

RAFFAELLA RINALDI

LA TUTELA DEL SOFTWARE NEL D.LGS. N. 518/1992

1. PREMESSA.

La *vexata quaestio* sulla protezione giuridica dei programmi per elaboratore sembra essere stata risolta una seconda volta con il recente intervento del legislatore di cui al d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518¹.

In prima battuta, la III Sezione della Cassazione, con la ben nota sentenza del 26 novembre 1986², confermava la soluzione adottata da una parte della giurisprudenza di merito, secondo cui il *software* è suscettibile di protezione (anche penale) ai sensi della legge sul diritto d'autore. In questo modo veniva data una risposta all'esigenza di prevenire e, comunque, di disincentivare attraverso un efficace sistema sanzionatorio il fenomeno, diffuso ormai da tempo anche in Italia, dell'illecita riproduzione e contraffazione del *software*, e ciò anche in considerazione della fondamentale importanza che il progresso tecnologico ha nello sviluppo industriale interno e della Comunità, nonché della rilevanza dei programmi per elaboratore nell'economia di mercato.

¹ In *G.U.* 31 dicembre 1992, n. 306 - *suppl. ord.* n. 138.

² In questa *Rivista*, 1987, p. 693 e in *Foro it.*, 1987, II, p. 296, con nota di R. PARDOLESI. Precedentemente, la questione era stata affrontata e risolta in modo contrastante. In senso negativo, cfr., per le prime decisioni sull'argomento che riguardavano per lo più *videogames*, Pret. Torino (ord.), 25 maggio 1982, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 114; Pret. Milano, 1 giugno 1982, in *Foro it.*, 1983, II, c. 389, con nota di Paganelli; Id. 19 aprile 1983, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 66 con nota di PAGANELLI; Id., 19 giugno 1983, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, 66 con nota di FRANCESCHELLI;

Pret. Napoli, 5 febbraio 1985; 25 febbraio 1985 e 6 giugno 1985, in *Riv. dir. ind.*, 1986, II, 69; quest'ultima sentenza veniva poi riformata da Cass., Sez. III, 24 novembre 1986, cit.; Pret. Bologna, 24 aprile 1986, in *Foro it.*, 1986, II, c. 515. In senso contrario, a favore dell'applicabilità al *software* della legge sul diritto d'autore, per la prima volta, la nota Pret. Pisa (ord.), 11 aprile 1984, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Diritti d'autore*, n. 36, seguita a breve termine da Pret. Genova (ord.), 3 maggio 1985, in *Telematica e diritto*, 1986, II, 461. Dopo la sentenza della Cass., Sez. III, 24 novembre 1986, cit., la giurisprudenza di merito si è uniformata all'orientamento della Suprema Corte.

Con questo primo intervento della giurisprudenza, quindi, si risolveva anche la questione, sorta inizialmente in una prospettiva *de iure condendo*³, sulla forma di tutela da riconoscere al *software* che, in quanto creazione intellettuale, poteva in astratto essere disciplinato o dalla legge sul brevetto oppure da quella riservata alle opere dell'ingegno, di cui alla legge sul diritto d'autore.

D'altra parte, sin dall'inizio, la seconda soluzione appariva in un certo senso una scelta obbligata per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, infatti, la tutela del brevetto risultava *de iure condito* inapplicabile al *software* per l'espreso divieto ex art. 12, lett. b), r.d. 29 giugno 1939, n. 1127⁴, e, comunque, per la sostanziale inadeguatezza della stessa, stante la natura onerosa (nonché costitutiva) delle formalità da espletare e i criteri assai restrittivi a cui la legge subordina il riconoscimento del monopolio brevettuale⁵.

In secondo luogo, non si poteva non tenere conto dell'esigenza sempre manifestata anche dalla Comunità economica Europea, di assicurare una tutela giuridica omogenea fra i vari Stati membri⁶ in materia dei diritti di proprietà intellettuale, al fine di evi-

³ Tra i sostenitori della tutela brevettuale, cfr., per tutti, G. FLORIDA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in A. MARTINO, *Regime giuridico del software*, Firenze, 1988, 57. V. anche dottrina richiamata nella nota seguente.

⁴ L'art. 12, cit., che a seguito della modifica di cui all'art. 7, d.P.R. 22 giugno 1979, n. 338, espressamente esclude, dall'ambito di applicazione della normativa in parola, i programmi per elaboratori ed elaboratori. Certo è, che l'esistenza di detto divieto dimostra e conferma la natura brevettuale dei programmi per elaboratore. Sulla natura sostanziale di invenzione, cfr. anche il mio scritto, *La tutela penale del software fra interpretazione estensiva e integrazione analogica*, in questa *Rivista*, 1987, p. 1058 ss.

Nonostante l'espreso divieto, in dottrina c'era stato comunque il tentativo di ammettere la brevettabilità del *software*: cfr., per tutti, G. GHIDINI, *I programmi per computers tra brevetto e diritto d'autore*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, p. 265 e R. BORRUSO, *L'« algoritmo per computer » e la sua brevettabilità*, in questa *Rivista*, 1987, p. 75, che hanno ipotizzato la brevettabilità delle « invenzioni di programma », particolari componenti dello stesso che costituirebbero applicazione di principi scientifici e regole matematiche di carattere specifico ed idonee a produrre immediati risultati di or-

dine pratico, o dello stesso algoritmo di soluzione. Anche se con diverse argomentazioni, la brevettabilità del *software* è stata sostenuta anche da C. CIAMPI, *Il problema della proteggibilità del software nell'ordinamento giuridico italiano e straniero*, in *Informatica e dir.*, 1983, p. 122.

