell'art. 2575 cod. civ. con esclusione del riferimento alle opere dell'ingegno di carattere creativo appartenenti alle scienze<sup>4</sup>.

Ora, la sentenza in esame inquadra il *software* proprio nella categoria delle « opere che appartengono alle scienze », che l'art. 1 della legge 633/41 non contempla (ed è a quest'elenco che si riferisce la norma dell'art. 171, non all'art. 2575 cod. civ.). Più perspicuo sarebbe stato il collegamento alle opere scientifiche di cui al n. 1 dell'art. 2, ma anch'esso non privo di forzature, in quanto sembra abbastanza evidente che in quel numero siano elencati i vari generi assimilabili nella categoria delle opere letterarie.

Sul punto, anche condividendo l'opinione secondo la quale — data l'ampia formula della legge in ordine al modo o alla forma di espressione — il linguaggio naturale può essere accostato al linguaggio di programmazione, si possono sollevare alcune obiezioni.

La sentenza in esame, infatti, non si sofferma sulla distinzione tra *software* di base e *software* applicativo. In effetti, mentre sembra riferirsi solamente a quest'ultimo, quando indica i requisiti che deve possedere per essere qualificato opera dell'ingegno, in altra parte afferma che « il *software* (senza specificazioni, nda) è oggetto del diritto d'autore, protetto civilmente e penalmente dalle norme ricordate ».

Ma l'inquadramento del *software* cosiddetto « di base »<sup>5</sup> tra le opere *latu sensu* letterarie a carattere scientifico è stato più volte escluso con argomentazioni assai convincenti.

È stato, infatti, rilevato che « l'opera letteraria, che il diritto d'autore intende tutelare, non può ricomprendere, nella sua accezione terminologica, anche un « programma sorgente » costituito da una serie di algoritmi matematico-formali che, in quanto strettamente funzionali alla funzione operativa che debbono

svolgere, sono privi di ogni e qualsiasi contenuto letterario; opinando altrimenti potrebbe ricomprendersi nell'opera letteraria anche lo spartito musicale che è pure redatto in un linguaggio simbolico formale ma che, unanimemente, è ricompreso in una distinta categoria di opere dell'ingegno »<sup>6</sup>.

Si è, inoltre, osservato che il *software* di base (anche detto « residente »), diversamente dal *software* applicativo, inerendo alla macchina ed essendo destinato al suo funzionamento interno, è irriducibile strutturalmente all'opera letteraria, in quanto questa « qualunque sia la forma d'espressione, qualunque ne sia il contenuto è sempre indirizzata all'uomo e solo da esso è usata »<sup>7</sup>.

Ma se il *software* di base non è inquadrabile tra le opere letterarie a carattere scientifico se non fornendo una « definizione di letteratura scientifica talmente

In sede penale, prevale, viceversa, l'opinione contraria alla configurabilità del reato previsto all'art. 171 l. aut.: cfr. Pret. Milano 1° giugno 1982, in *Foro it.*, 1983, II, c. 389; Pret. Padova 15 dicembre 1983 (con nota di A. FIGONE), in questa *Rivista*, 1985, p. 730 ss.; Pret. Monza (sent. istrutt.) 26 luglio 1985, *ivi*, 1986, p. 184; Pret. Napoli 6 giugno 1985 cit. e, recentemente, Pret. Bologna 24 aprile 1986, *ivi*, 1986, p. 976 ss.

<sup>4</sup> ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 72.

<sup>5</sup> Il *software* di base consiste in programmi destinati ad adempiere a funzioni di servizio e di gestione interna del sistema di elaborazione e si contrappone al *software* applicativo, che si riferisce ai programmi o pacchetti di programmi predisposti per la risoluzione generalizzata di problemi applicativi dell'utente. Il *software* applicativo viene a sua volta suddiviso in 2 categorie definite *packaged software* e *custom software*. Alla prima appartengono i programmi destinati a portare a termine una funzione specifica (ad es. contabilità, fatturazione, *word processing* e simili); si tratta quindi di prodotti applicativi standard destinati ad essere offerti ad un vasto mercato, per i quali si avverte molto intensamente l'esigenza di una tutela legale. Alla seconda categoria appartengono i programmi elaborati su ordinazione allo scopo di soddisfare determinate e peculiari esigenze di programmazione del committente. Si tratta quindi di una tipologia variegata che non si presta con facilità ad essere ricondotta ad unità.

