

GIANFRANCO D'AIETTI

IL DECRETO LEGISLATIVO 29 DICEMBRE 1992 N. 518 ED IL SUO INSERIMENTO NELLA DIFESA DELLE OPERE D'INGEGNO. LA TUTELA GIUDIZIARIA CIVILE E PENALE.

Sommario

1. Il decreto delegato e la direttiva comunitaria - 2. La tutela giudiziaria assicurata in passato - 3. Il software come « opera d'ingegno » - 4. La tutela per concorrenza sleale - 5. La tutela contrattuale - 6. La norma penale preesistente - 7. La nuova norma penale a tutela del software - 8. Lo scopo di lucro - 9. Lo « scopo commerciale » - 10. La detenzione per « scopo commerciale » e « per la commercializzazione ». Discrasie legislative. - 11. La nozione di scopo commerciale - 12. Le sanzioni - 13. Il delitto di ricettazione - 14. Interventi attuati a tutela del software - 15. Differenze di tecniche di intervento contro la pirateria video e quella del software.

1. IL DECRETO DELEGATO E LA DIRETTIVA COMUNITARIA.

Appena poche ore prima della mezzanotte del 1° gennaio 1993 (termine ultimo imposto dalla Comunità Europea) l'Italia si è adeguata alla Direttiva comunitaria 91/250 del 14 maggio 1991 sulla protezione che gli Stati membri devono assicurare ai programmi per elaboratori.

Il metodo legislativo seguito è stato insolitamente rapido ed efficiente (legge delega del 19 dicembre 1992 n. 489 seguita, appena dopo 10 giorni, dal decreto legislativo n. 518 del 29 dicembre, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31) ma i risultati sono stati, in parte, deludenti e tali da creare alcune ombre di incertezza e di confusione (soprattutto sulla portata della tutela civile) con rischi di dichiarazione di illegittimità costituzionale (per violazione dei criteri della delega, che non appare essere stata adeguatamente rispettata).

2. LA TUTELA GIUDIZIARIA ASSICURATA IN PASSATO.

In Italia, negli anni scorsi, malgrado la palese assenza di una normativa specifica, è stata, comunque, realizzata una tutela giudiziaria del software attraverso l'utilizzo, da parte della magistratura, della applicazione « analogica » della disciplina sul diritto d'autore.

Dopo le prime incerte pronunzie del 1982-83 (di fronte al fenomeno nuovo dei videogiochi si pensò di tutelarli quasi come se fossero « cartoni animati ») la magistratura si è indirizzata verso il riconoscimento del software, in quanto tale, come « opera dell'ingegno ».

In sostanza, in mancanza di norme espresse, la lacuna della legge è stata, difatti, colmata dai giudici utilizzando (in via « analogica », ossia attraverso lo strumento della interpretazione) la disciplina per tutela del diritto d'autore. La normativa (risalente al 1941 e con ben 206 articoli con relativo regolamento) era nata per tutelare da copie abusive e contraffazioni le c.d. opere di ingegno (opere letterarie, musicali, teatrali, cinematografiche, di scultura, pittura ed anche fotografiche). La sua utilizzazione è stata, comunque, limitata dalla magistratura al solo aspetto civile (sequestro del software contraffatto, divieto di commercializzazione, risarcimento del danno e pubblicazione della sentenza).

Era stata, invece, esclusa dai giudici di merito (nella quasi totalità dei casi: Pretore Bologna 24 aprile 1986, Benedetti e pretore Monza 26 luglio 1985, Crespi) la possibilità di configurare la infrazione come « reato », con la conseguente impossibilità di applicare le sanzioni penali (multa, e per i casi più gravi anche la reclusione) previste dalla stessa legge sul diritto d'autore. L'esclusione della sanzione penale era giustificata dal fatto che la applicazione « analogica » di una norma è sempre possibile nel settore civile, ma è vietata nel campo penale, dove, invece, è obbligatoria (per la certezza dei rapporti) la espressa previsione dei comportamenti sanzionati.

Una poco meditata sentenza della Corte di Cassazione in senso contrario (Cass. 24 novembre 1986, Pompa) non aveva avuto ulteriore seguito.

Tale tutela in via civile era assicurata in concreto, però, solo a quei produttori di software che avessero avuto una struttura organizzativa sufficientemente robusta, tale da riuscire a rilevare le notizie delle abusive duplicazioni, di procurarsi le prove (sia pure sommarie: in alcuni casi ottenute attraverso « agenti provocatori ») e di chiedere l'intervento del magistrato (civile) attraverso una struttura legale (studi legali specializzati e periti); si è trattato, in genere, di operazioni alquanto complesse e di costo non indifferente, utilizzate, per lo più, da grandi produttori di software interessati a mettere in atto « azioni dimostrative ».