⁵ Infatti, se da una parte le forti tasse da pagare per assicurarsi la tutela avrebbero spinto molte case di *software* a rinunciare ai propri diritti di esclusiva, dall'altra, il tipo di protezione brevettuale non sarebbe stato capace di ricomprendere quei programmi che, pur risultando privi delle caratteristiche tecniche dell'invenzione o, comunque, non raggiungendo il livello di inventività richiesto dalla legge, comportano notevoli investimenti. Questo limite della tutela brevettuale risultava pertanto in contrasto con l'esigenza di fondo, diretta a favorire lo sviluppo tecnologico nel settore dell'informatica, che aveva portato alla ricerca di una forma di tutela giuridica del *software*.

⁶ Tra gli Stati membri, la scelta del diritto d'autore per i programmi per elaboratore è adottata: nella Repubblica Federale Tedesca con legge 24 giugno 1985, in Francia con legge 3 luglio 1985; nel Regno Unito con legge 16 luglio 1985, *Copyright Computer Software Amendment Act*; in Spagna con la recente legge 11 novembre 1987; è in corso di preparazione in Irlanda, Portogallo, Belgio, Lussemburgo, Danimarca e

tare quelle differenze normative che avrebbero potuto produrre effetti negativi sul funzionamento del mercato comune dei programmi per elaboratore⁷.

Nonostante queste esigenze, la scelta del diritto d'autore non andava esente da critiche, almeno per quanto riguardava l'applicabilità delle norme penali agli atti di riproduzione e utilizzazione non autorizzata del *software*. Infatti, l'estensione *de iure condido* della suddetta disciplina ai programmi per elaboratore, che per le loro caratteristiche e funzioni male si adattano ad essere assimilati ad una delle predeterminate e tassative categorie delle opere dell'ingegno, di cui all'art. 1, legge n. 633/1991, faceva supporre un'integrazione analogica della legge in esame vietata nel diritto penale⁸.

La legge in commento, pertanto, interviene quando ormai si era consolidato l'orientamento favorevole a ritenere applicabile al *software* la tutela sul diritto d'autore, sulla base di un'interpretazione evolutiva ed estensiva della normativa in parola.

D'altra parte, un intervento *ad hoc* del legislatore che assicurasse la tutela penale del *software* poteva considerarsi ugualmente opportuno per meglio adattare la disciplina della legge sul diritto d'autore alla nuova fenomenologia, e ciò in considerazione della tecnica di formulazione delle norme penali di cui agli artt. 171 ss., legge n. 633/1991, fortemente improntata al metodo casistico con alto coefficiente di analiticità⁹, oltre che ai fini di un più esatto adeguamento della pena alle fattispecie di *computer crimes*. Comunque, l'intervento legislativo *de quo* conferma, da una parte, la soluzione adottata con qualche dubbio dalla giurisprudenza, dall'altra, il carattere tassativo delle norme di cui agli artt. 1 e 2, legge n. 633/1991¹⁰.

Olanda. Ma la scelta del diritto d'autore è stata anche diffusamente adottata in molti ordinamenti propri dei Paesi extraeuropei più industrializzati, come negli Stati Uniti e in Giappone. Sulla normativa straniera, in materia di tutela penale del *software*, cfr. R. FOGLIA, *La direttiva CEE sulla tutela del software*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 307, spec. c. 310 ss.

⁷ È evidente, infatti, che non prevenire e scongiurare il pericolo di copie a basso costo di programmi che richiedono ingenti investimenti, disincentiverebbe le case produttrici di *software* a utilizzare risorse finanziarie, umane e tecniche, che impongono di praticare al prodotto finito alti prezzi, rallentando, così, il progresso tecnologico in questo settore. Questa esigenza è stata alla base del c.d. libro bianco sul «completamento del mercato interno» *Com./85, 310 def.*, punto 149, e del successivo libro verde sul diritto d'autore presen-

tato il 1° novembre 1988, *Comm./88, 172 def.*, che ha portato all'adozione, da ultimo, della direttiva del 14 maggio 1991, n. 250, in *G.U. CEE*, 17 maggio 1991, L 122.

⁸ M. PIZZUTELLI, *Il software come opera protetta dal diritto d'autore*, in *Quad. giur. d'impresa*, 1989, p. 213, spec. 225; e il mio scritto, sopra cit. Sulla difficoltà di assimilare i programmi per elaboratore alle opere letterarie è affrontato, con specifico riferimento al *firmware* (cioè, al programma di base residente nell'*hardware*), da R. PARDOLESI, *Software di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevetuale?*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 3133, in nota a Pret. Roma (ord.), 4 luglio 1988, *ivi*, p. 3132.