<sup>6</sup> Pret. Monza (sent. istrutt.) cit., in questa *Rivista*, 1986, p. 187.

<sup>7</sup> Pret. Bologna 24 aprile 1986, cit., pp. 978 e 979. Nella motivazione della sentenza, inoltre, si ricorda una decisione della Corte Federale di Australia (sent. 7 dicembre 1985) secondo la quale la funzione del programma (di controllo della sequela di operazioni eseguite da un calcolatore) nulla avrebbe a che vedere con quella di un'opera letteraria (il cui scopo sarebbe quello di produrre informazioni, piacere etc.).

lata da risultare ormai priva del suo significato originale »<sup>8</sup>, si deve concludere che il principio sancito dalla Cassazione si attaglia propriamente solo al *software* applicativo, ma, anche in questo più ristretto ambito, non senza difficoltà. Infatti nel *software* applicativo — sotto il profilo tecnico — rientrano anche i *videogames*, inquadrati finora, per lo più, da dottrina e giurisprudenza, ai fini della proteggibilità ai sensi della normativa sul diritto d'autore, fra le opere appartenenti *lato sensu* alla cinematografia.

Viceversa, seguendo le argomentazioni del S.C., che non distingue nell'ambito del *software* applicativo, anche i videogiochi, se dotati di un pur modesto merito creativo, di originalità nei confronti di opere similari e di novità rispetto a quelle già conosciute, devono essere inquadrati nella tipologia delle opere scientifiche: operazione non priva di dif-

ficoltà date le finalità ludiche dei programmi in oggetto<sup>9</sup>.

Dalle considerazioni finora svolte deriva, da un lato, che il principio affermato dal S.C. può comportare un'ingiustificata disparità di trattamento tra comportamenti ugualmente lesivi: sembrerebbe infatti tutelato penalmente, ai sensi della legge sul diritto d'autore, solo il *software* applicativo e non il *software* di base. Dall'altro, che potrebbero essere esclusi dalla tutela penale anche i *videogames*, qualora non ritenuti inquadrabili, da altri giudici, nella categoria delle opere scientifiche.

Quanto finora osservato evidenzia, da un lato, la problematica riconduzione ad unità della variegata tipologia del *software* e, dall'altro, la difficoltà di ricollegarlo — se non attraverso un procedimento interpretativo di carattere analogico — ad una delle categorie elencate nell'art. 1 l. dir. aut.<sup>10</sup>.

Per questi motivi, non sembra che siano state fugate le perplessità in ordine all'estensione dell'incriminazione di cui all'art. 171 l. aut., date le esigenze di legalità e tassatività proprie dell'ordinamento penale.

Del resto, l'aggiunta del n. 7 dell'art. 2 l. aut. — operata dal d.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19, art. 1 — dimostra la difficoltà di tutelare *sic et simpliciter* nuove opere dell'ingegno — sia pure dotate dei caratteri di originalità e creatività — quando si appalesi la loro inidoneità ad essere ricomprese in uno dei settori già codificati di opere protette<sup>11</sup>.

2. Le riserve finora avanzate attengono esclusivamente all'applicabilità delle disposizioni penali in materia di diritto d'autore, non alla scelta di fondo — operata dalla Cassazione — di privilegiare in via generale la disciplina del diritto d'autore ai fini della protezione del *software*: del resto, questa opzione è in linea con l'orientamento prevalente in molti Paesi stranieri. Ma, data l'inidoneità della normativa vigente — come evidenziato anche da quanto sinora osservato — a regolamentare la nuova e complessa materia, si manifesta la necessità di un intervento legislativo specifico che, innovando le disposizioni sul diritto d'autore, sia ritagliato sulle esigenze specifiche del settore e introduca una disciplina compatibile con le scelte legislative altrove effettuate<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> V. la nota precedente.