3. IL SOFTWARE COME « OPERA D'INGEGNO »

La novità del decreto delegato, entrato in vigore il 15 gennaio 1993, consiste nell'aver inquadrato i programmi per elaboratore nelle « opere di ingegno » e, soprattutto, nella previsione esplicita della sanzione penale per talune ipotesi di abusiva duplicazione dei programmi per elaboratore.

La legge (il decreto delegato ha forza di legge a tutti gli effetti) inquadra i programmi per elaboratore come opera dell'ingegno, quale creazione intellettuale dell'autore ed inserisce tale « opera » nell'elenco delle opere espressamente protette (vengono, però, esclusi dalla tutela le « idee ed i principi » che stanno alla base dei programmi e le « interfacce »).

Va notato che la tutela assicurata dal diritto d'autore riguarda essenzialmente la « forma » in cui è realizzata l'opera software, mentre non tutela la « idea » ed i « contenuti » che possono essere liberamente riutilizzati da altri produttori, purché utilizzino un'altra forma « espressiva », che non sia un semplice « camuffamento » dell'opera (precedente) tutelata in base alla sua anteriorità (che va adeguatamente provata).

La tutela comprende per l'autore (o per il titolare dei diritti economici di sfruttamento) il diritto esclusivo della riproduzione « permanente o temporanea, parziale o totale ». Il programma non può assolutamente essere riprodotto se non nei limiti specifici in cui l'autore lo ha previsto e consentito.

Di conseguenza, al di là dell'ovvio divieto della duplicazione fisica del programma (su floppy o su altro supporto o elaboratore, salvo il diritto alla copia di riserva) sono vietate altresì anche le riproduzioni temporanee (« il caricamento e la esecuzione ») del programma.

Il riferimento è, con tutta evidenza, fatto alle « reti » di computers, nelle quali potrebbe essere registrato su disco (il server) una sola copia del programma, ma tale copia sia « caricabile » contemporaneamente su più stazioni della rete. L'utilizzo in rete di un programma per cui non sia prevista tale modalità di utilizzazione è vietata proprio per il divieto di caricare in memoria il programma contemporaneamente da più stazioni di lavoro. È evidente che la sola installazione su un server non costituisce, di per sé, violazione delle norme sul diritto d'autore, in quanto per aversi violazione occorre una duplicazione non autorizzata e, quindi, un uso effettivo da parte di più utilizzatori contemporaneamente.

Tuttavia il produttore del software può imporre nelle sue « condizioni generali » (che devono essere messe a conoscenza effettiva dell'utente) che il software non sia utilizzato in una rete e che la installazione in rete sia ammissibile solo per un software espressamente utilizzabile in tale modalità. In tal caso la sola installazione di un software non autorizzato costituisce violazione contrattuale.

Nella tecnologia della gestione delle reti sono stati introdotti, recentemente, alcuni strumenti che permettono di controllare, in maniera centralizzata da parte del controllo amministrativo, l'accesso delle stazioni di lavoro ad un certo programma e di impedirne la utilizzazione contemporanea da parte di più di un certo numero massimo di utenti.

La nuova normativa autorizza i terzi alla analisi profonda della struttura del programma (il c.d. disassemblamento, con alcune forme di cautela) al fine esclusivo di poter attuare la «interoperabilità» del programma con altri programmi (da dizione di tale norma appare complessa e contorta e comporterà, di sicuro, seri problemi interpretativi).

4. LA TUTELA PER CONCORRENZA SLEALE

Una ulteriore forma giudiziaria di protezione è stata assicurata anche attraverso l'utilizzo dell'azione di divieto di «concorrenza sleale». La «concorrenza sleale» può essere configurata solo tra imprese commerciali che operano in regime di concorrenza nel medesimo settore (art. 2568 cod. civ.). Sono esplicitamente vietati:

- 1) «l'utilizzo di segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o segni distintivi legittimamente usati da altri»;
- 2) «la imitazione servile dei prodotti di un concorrente»;
- 3) «l'attività diretta a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente».