⁹ Sul punto, cfr., per tutti, P. SIRACUSANO, voce *Diritto d'autore (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, vol. IV, p. 10, spec. p. 12, con nota di richiami.

¹⁰ Anche in altra passata occasione, la conferma del carattere tassativo delle

2. IL SOFTWARE COME OPERA LETTERARIA.

In virtù dell'art. 1, d.lgs. n. 518/1992, il *software* si inserisce ufficialmente tra le opere dell'ingegno tutelate con la legge sul diritto d'autore, le cui categorie risultano individuate dall'art. 1 della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Più precisamente, i programmi per elaboratore vengono protetti « come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna »¹¹.

L'espressione usata dal legislatore fa pensare più che ad un mero rinvio nei confronti della tutela propria delle opere letterarie, ad una sorta di assimilazione del *software* a questa categoria di opere dell'ingegno. Detta assimilazione, pertanto, trovando ora la sua fonte nella legge, sembra escludere che in concreto esista tra i due tipi di creazioni intellettuali quella similitudine, ravvisata in sede interpretativa da dottrina e giurisprudenza, che aveva consentito già in precedenza di estendere ai programmi per elaboratore la tutela anche penale delle opere letterarie¹².

La nozione di « opere letterarie » ricomprende « tutte le produzioni nel campo letterario ed artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione »¹³.

L'ampiezza di questa definizione, se da una parte aveva aiutato la giurisprudenza in passato a ricondurre in via interpretativa il *software* nell'ambito delle opere scientifiche, dall'altra non aveva permesso di superare tutte le difficoltà sorte in quella sede, né tantomeno quelle sul diverso destinatario del programma per elaboratore rispetto all'opera letteraria¹⁴.

3. L'OGGETTO DELLA TUTELA.

L'oggetto della tutela viene individuato dagli artt. 1 e 2, d.lgs. n. 518/1992. Manca, tuttavia, sia in questa sede che nella direttiva

norme è avvenuta dal legislatore: quando si è sentita la necessità di applicare la normativa sul diritto d'autore ai programmi televisivi, si è ritenuto di dover ampliare l'ambito di efficacia della legge con una norma *ad hoc*, l'art. 3, d.P.R. 14 maggio 1974, n. 490, che ha espressamente stabilito che i diritti relativi all'emissione radiofonica di cui all'art. 79, legge n. 633/1941, si estendono anche alla televisione.

¹¹ V., appunto, art. 1, d.lgs. cit.

¹² Infatti, giurisprudenza e dottrina, assimilando il *software* alle opere scientifiche, lo inserivano in sostanza nella categoria delle opere letterarie, in considerazione del fatto che le prime non assumono nell'ambito della legge n. 633/1941 una autonoma rilevanza, ma rappresentano un *genus* appartenente alla categoria delle ope-

re letterarie, richiamata dall'art. 1, legge n. 633/1941.

¹³ Art. 2, Convenzione di Berna, resa esecutiva in Italia con legge 20 giugno 1978, n. 399, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914, riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971*, con allegato, in *Suppl. ord. alla G.U.*, n. 214, del 2 agosto 1978, e in *Lex*, 1978, I, p. 1626 ss..

¹⁴ Infatti, mentre le istruzioni e i dati contenuti nel primo sono diretti alla macchina (*computer*) la quale, dopo averli letti, li elabora per dare una risposta all'utente, l'opera letteraria si rivolge esclusivamente, oltre che direttamente, all'uomo.

CEE n. 250/1991, una qualsiasi definizione di programma per elaboratore. Tale omissione, d'altra parte, non può che essere intenzionale, essendo qualsiasi precisazione sulla nozione *de qua* destinata ad essere entro breve tempo superata dal continuo evolversi delle tecnologie nel settore dell'informatica.

In sintonia con il richiamo alla definizione di opere letterarie, di cui alla Convenzione di Berna, il d.lgs. n. 518/1992, all'art. 2, tutela i programmi per elaboratore « in qualsiasi forma espressi ». È pertanto evidente, in primo luogo, che vengono ricompresi nella tutela anche i programmi incorporati nell'*hardware* e ciò in sintonia con quanto premesso nella direttiva CEE in attuazione¹⁵.

La norma da ultimo richiamata, inoltre, precisa che « il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso ». In questo modo è possibile risolvere dubbi interpretativi che si erano presentati in passato, permettendo di tutelare tutte le forme di *software*, sia quello applicativo, finalizzato alla soluzione di specifici problemi dell'utente e svincolato da una particolare configurazione dell'*hardware*, sia quello operativo, diretto a far funzionare la macchina in modo generico che pertanto, in quanto destinato ad operare con altre componenti di un sistema informatico, deve presentare interfacce interoperabili e pertanto deve essere concepito in stretta connessione con altri sistemi.

A questo proposito, per consentire l'interconnessione e l'interazione logica e materiale del *software* con altri programmi, il d.lgs. n. 518/1992 liberalizza l'attività diretta alla decompilazione, disciplinandone inderogabilmente i limiti e le modalità, e ciò conformemente a quanto previsto dalla direttiva in attuazione¹⁶.