<sup>9</sup> In senso contrario vedi PASTORE S., *La tutela giuridica ecc.*, cit., p. 82, il quale sostiene che l'aggettivo « scientifico » è usato dal legislatore nella sua accezione più ampia, in modo da considerare tali quelle opere che hanno come scopo essenziale di procurare al percipiente non soltanto un'informazione di qualsiasi genere, ma anche uno stimolo a reazioni emotive di carattere estetico oppure di solo diletto (gli attuali *videogames*).

<sup>10</sup> Infatti, la riconduzione del *software* nella tipologia categoriale dell'art. 1 l. cit. appare operazione prioritaria rispetto all'accertamento dei requisiti che in concreto il programma deve possedere per essere qualificato « opera dell'ingegno », anche se va apprezzato l'inecepibile argomento del S.C., che ha puntualizzato efficacemente l'ambito delle nozioni di creatività, originalità e novità, escludendo dalla proteggibilità « tutte le attività preparatorie non collegate all'elaborazione della sintesi creativa e quelle esclusivamente riproduttive di elementi già noti e sfruttanti, per così dire, il già visto ».

<sup>11</sup> E si noti che in quel caso poteva apparire meno ardua l'estensione della tutela prevista, con riferimento alle « arti figurative » di cui al precedente art. 4.

<sup>12</sup> Ricordiamo che in tale materia sono intervenuti successivamente il legislatore degli Stati Uniti, seguito a breve distanza di tempo da quelli dell'Australia, del Giappone, della Germania federale, della Francia e della Gran Bretagna (USA: Software Copyright Act 1980; Semi-Conductor Chip Act, promulgato nel novembre 1984 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1985; Australia: Copyright Amendment Act 1984; Giappone: Copyright (Computer software) Amendment Act, promulgato il 14 giugno 1985 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1986; Germania Federale: Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts - Vom 24 Juni 1985, promulgato il 24 giugno 1985 entrato in vigore il 1° luglio 1985; Francia: Loi no. 85-660 du 3 juillet 1985, che modifica la legge n. 57-298 dell'11 marzo 1957 sul diritto d'autore, promulgata il 3 luglio 1985 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1986;

È significativo sottolineare quanto si è verificato nella Germania Federale dove la riforma del diritto d'autore ha seguito di poco la sentenza della Corte Suprema Federale del 9 maggio 1985, che affermava — già *de lege lata* — la tutelabilità del *software* come opera dell'ingegno.

La sentenza ha, quindi, implicitamente richiamato l'attenzione del legislatore sulla necessità d'integrare la disciplina vigente per ricomprendervi espressamente la nuova materia (come è avvenuto con l'inserzione dei « programmi per l'elaborazione automatica » al n. 1 del comma 1 del par. 2 UrhG, in quanto opere meritevoli di tutela accanto a quelle scritte)<sup>13</sup>.

È auspicabile che anche la sentenza che si annota stimoli il legislatore ad intervenire modificando la legge 633/41.

Del resto, è stata già presentata alla Camera una proposta di legge, in tal senso, d'iniziativa dei deputati Tedeschi, Sacconi, Pellicano e Facchetti<sup>14</sup>, che inserisce esplicitamente i programmi di elaboratore nel novero delle opere protette dalla legge sul diritto d'autore.

Per quanto attiene al sistema sanzionatorio, la proposta prevede significative modifiche degli artt. 171 e 172 l. dir. aut.<sup>15</sup>. Vengono inserite nell'art. 171 due autonome incriminazioni relative, l'una, all'uso personale non autorizzato di programmi o relative documentazioni (quindi, in violazione dei diritti esclusivi conferiti dalla legge sul diritto d'autore); l'altra, all'illecita commercializzazione del *software* altrui<sup>16</sup>. Per la prima, si commina la multa da L. 100.000 a L. 500.000; per la seconda, la reclusione fino a due anni o la multa non inferiore a L. 500.000. Costituiscono illecito amministrativo le corrispondenti ipotesi colpose.