Questa forma di tutela giudiziaria riguarda i rapporti tra produttori o distributori di software ed è stata utilizzata in diversi casi per contrastare la distribuzione commerciale di un software sostanzialmente simile a quello già prodotto da altri, e del quale costituiva una forma di contraffazione (nonostante alcune marginali modifiche).

Tale tutela non riguarda, quindi, la «duplicazione abusiva» da parte degli utenti finali, ma bensì quelle forme di efficace «camuffamento» del software in precedenza prodotto da altri.

Si tratta di una tutela destinata soprattutto ai piccoli produttori di software, che possono contrastare nuovi concorrenti (spesso dipendenti infedeli in possesso dei listati dei programmi «sorgenti») attraverso un accorto uso dell'azione di concorrenza sleale che appare utile ed efficace in tutti quei casi in cui, pur non riuscendosi a dimostrare un vero e proprio plagio del software, si possa dimostrare, comunque, una simiglianza dei prodotti tale da poterla considerare una forma di «imitazione servile o «parassitaria».

5. LA TUTELA CONTRATTUALE

Una forma di tutela che non ha subito sostanziali mutamenti dopo l'entrata in vigore della legge è quella assicurata dalle regole derivanti dagli accordi contrattuali.

Va subito evidenziato che per «accordi contrattuali» si intendono sia quelli approvati per iscritto, sia quelli, pur non approvati per iscritto, derivanti dalle condizioni generali del contratto

predisposte da una della parti che l'altra parte sia stata messa in grado di conoscere utilizzando una normale diligenza.

Gli accordi per iscritto possono prevedere una serie di clausole; tra queste quelle che prevedono vantaggi particolarmente « intensi » (limitazioni di responsabilità, limitazione ad effettuare contestazioni e limiti alla libertà contrattuale) a favore della parte che le ha predisposte debbono essere approvate « specificamente » per iscritto (in pratica la c.d. doppia firma, mentre non ha assolutamente la medesima efficacia lo « strappo » del software sigillato che può, semplicemente, rendere operative le « clausole generali » del contratto). Appare evidente che un accordo per iscritto si può avere solo in quei casi in cui il contratto sia stato stipulato in seguito ad apposite trattative (il più delle volte per la fornitura di un software personalizzato) oppure in quei casi in cui, pur trattandosi di « software pacchettizzato » l'acquirente abbia spedito al produttore la scheda di registrazione, sottoscrivendo specificamente le clausole contrattuali ivi contenute.

La tutela contrattuale comporta che, nei confronti dell'acquirente inadempiente (perché abbia indebitamente messo in circolazione il software in violazione delle norme del contratto) può essere esercitata una azione di inadempimento; il produttore dovrà solo dimostrare l'inadempimento, mentre a carico dell'acquirente resta l'onere di dimostrare che non vi sia stata da parte sua né colpa né dolo.

Appare ovvio che l'azione contrattuale potrà esercitarsi solo in presenza di una prova che il software venduto ad un certo cliente sia stato copiato. La prova potrà essere raggiunta attraverso la utilizzazione del numero seriale del pacchetto (che di solito è crittografato e non facilmente alterabile) che riconduce all'utente che abbia acquistato il « pacchetto » e che si sia anche registrato presso il produttore.

6. LA NORMA PENALE PREESISTENTE

La novità più rilevante della legge è, comunque, la previsione di una specifica sanzione penale; tale sanzione sta già comportando in Italia una profonda di comportamenti di duplicazione abusiva, ormai abituali tra gli utilizzatori di programmi.

Le sanzioni penali sono previste da due articoli: l'art. 171 ed il 171-bis.

L'art. 171 della legge sul diritto d'autore è in vigore fin dal 1942; nella sua versione originale sanziona (con la sola multa: da lire 100.000 a lire 4 milioni) una serie di comportamenti che costituiscono violazione del diritto d'autore. Alcune delle previsioni della norma incriminatrice sono strettamente collegate con le manifestazioni strettamente artistiche e non possono essere ap-

plicate al settore del software. L'art. 171 stesso è stato modificato dal decreto legislativo in esame premettendo le parole « salvo quanto previsto dall'art. 171-bis ». La spiegazione di tale modifica è la seguente: nel settore del software i comportamenti vietati sono quelli più specifici dell'art. 171; la norma dell'art. 171 viene in giuoco solo per le ipotesi « residuali », ovvero per quelle condotte non previste specificamente dell'art. 171-bis. (l'art. 171 è stato riconosciuto dalla Corte di Cassazione come norma penale tuttora operante, sulla quale non ha inciso la c.d. depenalizzazione della L. 689/81)

L'art. 171, per quel che può interessare, punisce i seguenti comportamenti:

1) riproduzione e diffusione, di un'opera altrui; tale ipotesi è indipendente da qualsiasi fine di lucro o scopo commerciale e punisce la semplice riproduzione o diffusione di un'opera altrui (al di fuori delle ipotesi che lo consentono) da parte di chiunque ed indipendentemente dal fine. La vendita o la messa in commercio (pure previste dalla norma generale) non vengono prese in considerazione in quanto previste dalla norma speciale dell'art. 171-bis.