Inoltre, la formulazione della norma consente di ricomprendere nell'ambito della normativa *de qua* anche i materiali di progettazione e quelli preparatori, nonché le parti di programma incorporate nell'*hardware* ed i manuali d'uso, se contengono parti sostanziali di programma¹⁷.

¹⁵ Nella premessa della direttiva CEE n. 250/1991 si ricomprende espressamente questo tipo di programma nell'ambito della tutela.

¹⁶ V. infra, art. 5, d.lgs. n. 518/1992. In passato, il problema della tutelabilità dei programmi per elaboratore aveva interessato soprattutto il *software* applicativo: cfr., sul punto, per tutti, G. FLORIDIA, *La protezione giuridica del software*, in *Corr. giur.*, 1986, p. 209.

¹⁷ Già in passato la giurisprudenza tendeva ad includere nella tutela del diritto d'autore, oltre ai programmi per elaboratore,

i relativi manuali d'uso: v. Pret. Milano (ord.), 2 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2669 ss., che espressamente riconosce il carattere di opera dell'ingegno ai manuali d'uso di un *personal computer*; precedentemente si erano pronunciati anche Pret. Pisa (ord.), 11 aprile 1984, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Diritti d'autore*, nn. 36-38 e Pret. Torino, 6 agosto 1987, *ivi*, Rep. 1988, voce cit., n. 61: entrambi avevano però affrontato direttamente il problema della tutelabilità del *software*, interessandosi solo di riflesso a quella dei relativi manuali.

La protezione è comunque espressamente subordinata all'esistenza del requisito dell'«originalità» del programma, che, come è subito precisato dalla norma, richiede che lo stesso sia il risultato della creazione intellettuale dell'autore. D'altra parte, inteso in questo senso, la mancanza di detto requisito non consentirebbe neppure di parlare di «creazione» intellettuale.

La soglia della proteggibilità del *software* è comunque rappresentata dal requisito della originalità dello stesso e, in mancanza di obiettivi elementi indicati nella legge, i criteri tornano ad essere quelli precedentemente formulati dalla giurisprudenza, che individua la creatività negli «apporti nuovi nel campo informatico», nelle «soluzioni originali ai problemi di elaborazione dei dati» e nella programmazione più efficiente di «determinati contenuti di idee», «seppure in misura appena apprezzabile»¹⁸.

Infine, non poteva non escludersi l'applicabilità della presente legge alle idee e ai principi che stanno alla base di un qualsiasi elemento di programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Le idee e i principi di un programma esulano, infatti, dall'ambito di applicazione della legge sul diritto d'autore, che protegge, infatti, solo l'espressione formale dell'idea, mentre il rispettivo contenuto trova protezione nella concorrente tutela brevettuale.

4. TITOLARITÀ DEL DIRITTO DI ESCLUSIVA E DURATA.

Il contenuto della tutela è senza dubbio quello riservato alle opere dell'ingegno. Né, d'altra parte, poteva essere diversamente in considerazione del fatto che la disciplina in commento non ha rilevanza autonoma, ma integra la legge sul diritto d'autore.

Unica eccezione a quanto ora affermato è rappresentata dall'art. 3, d.lgs. n. 518/1992. Infatti, questa norma prevede che quando il programma è creato dal lavoratore nello svolgimento di un rapporto di lavoro subordinato, i diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera spettano al datore di lavoro e non, invece, all'autore materiale della creazione, salvo diverso accordo tra le parti. In questo modo, riproducendo pedissequamente il contenuto dell'art. 23, legge 29 giugno 1939, n. 1127, in materia di brevetti, si introduce una norma che è assolutamente estranea alla disciplina delle opere dell'ingegno, dove titolare dei diritti patrimoniali e autore della creazione coincidono con l'esecutore materiale dell'opera. La tutela, quindi, viene in concreto fornita a colui a cui appartiene e che predispone l'investimento di capitale

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 24 novembre 1986, in questa *Rivista*, 1987, p. 693, cit., che fissa criteri ancora oggi attuali su cui valutare la soggettiva originalità dei pro-

grammi. Sul requisito *de quo*, come soglia di protezione del *software*, cfr., per tutti, R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 297.

per mezzo del quale si realizza la creazione del programma, che, nel caso di specie, è appunto il datore di lavoro. Né, d'altra parte, poteva essere diversamente, dal momento che l'esigenza di fondo che ha portato anche in sede comunitaria a prevedere la tutela del *software*, come già accennato all'inizio, è appunto quella di proteggere gli investimenti di risorse umane, tecniche e finanziarie al fine di incentivare il progresso tecnologico della Comunità europea e dei singoli Stati.

Per il resto, la titolarità dei diritti di esclusiva spetta alla persona fisica o al gruppo di persone fisiche che ha creato il programma, e ciò in conformità a quanto disciplinato dalla legge sul diritto d'autore e dalla direttiva CEE n. 250/1991.

Anche per i programmi per elaboratore, la durata dell'esclusiva è prevista per tutta la vita dell'autore e comunque fino a 50 anni dopo la sua morte o la morte dell'ultimo coautore oppure, nel caso di opere anonime o pseudonime, dopo la prima legittima pubblicazione del programma. A questo proposito, infatti, il successivo art. 4, d.lgs. n. 518/1992, rinvia agli artt. 22 ss., legge n. 633/1941, limitandosi a precisare che il termine *de quo* comincia a decorrere dal 1° gennaio successivo a quello in cui si è verificato uno degli eventi sopra menzionati (morte dell'autore o dell'ultimo coautore o, negli altri casi, legittima pubblicazione dell'opera).