Come si vede, si propone un inasprimento della pena detentiva e l'introduzione della pena pecuniaria proporzionale per l'ipotesi di reato più grave, consistente nella commercializzazione di copie illegali di programmi<sup>17</sup>.

Quando si pensi al danno economico arrecato dalla pirateria informatica — ci riferiamo naturalmente al falsario « professionale » — appare assai opportuna l'introduzione della pena pecuniaria proporzionale, espressamente consentita dall'art. 27 cod. pen. al fine di adeguare la misura della sanzione alla

gravità del reato: essa permette, infatti, di superare il limite dei dieci milioni che la legge prevede quale misura massima per le pene pecuniarie. Tale limite, anche laddove il giudice si avvalga del potere di adeguare l'entità della pena in considerazione delle condizioni economiche del reo, così come previsto dall'art. 133-bis, cod. pen., si rivela spesso irrisorio di fronte a fenomeni di criminalità economica il cui volume di affari è valutabile in miliardi. Inoltre, tale sanzione si dimostra particolarmente efficace quando si consideri che raramente l'entità della pena detentiva inflitta supererà la soglia prevista per la concessione della sospensione condizionale. È, invece, inopportuno trascurata —

Gran Bretagna: Copyright (Computer software) Amendment Act 1985, promulgato il 16 luglio 1985 ed entrato in vigore il 16 settembre dello stesso anno).

<sup>13</sup> Le informazioni sono tratte da PICOTTI L., *La nuova normativa in tema di criminalità da computer nella Repubblica Federale di Germania*, in corso di pubblicazione su questa Rivista.

<sup>14</sup> Atto parlamentare n. 3907/1986 in questa Rivista, 1987, 385. Un altro disegno di legge in materia, d'iniziativa dei senatori Fabbri, Malagodi, Carli ed altri, presentata al Senato il 25 marzo 1986 (*ivi*, 1987, 382), propone una disciplina mista, in cui confluiscono tutela brevettuale e tutela del diritto d'autore. Sul punto, ricordiamo il dibattito sviluppatosi in dottrina sull'applicabilità della tutela brevettuale al *software*, che, pur essendo astrattamente ipotizzabile è esclusa — in relazione ai programmi per elaboratori « in quanto tali » — dall'art. 12, comma 2, lett. b) della legge sui brevetti industriali, modificata dal d.P.R. 22 giugno 1979, n. 338 a seguito dei principi sanciti dalla Convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973. L'esclusione dalla brevettabilità, secondo un consistente orientamento dottrinario che ha ottenuto anche l'avallo della Cassazione (Cass. 14 maggio 1981, n. 3169, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1981, p. 58), non sarebbe assoluta, ma residuerebbe la possibilità di brevettare le « ideazioni » (ad es. di procedimento) in cui il programma dell'elaboratore costituisce solo uno degli elementi dell'idea inventiva » (così CARNEVALI U., *Sulla tutela giuridica del software*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 254). Al riguardo, va notato che negli ordinamenti dei principali Paesi industrializzati, a fronte dell'inclusione del *software* nel contesto giuridico del *copyright*, si è provveduto parallelamente ad emettere direttive interpretative o vere e proprie guide, che consentono l'ingresso, in opportune condizioni, del *software* nel diritto brevettuale.

<sup>15</sup> Ricordiamo che l'art. 172 l. aut. prevede una sanzione amministrativa qualora i fatti preveduti nell'articolo precedente siano commessi per colpa.

<sup>16</sup> La fattispecie più grave prevede la condotta di chi « senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, riproduca per la vendita, venda o metta in vendita o ponga altrimenti in commercio un programma di elaboratore o la relativa documentazione altrui ».