2) riproduzione di un numero di esemplari ... maggiori di quello che aveva diritto di riprodurre; si tratta della ipotesi del distributore autorizzato alla riproduzione che, abusivamente, ne riproduca un numero superiore.

7. LA NUOVA NORMA PENALE A TUTELA DEL SOFTWARE

L'art. 171 bis è stato introdotto per sanzionare (in modo notevolmente più grave di quanto previsto dalla norma generale penale dell'art. 171) taluni comportamenti correlati con l'utilizzo abusivo del software. Ovviamente non tutte le violazioni dei diritti esclusivi sono sanzionate penalmente.

I comportamenti sanzionati consistono nella:

- duplicazione abusiva di programmi per elaboratore;
- importazione di copie non autorizzate (con conoscenza del fatto che si tratti di copie non autorizzate o, comunque, se tale conoscenza doveva esservi con la normale diligenza);
- distribuzione di copie non autorizzate;
- vendita di copie non autorizzate;
- detenzione a scopo commerciale di copie non autorizzate;
- concessione in locazione di copie non autorizzate.

La pena prevista è quella detentiva (si tratta di un delitto) della reclusione da tre mesi a tre anni. Va notato che, anche nella determinazione delle sanzioni penali, vi è stata una discrasia tra la legge delega ed il decreto legislativo. La legge delega prevedeva sanzioni pecuniarie da un minimo di un milione di multa fino ad un massimo di 10 milioni; nel decreto legislativo i limiti sono, rispettivamente di multa da 500.000 lire fino ad un mas-

simo di 6 milioni. Anche il tal caso la divergenza tra le misure delle sanzioni dovrebbe dar luogo ad un giudizio di costituzionalità per la valutazione del rispetto della delega legislativa.

8. LO SCOPO DI LUCRO

Perché si incorra nella sanzione penale dell'art. 171-bis, occorre, comunque, che tutti i comportamenti sopra indicati siano realizzati con lo scopo di lucro.

La nozione di scopo di lucro (che è più specifica e ristretta della nozione di «scopo di profitto», la quale può riguardare anche aspetti di vantaggio non patrimoniali) è stata analizzata dai giudici per altri reati (in particolare nel gioco d'azzardo) ed è stata individuata in tutti quei casi in cui il fine dell'agente è quello di percepire un vantaggio di tipo patrimoniale.

Vanno escluse le ipotesi in cui il vantaggio si concreta in semplice tornaconto generico, utile per l'agente, ma non tale da poter essere ricondotto al concetto di vantaggio patrimoniale immediato.

Va, comunque, ravvisato il «profitto» non solo quando è la condotta è diretta a percepire un guadagno pecuniario «immediato» a anche in quelle ipotesi in cui la finalità dell'agente è volta ad un «risparmio» di una spesa di denaro. In un recente caso lo «scopo di lucro» è stato individuato nella semplice finalità di incremento delle vendite di una rivista periodica.

Va escluso lo scopo di lucro nei casi in cui si duplichi un programma per darne una copia ad un amico ovvero se si distribuiscono attraverso una rete telematica ad accesso gratuito. Tali comportamenti, tuttavia, vanno considerati comunque «illeciti» (art. 161) e sono assoggettabili alle sanzioni civili (sequestro delle copie abusive, risarcimento danni) e, secondo una interpretazione che appare accettabile, anche alla sanzione penale (sola la pena pecuniaria) prevista dall'art. 171.

9. LO «SCOPO COMMERCIALE».

La duplicazione abusiva è punita penalmente, basta che ricorra il fine di lucro.

Per talune ipotesi previste dall'art. 171-bis non sorgono particolari problemi: l'importazione, la distribuzione, la vendita e la concessione in locazione.