Non si può non rilevare, a questo proposito, l'eccessiva ridondanza del termine di durata dei diritti di utilizzazione economica previsto per il *software*: il legislatore, in questo caso, non ha tenuto conto che la rapidità del progresso tecnologico non consente ad un programma per elaboratore, diversamente dalle altre opere dell'ingegno, di rimanere nel mercato per un periodo superiore a dieci, quindici anni, al massimo. Sarebbe stato quindi più opportuno prevedere un termine assai più breve¹⁹.

5. CONTENUTO DELLA TUTELA.

Il d.lgs. n. 518/1992, all'art. 5, introduce nell'ambito della sezione riservata alle « opere registrate su apparecchi meccanici », e precisamente dopo l'art. 64 della legge n. 633/1941, tre norme che delimitano il contenuto della tutela dei programmi per elaboratore.

La privativa riconosciuta dalla legge consiste nel diritto di esercitare in via esclusiva, ovvero autorizzare, determinate attività che sono, stando all'elencazione di cui alla norma in commento: la riproduzione, la traduzione, l'adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione del programma, ed infine qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, tra cui è espressamente previ-

¹⁹ V. R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 297.

sta la locazione del programma o di copie di esso. Queste attività sono in sostanza da ricondurre al diritto di utilizzazione economica, alla riproduzione, diffusione e modificazione, di cui fanno menzione gli artt. 12 ss., legge n. 633/1941.

Più precisamente, la riproduzione è sempre vietata, a prescindere dal mezzo con cui viene eseguita e dalla forma utilizzata. Deve, inoltre, essere autorizzata anche una riproduzione parziale. In quest'ultimo caso, come è ovvio, anche la parte del programma copiata deve presentare un grado di creatività sufficiente per costituire di per sé un'opera: diversamente, saremo fuori dall'oggetto di tutela della presente normativa e pertanto la riproduzione non potrebbe essere vietata.

Rientrano in questa attività e sono, al pari di queste, illegittime se non autorizzate, anche operazioni diverse, quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione e la memorizzazione del programma, quando queste richiedono una riproduzione dello stesso. Ne consegue che è vietata sia l'attività che porta alla creazione di una copia materiale del programma, sia la duplicazione dello stesso nell'ambito dei procedimenti interni dell'elaboratore, che è solo una riproduzione temporanea del *software* in quanto viene meno qualora l'elaboratore è spento. Solo in questo modo, d'altra parte, è possibile tutelare, oltre all'autore del programma contro qualsiasi riproduzione illegittima della sua creazione, anche l'intera collettività dal pericolo di adattamenti, distruzioni e alterazioni non autorizzate per scopo di lucro o per fini politici, e comunque prevenire il rischio di qualsiasi forma di penetrazione²⁰.

Merita infine un cenno l'attività di distribuzione al pubblico, che è espressamente vietata in « qualsiasi forma » venga posta in essere (art. 5, lett. c). È pertanto evidente che debba ritenersi ricompresa nel divieto la distribuzione in *leasing* e in licenza, la vendita, la locazione, di cui fa espressa menzione la norma, nonché la distribuzione gratuita di copie di programma.

Da ultimo, l'art. 5 sancisce l'esaurimento del diritto di controllare la distribuzione del programma per elaboratore qualora, per iniziativa del titolare o con il consenso di questo, lo stesso venga venduto nell'ambito comunitario. Non c'è alcun esaurimento del diritto, invece, nel caso in cui il titolare si limiti a cederlo in locazione. In questa seconda ipotesi, infatti, continua a sussistere l'interesse del titolare al controllo della distribuzione del *software*, proprio perché la locazione consentirebbe all'utente di duplicare in casa, con una modica spesa, programmi per elaboratore assai costosi, risparmiando così sul prezzo di acquisto.

²⁰ Sul punto, v. i lavori preparatori della direttiva CEE n. 250/1991, su cui si sofferma R. FOGLIA, *La direttiva CEE sul-*

la tutela del software, in *Foro it.*, 1991, IV, p. 307 ss., spec. p. 316.

6. (*Segue*) ECCEZIONI AL DIRITTO DI ESCLUSIVA, USO PRIVATO E DECOMPILAZIONE.

Il d.lgs. n. 518/1992 prevede, inoltre, dei limiti ai diritti di esclusiva del titolare del programma.

La nuova normativa ammette, infatti, che siano consentite senza autorizzazione le attività di riproduzione (art. 5, lett. *a*), nonché quelle di traduzione, adattamento, trasformazione e ogni altra modificazione del programma (art. 5, lett. *b*), a cui aggiunge ora solo la correzione di errori, qualora le stesse siano poste in essere dal legittimo acquirente e siano comunque necessarie per l'uso a cui il programma è destinato.

Questa prima serie di eccezioni al diritto di esclusiva è comunque derogabile dalle parti. Ne consegue, pertanto, che gli interessi dell'utente rischiano di essere schiacciati da pratiche contrattuali vessatorie.