<sup>17</sup> Si noti che, in sede di riforma della normativa sul diritto d'autore, il legislatore tedesco ha previsto per il delinquente « professionale » la pena detentiva fino a cinque anni in alternativa a quella pecuniaria.

nella proposta in esame — la possibilità di ampliare l'articolazione del sistema delle pene accessorie: la confisca e la distruzione del materiale plagiario appaiono, infatti, le misure più idonee alla repressione penale di un fenomeno delittuoso riconducibile in definitiva alla figura generale della contraffazione.

Potrebbe anche prevedersi una più grave sanzione, consistente nella distruzione delle attrezzature utilizzate per porre in essere la condotta delittuosa, nei casi contraddistinti da una particolare gravità o in cui il giudice ritenga sussistente la recidiva.

Inoltre, sul modello fornito dalla legge 29 luglio 1981, n. 406, sulla tutela penale dei prodotti fonografici<sup>18</sup>, e dalle recenti leggi francese e tedesca, particolarmente efficace si appalesa la misura del-

la pubblicazione della sentenza di condanna e delle pene accessorie, ispirata alla finalità di avvisare e responsabilizzare coloro che con il reo intrattengono relazioni commerciali. A questo scopo, la pubblicazione dovrebbe avvenire non solo su periodici a diffusione nazionale, ma anche su riviste specializzate del settore.

3. Dalle considerazioni che precedono consegue quindi, a nostro avviso, che resta, allo stato, ancora aperta la delicata problematica relativa alla tutela penale del *software*. Infatti, di fronte all'inquietante sviluppo della criminalità informatica, ed in particolare della pirateria informatica di cui ci occupiamo, l'ordinamento penale appare fortemente sguarnito di rimedi specifici.

Soffermandoci sulle ricostruzioni più plausibili, potrebbe astrattamente ipotizzarsi l'applicabilità, nei casi in esame, della norma di cui all'art. 623 cod. pen., che tutela il segreto scientifico e industriale, o delle disposizioni di cui agli artt. 473, 474 e 517 cod. pen., che tutelano il corretto svolgimento delle relazioni commerciali sanzionando penalmente alcune ipotesi particolarmente gravi di concorrenza sleale, consistenti in falsità di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali.

Peraltro, per quanto riguarda il ricorso all'art. 623 cod. pen., va osservato che, in realtà, la portata pratica della norma è notevolmente limitata in senso soggettivo in quanto essa configura un tipico « reato proprio », che può essere realizzato solo da soggetti qualificati da un particolare *status* (che siano, cioè, venuti a conoscenza del segreto per ragioni del loro ufficio, professione o arte). Tali saranno soltanto i dipendenti e consulenti dell'autore del programma che, per ragioni professionali, siano venuti a conoscenza delle informazioni riservate: restano pertanto esclusi dalla sfera di punibilità proprio i soggetti dotati di maggiore potenzialità offensiva, ossia gli utenti e le imprese concorrenti. Se si consideri inoltre la circostanza che il reato è perseguibile solo a querela della persona offesa, non si può non rilevare l'inidoneità della norma rispetto al fine di reprimere la condotta di quei soggetti nei cui confronti è più grave il rischio della « fuga » di programmi<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Secondo una recente dottrina (PASTORE S., *La tutela giuridica ecc.*, cit., p. 86) « la riproduzione e/o la messa in commercio dell'opera dell'ingegno *software* (*software piracy*) » può configurare l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 1 legge 29 luglio 1981, n. 406, che prevede la reclusione da tre mesi a tre anni per « chiunque abusivamente riproduce a fini di lucro, con qualsiasi procedimento di duplicazione o di riproduzione, dischi, nastri o supporti analoghi, ovvero, pur non essendo concorso nella riproduzione, li pone in commercio, li detiene per la vendita o li introduce a fini di lucro nel territorio dello Stato ».