Notevoli problemi, invece, si presentano per la «detenzione a scopo commerciale» di copie di programmi non autorizzate. Va subito notato che, dal punto di vista della «frequenza» dei casi che si incontreranno nella esperienza giudiziaria la semplice «detenzione» abusiva sarà l'ipotesi più consueta e quella in cui più

agevolmente sarà ottenuta, nel corso delle indagini della polizia giudiziaria, la prova in via processuale e, di conseguenza, sorgerranno le questioni relative alla configurazione del « fine di lucro » e lo « scopo commerciale ».

10. LA DETENZIONE PER « SCOPO COMMERCIALE » E « PER LA COMMERCIALIZZAZIONE ». DISCRASIE LEGISLATIVE.

Il legislatore italiano, nel recepimento della disciplina comunitaria ha commesso una serie di gravi errori di tecnica legislativa che, sicuramente, avranno serie ripercussioni nella fase applicativa della disciplina.

Gli errori di tecnica normativa (più di uno) in cui si è incorso (a parte quelli della misura della sanzione penale di cui si dirà appresso) sono relativi proprio all'aspetto più delicato della disciplina.

La terminologia utilizzata nella direttiva della Comunità Europea, nella versione inglese, con riferimento alla detenzione abusiva dei programmi software ed alla possibilità che le legislazioni degli Stati adottino « appropriate misure » (al di là di quelle civiliistiche sulla tutela del diritto d'autore), utilizza l'espressione « the possession for commercial purposes ». L'espressione originaria comprende (nella lingua inglese) una vasta categoria di attività comunque collegate con la produzione e compravendita di beni e servizi.

La traduzione italiana della direttiva comunitaria 91/250/CEE del 14 maggio 1991 porta la espressione « detenzione per scopo commerciale » (art. 7 lettera b), in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 17 maggio 1991).

Nella legge del 19 dicembre 1991 n. 489, all'art. 7 (recante la delega al governo per l'attuazione della Direttiva comunitaria) la espressione originaria della Direttiva, senza alcuna spiegabile ragione, viene profondamente modificata in quanto viene adoperata la diversa espressione « detenzione per la commercializzazione ». Si comprende bene che tale condotta appare estremamente più riduttiva della espressione originale, in quanto la nozione di « commercializzazione » è ricollegata ad un'attività economica in cui l'oggetto è la « messa in commercio » nei confronti di terzi dei programmi nell'ambito di una attività volta alla loro diffusione sul mercato.

Nel Decreto Legislativo del 29 dicembre 1992 n. 519 il legislatore all'art. 10 (che ha introdotto la norma penale dell'art. 171-bis della Legge sul diritto d'autore) ha nuovamente modificato la portata della espressione, ritornando alla primigenia formulazione della Direttiva comunitaria e prevedendo la sanzione penale per le ipotesi di « detenzione a scopo commerciale » (che, come si ritiene, abbraccia anche la detenzione per un uso « in-

terno », nell'ambito di una attività imprenditoriale caratterizzata da uno scopo commerciale).

La divergenza tra le tre versioni dei testi normativi prospetta un serio problema di interpretazione e di coordinamento.

Le soluzioni da adottare possono essere quattro:

1) se si ravvisasse la esistenza di una insanabile divergenza tra la legge delega ed il decreto delegato, con la prospettazione di una questione di costituzionalità dell'art. 10 del D.Leg. 29.12.1992 per violazione della delega legislativa, sorgerebbe una questione di legittimità costituzionale la stessa andrebbe rimessa alla Corte Costituzionale.

2) si può, invece, ritenere (in via interpretativa) che la divergenza terminologica utilizzata non comporti una divergenza sostanziale, omologando le due nozioni (di « detenere a scopo commerciale » e « detenere per la commercializzazione »). In tal caso sembrerebbe imporsi una nozione (trattandosi di interpretazione di norma penale) più restrittiva e dovrebbe privilegiarsi la nozione di « detenere per la commercializzazione », che escluderebbe, quindi, dalla sanzione penale l'ipotesi di detenzione non qualificata dalla intenzione di mettere sul mercato (« commercializzare ») le copie contraffatte; la soluzione contrasterebbe però con il principio espresso dalla Direttiva comunitaria.

3) si potrebbe ritenere, (sempre in via interpretativa) che il recepimento della terminologia comunitaria impone direttamente di interpretare le norme nazionali alla luce dei principi della normativa comunitaria. In tal caso la interpretazione dei giudici nazionali dovrà uniformarsi ai principi espressi dalla direttive stesse (intese come principi di diritto sopranazionale).