Sempre l'art. 5, d.lgs. n. 518/1992, ammette, poi, la possibilità di fare una copia del programma per uso privato, a condizione, però, che la stessa sia necessaria al legittimo utilizzatore del programma, come nel caso in cui, ad esempio, si volesse scongiurare il pericolo di perderne il contenuto a seguito di cancellazione fortuita dello stesso (c.d. copia *black-up*).

È inoltre ammessa la possibilità di osservare, studiare, sperimentare il funzionamento del programma durante l'esecuzione di atti di visualizzazione, trasmissione e memorizzazione del programma, necessari per il suo uso e consentiti dalla licenza, e ciò soltanto allo scopo di studiare più approfonditamente il funzionamento del programma.

Da ultimo, viene consentito, come già accennato, e fatte salve alcune limitazioni, l'attività di decompilazione di un programma (c.d. *reserve engineering*). La persona legittimata ad usare una copia del programma può quindi trarre le informazioni necessarie ai fini dell'interoperabilità del programma (ma solo queste), a condizione però che le stesse non siano diversamente disponibili. D'altra parte, non è neppure consentito utilizzare per altri scopi le informazioni così assunte.

Le limitazioni poste dalla legge a questo riguardo mirano, ancora una volta, a prevenire il pericolo dell'illecita riproduzione del *software*, insito nelle attività strumentali alla decompilazione del programma, e ciò a garanzia del normale e legittimo impiego dello stesso.

Questa soluzione, pertanto, consente di ritenere che tra la posizione di chi, appartenendo soprattutto agli ambienti imprenditoriali, si è sempre mostrato ostile ad ogni forma di libertà di decompilazione e quella dei sostenitori di un sistema aperto, improntato sulla libera concorrenza, favorevoli alla diffusione delle conoscenze nel mondo delle tecnologie informatiche, ha finito per prevalere la seconda.

Sia la realizzazione della copia privata che lo studio del programma, sia infine, la decompilazione, sono attività che il legittimo utilizzatore del programma può sempre compiere, essendo per legge nullo qualsiasi accordo contrattuale in deroga.

7. LA REGISTRAZIONE PRESSO LA SIAE E LA TUTELA CIVILE.

Anche per la tutela del *software*, come per le altre opere dell'ingegno, la legge prevede un meccanismo di registrazione presso la SIAE.

L'art. 7, d.lgs. n. 518/1992, sancisce, inoltre, che la registrazione è facoltativa e onerosa. La facoltatività, come è ovvio, consente di affermare che anche per i programmi per elaboratore, la registrazione non ha natura costitutiva, bensì meramente probatoria: come rileva la relazione introduttiva alla legge in commento, la stessa ha valore di presunzione semplice dell'esistenza del diritto di privativa, e ciò in conformità ai principi vigenti in materia, secondo cui la fonte dei diritti di esclusiva è rappresentata dalla creazione dell'opera e non, invece, dall'espletamento delle formalità richieste dalla legge, come accade per le invenzioni.

Da ultimo, l'art. 8, d.lgs. n. 518/1992, estende le norme relative ai mezzi di difesa e alle sanzioni civili anche ai comportamenti lesivi del diritto di utilizzazione economica del *software*, quale la messa in circolazione in qualsiasi modo e la detenzione per scopi commerciali sia di copie non autorizzate di programmi per elaboratore, sia di qualsiasi altro mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'esclusione funzionale dei dispositivi applicati a protezione del programma.

Il primo comportamento che viene in rilievo (« messa in circolazione ») ricomprende tutte le forme di distribuzione del programma, dalla vendita alla cessione gratuita dello stesso.

La detenzione, invece, rileva quando la copia non autorizzata del programma o gli altri mezzi diretti ad eliminarne i meccanismi di protezione dello stesso, sono destinati dal detentore ad essere immessi nel mercato del *software*, e ciò a prescindere da un concreto vantaggio economico che possa derivarne, e comunque dall'effettivo conseguimento di detto fine. La detenzione, quindi, è vietata (e sottoposta a sanzione civile) quando è finalizzata ad attività come la vendita, la locazione, la licenza in *leasing* del programma. Tra queste vi rientra anche la distribuzione gratuita, che può rappresentare una forma di diffusione del prodotto in grado di ledere i diritti patrimoniali del titolare dell'esclusiva, al pari delle altre condotte.

Resta, invece, esclusa dal divieto, come già rilevato (v., sopra, par. 6), la detenzione di copia fatta dal legittimo utilizzatore del programma e finalizzata a soddisfare esigenze in qualche modo

inerenti all'uso dello stesso, in virtù di quanto espressamente disposto dall'art. 5, d.lgs. n. 518/1992.

Quando la copia entra in possesso di una persona diversa dal legittimo utilizzatore del programma, se la riproduzione è stata eseguita da quest'ultimo e ne viene fatto dal terzo un uso personale (ad esempio, viene usata per esigenze di lavoro), si deve ugualmente escludere che la mera detenzione sia soggetta a sanzione civile, in quanto, nel caso di specie, mancherebbe lo scopo commerciale richiesto dall'art. 8, d.lgs. n. 518/1992.