L'interpretazione, ovviamente, si basa su un'estensione della nozione di « supporti analoghi », che comprenderebbe il *corpus mechanicum* dell'opera dell'ingegno *software*. Tale impostazione — condivisa da Pret. Napoli 5 febbraio 1985, Sez. I pen. e Pret. Napoli 25 febbraio 1985, Sez. III pen.; contro, però, sempre Pret. Napoli Sez. VI pen., 7 giugno 1985, in *Riv. dir. ind.*, 1986, pp. 69-70 — suscita perplessità, a meno che non si voglia applicare una norma penale « purché sia » per colpire la pirateria informatica. Infatti, quando si parla di prodotti « fonografici » ci si riferisce ovviamente al risultato di un'attività di registrazione di suoni, che, se abusiva, la legge n. 406 intende sanzionare qualunque sia il supporto su cui venga effettuata. L'argomento che la normativa sia stata applicata in qualche caso di commercio di videocassette illegali non ha gran pregio: infatti, da un lato le opere cinematografiche sono espressamente tutelate dalla legge sul diritto d'autore (al cui oggetto chiaramente si riferisce la legge n. 406), dall'altro, privilegiando nel film l'aspetto « sonoro » — ma, a nostro avviso non senza forzature — possono farsi rientrare le videocassette tra i prodotti fonografici. Altrettanto, però, non può avvenire per il *software*: infatti, anche volendo assimilare i *floppy disks* ai « supporti analoghi » (a dischi e nastri) di cui all'art. 1 legge n. 406, bisognerebbe sempre dimostrare che i programmi ivi contenuti siano opere dell'ingegno (riferibili *de plano* ad una — o più — delle categorie tutelate dalla legge sul diritto d'autore), ed in particolare che consistano in emissioni di suoni. Forse ciò potrebbe valere per i *videogames* — anche se sempre nel dubbio dell'estensione analogica dell'incriminazione — ma non certo per gli altri programmi applicativi.

<sup>19</sup> Analogamente, QUINTERNO G., *La tutela giuridica del software: applicabilità dei principi ed istituti giuridici generali*, in *Telematica e diritto*, 1986, p. 417..



Per quanto concerne l'applicabilità degli artt. 473, 474 e 517 cod. pen., va preliminarmente considerato che, secondo l'opinione tradizionale, gli artt. 473 e 474 cod. pen. avrebbero la funzione di tutelare la fede pubblica dalle offese ad essa arrecate dalla circolazione di marchi contraffatti o alterati; mentre l'art. 517 cod. pen. sarebbe invece volto alla tutela della massa dei consumatori dal pericolo di frode e d'infedeltà nell'esecuzione del negozio, per quanto riguarda il genere, la specie, la qualità dei prodotti in commercio.

Comunque, ai fini dell'interpretazione di tutte le fattispecie considerate (compreso l'art. 515 cod. pen.), è opinione consolidata che, tramite la contraffazione o alterazione dei segni distintivi, si debba ingenerare nel consumatore effettiva confusione circa la provenienza e paternità dei prodotti. Da ciò consegue che anche il ricorso alle norme in esame non esaurisce le esigenze di tutela del *software* — anche se residuano

limitate possibilità applicative<sup>20</sup> — in quanto, com'è stato esattamente notato, « qualora i plagari utilizzino segni distintivi differenti da quelli del produttore originario, dato che il programma non presenta di per sé forme esterne, non può essere ingenerata nel pubblico degli utenti quella confusione che rende ipotizzabili le succitate norme »<sup>21</sup>.

FRANCESCA MINERVA

---

<sup>20</sup> Cfr. Pret. Padova 15 dicembre 1983, in questa *Rivista*, 1985, p. 728 ss., con nota di A. FIGONE, cit., in cui si ravvisa la sussistenza del reato di cui all'art. 517 cod. pen. in un caso di imitazione servile di videogiochi. Il Pretore ha riconosciuto la possibilità di sviamento della clientela determinata dall'adozione, da parte degli imitatori del videogioco, di una denominazione del prodotto molto simile a quella dell'originale (« Millepiedi » anziché « Centipede »).

<sup>21</sup> CORBUCCI S., *I computer crimes, con particolare riferimento all'illecita riproduzione di programmi per elaboratore elettronico di dati*, in *Riv. polizia*, 1985, p. 82.