4) si potrebbe ritenere, infine, in via giurisdizionale, che la divergenza delle espressioni legislative non comporti una questione di legittimità costituzionale interna all'ordinamento nazionale, ma che, comunque, si imponga una interpretazione della conformità della portata della norma nazionale a quella comunitaria, con la rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee che ne indichi la corretta interpretazione.

11. LA NOZIONE DI « SCOPO COMMERCIALE »

La nozione contenuta nel decreto delegato di « scopo commerciale » contenuta nel decreto legislativo 518/92 va, quindi, opportunamente interpretata per poterne valutare la effettiva portata ed impostare, così, le questioni di compatibilità con la legge delegante e la Direttiva Comunitaria.

Secondo taluni dei primi commentatori la detenzione a « scopo commerciale » avrebbe una nozione amplissima, contrapponendosi a quella « senza scopo di lucro » ed essendo complementare

alla nozione di « uso personale ». La soluzione, tuttavia, non appare condivisibile in quanto in tal modo (scriminando solo l'uso personale) si attuerebbe una interpretazione troppo estensiva, contraria ai principi del diritto penale.

Sul lato opposto si potrebbe definire lo « scopo commerciale » in senso restrittivo, come sinonimo di « detenere per farne commercio ». Tale soluzione non appare, però, convincente in quanto il legislatore nazionale allorquando ha voluto indicare tale tipo di detenzione (finalizzata alla vendita o, comunque, ad una attività di messa in commercio nei confronti di terzi) ha utilizzato la espressione più tecnica di « detenere per la vendita » (vedi la legge 29 luglio 1981 n. 406 in tema di duplicazione abusiva di dischi e nastri fonografici) o « detenere per farne commercializzazione ».

Si ritiene, quindi, di dover proporre una linea interpretativa intermedia che, trattandosi di una norma penale, eviti una ampiezza eccessiva della nozione, ma, comunque, rimanga in linea con lo spirito della Direttiva. La soluzione proposta è nel senso che per « scopo commerciale » vada intesa ogni attività riconducibile alla nozione di « impresa commerciale » quale elaborata dalla dottrina commercial-civilistica; sono tali tutte le imprese indicate nell'art. 2195 cod. civ. (imprese industriali, di intermediazione di beni, di trasporto, bancarie, assicurative e quelle ausiliarie delle precedenti).

In tale interpretazione andrebbero incluse tutte le società commerciali (salvo la società semplice agricola); vanno escluse, invece, anche coloro che esercitano le attività « professionali » autonome e gli enti (pubblici e privati) che non rientrano nella nozione di impresa commerciale.

Rientrerebbe, quindi, nella condotta penalmente sanzionata la detenzione di programmi duplicati abusivamente, nell'ambito di una impresa commerciale che lo utilizzi per fini « interni », purché tali fini rientrino dell'esercizio dell'attività imprenditoriale che è favorita dall'utilizzo del programma, con la consapevolezza (il dolo) di voler utilizzare il programma risparmiando sul relativo costo (« lo scopo di lucro » deve essere, sempre, presente nell'agente).

Va notato che la esclusione del reato per la « detenzione » nell'ambito di attività non definibile « con scopo commerciale », non esclude la sussistenza del delitto nel caso di attività di « duplicazione abusiva »; infatti la « duplicazione abusiva » è punita, comunque, in presenza del « fine di lucro ». Di conseguenza sarà assoggettabile a responsabilità penale anche il professionista o l'amministratore pubblico che abbia direttamente duplicato abusivamente programmi (o coscientemente consentito che si attuasce una duplicazione abusiva di programmi) nell'ambito dell'ufficio professionale o pubblico di cui sia il titolare o responsabile. È evidente che la duplicazione, per rientrare nelle norme penali, deve essere caratterizzata dal fine di lucro. In tal caso il

fine di lucro va ravvisato nel risparmio di denaro che viene realizzato dal professionista; il fine di lucro potrebbe essere ravvisato (ma vi sono notevoli dubbi in proposito) anche nell'ambito di una abusiva duplicazione nell'ambito di un Ente pubblico in forza della considerazione che il software duplicato sia effettivamente utilizzato nell'ambito della attività istituzionale dell'Ente.

12. LE SANZIONI

L'art. 171 nella vecchia formulazione (nella parte applicabile alle opere software) prevede la sola multa da lire 100.000 a lire 4.000.000.