8.1. LA TUTELA PENALE DEL SOFTWARE SECONDO LA NUOVA NORMATIVA. LA DUPLICAZIONE A SCOPO DI LUCRO.

La vera portata innovativa della legge in commento è comunque rappresentata dall'applicazione al *software* delle difese e sanzioni penali di cui alla legge n. 633/1941, ora espressamente consentita dagli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 518/1992.

I comportamenti penalmente rilevanti sono individuati dall'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, in funzione dell'uso che può essere fatto del *software* e degli interessi economici che stanno alla base dell'esigenza di tutela dello stesso. Si tratta di più fattispecie che, anche nel caso in cui tutte (o, comunque, più di una) vengano realizzate, danno luogo ad un unico reato, applicabile una sola volta²¹.

Tra questi comportamenti vietati assume rilevanza autonoma la duplicazione del programma eseguita a scopo di lucro.

Come è ovvio, si tratta di un reato di pericolo²² in cui l'anticipazione della tutela rispetto alla lesione dell'interesse protetto viene bilanciata dall'introduzione del dolo specifico.

L'ampia portata della nozione dello « scopo di lucro », pertanto, consente di ricomprendere nell'ambito applicativo della norma *de qua* non solo la condotta di chi duplica o riproduce per vendere, ma anche quella di chi, più in generale, realizza la condotta vietata per eseguire una prestazione dietro un qualsiasi compenso che sia, naturalmente, suscettibile di valutazione economica.

Ne consegue che manca lo scopo di lucro se l'intento che muove il soggetto è quello di distribuire la copia del programma gratuitamente, per amicizia o comunque per spirito di liberalità. Questo comportamento, tuttavia, è pur sempre vietato dalla legge sul diritto d'autore, ora dall'art. 5, d.lgs. n. 518/1992, che lo assog-

²¹ C.d. norma mista cumulativa o anche norma a più fattispecie. Sul problema dell'interpretazione delle norme penali miste, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, p. 444 s.

so dalla condotta *de qua* solo se a questa segue la vendita o, comunque, la diffusione del prodotto fuori dal controllo esercitabile da parte del titolare dei diritti di utilizzazione economica.

²² Infatti, l'interesse protetto viene le-

getta a sanzioni civili, ora dall'art. 171, legge n. 633/1941, che lo sottopone a sanzioni penali²³.

Diverso è il caso della duplicazione del *software* eseguita per farne un uso esclusivamente personale e privato. In questo caso, infatti, la configurabilità del reato *de quo* è subordinata alla possibilità di ricomprendere nell'ampia nozione di « scopo di lucro » anche il mero risparmio di spesa, realizzato da chi, riproducendo abusivamente un programma, evita di acquistarlo e, quindi, di pagarne il prezzo.

La questione è, comunque, destinata ad essere risolta negativamente.

In primo luogo, infatti, la giurisprudenza che si è trovata ad interpretare lo scopo di lucro richiesto in altre fattispecie penali, arriva ad escludere che tale nozione possa ricomprendere anche il caso dell'uso privato e personale della copia abusivamente riprodotta²⁴.

Questa soluzione trova, del resto, ampia conferma sia nello stesso legislatore, che ha dimostrato di voler distinguere l'uso personale dallo scopo di lucro, come risulta, proprio nell'ambito della legge sul diritto d'autore, dagli artt. 68, 69 e 71, legge n. 633/1941, a proposito dell'utilizzazione libera delle opere dell'ingegno, sia nella dottrina, che ha ritenuto « quanto ad una eventuale definizione della riproduzione per uso personale o per copia privata, che sia necessario tenere in considerazione... (*omissis*)... che la copia non venga utilizzata a scopo di lucro direttamente o per il tramite di un qualsiasi rapporto con i terzi »²⁵.

Del resto, diversamente, si dovrebbe arrivare a ricomprendere quasi sempre il fine di lucro in colui che realizza il fatto vietato dalla norma *de qua*: infatti, quale che sia l'uso specifico che si vuol fare del programma, chi lo copia si rappresenta e vuole sen-

²³ Infatti, è possibile ritenere ancora applicabile l'art. 171, legge n. 633/1941, ai fatti di abusiva riproduzione del *software*, aderendo al pregresso orientamento giurisprudenziale, di cui più volte abbiamo fatto cenno (v. nota n. 2), che aveva utilizzato la tutela penalistica offerta dalla legge sul diritto d'autore per combattere i primi fenomeni di pirateria informatica. Sull'argomento, però, come accennato sopra, la dottrina, almeno in passato, si è talvolta pronunciata in senso contrario (v. nt. n. 8).

²⁴ In questo senso, cfr., per tutti, Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 1989, Padovani, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1131, m. 939, che ha contrapposto « la riproduzione di opere cinematografiche destinate al circuito cinematografico o televisivo, effettuata ad uso esclusivamente personale e privato, senza fini di lucro », non più penalmen-

te rilevante, a quella realizzata con lo scopo di lucro, sanzionata dalla fattispecie di reato *ex art. 1*, legge 20 luglio 1985, n. 400, *Norme in materia di abusiva duplicazione, riproduzione, importazione, distribuzione e vendita, proiezione in pubblico e trasmissione di opere cinematografiche*. Ancora più recentemente, si veda anche Corte App. Milano, 4 maggio 1993, Bellasio, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2655, m. 1635, che ha nuovamente affermato che « resta dunque fuori dall'ambito applicativo della norma (sempre art. 1, legge n. 400/1985) la fruizione personale » della copia duplicata o riprodotta: v. spec. p. 2657.