L'art. 171-bis prevede la pena delle reclusione da 3 mesi a 3 anni e la multa da lire 500.000 a lire 6.000.000. Vi è una ipotesi aggravata (pena nel minimo di sei mesi di reclusione e multa minima di L. 1.000.000) se il fatto è « di rilevante gravità » oppure se il programma originale era stato distribuito con i contrassegni (facoltativi) della S.I.A.E.

Il reato è procedibile di ufficio, per cui in presenza di una semplice denuncia dell'interessato (che non avrà bisogno della assistenza di un legale) potranno aversi perquisizioni di polizia, sequestri penali, ed indagini della procura della repubblica (il reato rientra nella competenza del pretore). Il reato, in considerazione delle pene previste, non consente l'arresto in flagranza né la emissione di provvedimenti di custodia cautelare.

13. IL DELITTO DI RICETTAZIONE.

La legge sul diritto d'autore non accenna ad un'altra conseguenza penale che, però, è strettamente ricollegata. L'art. 648 del codice penale prevede il reato di ricettazione che consiste nel ricevere o occultare, a fini di profitto, denaro o cose provenienti (consapevolmente) da un qualsiasi delitto. La pena, per tale reato, è molto più grave (reclusione con il minimo di due anni ad un massimo di otto). La Corte di Cassazione ha affermato in più di una occasione la configurabilità del delitto di ricettazione nei confronti di acquirenti di prodotti fonografici o cinematografici abusivamente riprodotti (Cass. 8 giugno 1983, Colucci; Cass. 13 novembre 1986, Brancaccio).

Appare, però, davvero poco razionale ed in contrasto con il disvalore sociale corrente che sia punito con pena molto più grave chi acquista (ricettandolo) un dischetto duplicato abusivamente, piuttosto di chi abbia tolto le protezioni del programma, lo abbia duplicato e, poi, venduto. Paradossalmente apparirà più « conveniente » per il colpevole confessare di aver duplicato lui direttamente il software al fine di non incorrere nelle pene più gravi.

Appare evidente che proprio l'effetto deterrente delle sanzioni penali abbia comportato nel corso del 1993 una massiccia « regolarizzazione » (il fenomeno è già stato rilevato da tutti gli operatori commerciali del ramo) da parte di tutti quei soggetti per i quali il rischio della sanzione penale appare sproporzionato rispetto ai vantaggi della utilizzazione di software non acquisito regolarmente.

14. INTERVENTI ATTUATI A TUTELA DEL SOFTWARE.

I primi interventi di polizia giudiziaria sono avvenuti nel luglio 1993. A Torino la Guardia di Finanza ha scoperto un traffico commerciale di floppy disks abusivamente duplicati. (La Stampa, 1.7.93) È stata incriminata una persona ed il sequestro ha riguardato circa 20.000 dischetti per un valore commerciale di circa 2 miliardi (200 milioni sul mercato clandestino). Qualche settimana dopo a Firenze (Sole 24 Ore del 28.7.93) i Carabinieri hanno messo a segno un'operazione molto più rilevante: ben 240.000 (duecentoquarantamila) floppy sono stati sequestrati ed otto persone denunciate. L'organizzazione era gestita da alcune piccole aziende di informatica che diffondevano per posta i programmi duplicati avvalendosi dei canali pubblicitari dei piccoli annunci delle riviste di informatica. Recentemente in Sicilia è stato stroncato un traffico di software illecitamente duplicato la cui distribuzione avveniva capillarmente attraverso rivendite di giornali. Nel maggio 1994 si è avuta una inchiesta giudiziaria nei confronti di una « rete » di computer amatoriale (la FIDONET) con perquisizioni e sequestri presso alcuni « nodi » della rete che consentiva la distribuzione di software illecitamente duplicato.

15. DIFFERENZE DI TECNICHE DI INTERVENTO CONTRO LA PIRATERIA VIDEO E QUELLA DEL SOFTWARE.

Le tecniche operative di indagini per la repressione del fenomeno della video-pirateria, sono, ormai, abbastanza collaudate.

Non vi sono, invece, che delle sporadiche (anche se significative) esperienze nelle modalità di intervento contro la duplicazione abusiva del software.

Le due forme di pirateria presentano molte differenze strutturali, su talune delle quali appare opportuno soffermarsi.

— *Il valore commerciale dell'opera riprodotta*

Una prima profonda differenza va ravvisata nell'elemento « valore » dell'opera riprodotta.

Nella video-pirateria il valore della singola cassetta originale VHS si aggira tra le 20.000 e le 40.000 lire ed ha un volume di circa 480 cm cubi.

Nella medesima volumetria sono contenuti ben 14 floppy disk che, in genere, caratterizzano un programma di alta complessità, di valore di mercato che si aggira su un milione di lire ed oltre.

Il rapporto di volume-valore è di 1:33, con l'evidente vantaggio operativo a favore del pirata del software.

Per tener conto del valore globale dei fenomeni si deve considerare il parco delle apparecchiature installate. In Italia vi sono circa 7 milioni di video-registratori, con un fatturato di videocassette di circa 1000 miliardi di lire annue ed un giro illegale stimato nel 35-40% del mercato, per un valore di circa 400 miliardi (stima ANICA). Il parco dei personal computers in Italia è, invece, di circa 3.500.000 macchine, con un fatturato per software di circa 61 miliardi (nel 1992, esclusi i sistemi operativi) ed un giro illegale stimato pari ad un valore corrispondente a circa 880 miliardi (stima BSA).

— *Tecniche di duplicazione abusive.*

L'abusiva duplicazione dei floppy disks avviene in tempi estremamente più brevi e con strumentazione abbastanza economica. Sempre per continuare l'esempio preso in considerazione, 14 floppy vengono duplicati, in maniera manuale, in poco più di 20 minuti; in pratica ogni utente finale è in grado di effettuare una duplicazione di ottima qualità. La duplicazione nel settore delle video-cassette, invece abbisogna di strumentazione abbastanza ingombrante ed i tempi sono estremamente più lunghi, essendo collegati alla lunghezza dell'opera riprodotta.

— *Reperibilità della versione originale*

Nell'esperienza italiana gran peso nella duplicazione abusiva del software è ricollegato alla mancanza di sensibilità del «disvalore sociale» da parte dell'utente «regolare» che spesso consente, senza troppi scrupoli, che i propri floppy (originali) vengano duplicati; l'aumento dei controlli da parte degli utenti costituisce una notevole remora alla facile disponibilità del software più moderno. Va, inoltre, considerato che proprio la «perfetta» qualità della copia del software riprodotto abusivamente costituisce la più profonda differenza nei «risultati» rispetto al fenomeno della pirateria delle video-cassette; in quest'ultimo caso, infatti, un elemento di dissuasione all'allargamento del «giro» di duplicazioni è rappresentato proprio dalla scadente qualità media dei prodotti abusivi che impedisce la diffusività a cascata della duplicazione.

— *Modalità di intervento contro l'utente finale.*

Nell'esperienza giudiziaria la tutela del software si è finora realizzata, in maniera sporadica ma «esemplare», attraverso azioni di descrizione e sequestro effettuate «a sorpresa» nei confronti di importanti complessi aziendali che utilizzavano software duplicato abusivamente quali «utenti finali».

La tecnica di «blitz» effettuata con l'intervento formale dell'ufficiale giudiziario, ma sotto le concrete direttive tecniche del

consulente di ufficio assistito da agguerriti consulenti di parte, ha avuto di mira, con una certa frequenza, complessi aziendali medio grandi, le cui capacità di difesa, di fronte ad un intervento di accertamento, erano molto ridotte. Effettuare una irruzione in un complesso aziendale, infatti, è una operazione relativamente semplice. I computers sono immediatamente individuabili e l'accesso alle loro memorie di massa di non complessa attuazione. L'elemento che rende gli interventi particolarmente facili è rappresentato proprio dalle dimensioni del complesso aziendale.

Da un lato le grandi dimensioni lasciano prevedere risultati più « corposi » ed appaiono particolarmente efficaci per l'effetto deterrente che ingenerano (effetto di « esemplarità »). Dall'altro permette una vasta operazione unitaria su un elevato numero di computers nei confronti di un soggetto che, per la inevitabile struttura aziendale, non può non utilizzare tali computers in strutture palesi e senza serie possibilità di operare nascostamente sul software duplicato abusivamente.

Situazione profondamente diversa si presenta nel settore della duplicazione abusiva delle opere cinematografiche.

In tale campo l'utente finale « tipo » non è mai rappresentato da una grossa struttura aziendale, ma è, in genere, l'utilizzatore nell'ambito familiare, nei cui confronti appare praticamente impossibile effettuare alcun intervento sanzionatorio di tipo civilistico.

L'anello finale della catena, il consumatore finale è, in pratica, individuabile e perseguibile solo nel momento dell'acquisto. A suo carico potrebbe essere anche configurato il delitto di ricettazione (anche se, nella pratica, una tale imputazione finora risulta contestata poco frequentemente).