²⁵ V. T. COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei*, in *Dir. aut.*, 1993, p. 1, spec. pp. 27 e 28.

senz'altro anche il risparmio di spesa che ottiene evitando di acquistare il programma al suo prezzo corrente.

Sono facilmente fuggati, da ultimo, anche i dubbi sulla rilevanza penale della c.d. duplicazione interna del programma, di cui abbiamo fatto cenno sopra. È infatti il caso di propendere per la soluzione positiva, dal momento che, oltre all'opportunità di far coincidere la condotta che necessita all'autorizzazione del titolare dell'esclusiva con i comportamenti incriminati in questa sede, nel caso di specie il legislatore ha usato proprio lo stesso termine («duplicazione»), che nella relazione alla direttiva CEE n. 250/1991 sta specificatamente ad indicare la copia del programma ottenuta nell'ambito dei procedimenti interni dell'elaboratore.

Quanto all'elemento soggettivo del reato, la fattispecie in esame non prevede che il comportamento *de quo* sia imputabile anche a titolo di colpa, né d'altra parte sarebbe in concreto immaginabile la riproduzione involontaria di un programma, realizzatasi per negligenza, imprudenza, imperizia o per inosservanza di leggi, regolamenti, discipline e ordini²⁶.

8.2. (Segue) ALTRE IPOTESI DI VIOLAZIONI DIRETTE E INDIRETTE DEI DIRITTI DI PRIVATIVA.

L'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, incrimina, inoltre, l'importazione, la distribuzione, la vendita, la detenzione a scopo commerciale e la concessione in locazione di copie dei programmi con fine di lucro, in quanto condotte direttamente lesive dell'interesse protetto.

Vengono, pertanto, in rilievo comportamenti che hanno come effetto la diffusione del programma abusivamente copiato e la fuoriuscita dello stesso dalla sfera di controllo economico del titolare dell'esclusiva.

Anche in questo caso la legge richiede il dolo specifico, rappresentato appunto dal fine di lucro; nella fattispecie della detenzione, il soggetto deve aver agito anche a scopo di commercio, cioè con l'intenzione di vendere, o comunque di diffondere in altro modo nel mercato del *software*, le copie abusive per ottenere un profitto direttamente o indirettamente economico, già insito nello scopo di lucro, di cui sopra.

Riconoscendo rilevanza penale alla fattispecie da ultimo ricordata, cioè alla semplice detenzione a scopo di vendita, il legislatore ha inteso anticipare il momento consumativo del reato,

²⁶ Comunque, l'art. 172, comma 1, legge n. 633/1941, nel prevedere ora una sanzione amministrativa (v. art. 32, legge 24 novembre 1981, n. 689) per i fatti commessi per colpa « preveduti nell'articolo prece-

dente », si riferisce solo all'art. 171, legge n. 633/1941. È da escludere, invece, l'estensione in via analogica della norma in esame anche al recente art. 171-bis, mancando nel caso di specie una lacuna *legis*.

come ha fatto anche nel caso precedentemente esaminato della duplicazione a fini di lucro, punendo una condotta di per sé inoffensiva, ove l'offesa è prevista come risultato non oggettivo, ma meramente intenzionale.

Quanto all'elemento psicologico, la legge prevede che, nei casi da ultimo esaminati, l'agente deve sapere o, almeno, avere motivo di sapere che si tratta di copie non autorizzate. Il soggetto, quindi, è ugualmente punito sia nel caso in cui ha agito con dolo, ben conoscendo l'illegittima provenienza delle copie del programma, sia nel diverso caso in cui, pur volendo la condotta vietata, non si è colposamente rappresentato il carattere abusivo delle stesse. Per quanto sia ambigua l'espressione usata per individuare il titolo di imputazione, possiamo, comunque, ritenere che nel secondo caso siamo di fronte a un reato colposo²⁷.

Alle fattispecie in parola, riconducibili a due distinti reati di uguale contenuto oggettivo, ma imputabili all'agente a titolo diverso, viene applicata la stessa sanzione penale, rappresentata dalla reclusione da tre mesi a tre anni e dalla multa da L. 500.000 a L. 6.000.000. È evidente, pertanto, che se effettivamente siamo in presenza di due fattispecie, imputabili a diverso titolo all'agente e, pertanto, di differente gravità, la sanzione penale non può non risultare palesemente sproporzionata, almeno rispetto ad una delle due ipotesi di reato. Ne consegue la manifesta inadeguatezza della pena, difficilmente eliminabile anche in sede di commisurazione della sanzione al fatto concreto da parte del giudice.

In un'ottica più ampia di prevenzione indiretta di future violazioni, il legislatore sanziona poi anche l'importanza, la distribuzione, la vendita, la detenzione a scopo commerciale o la locazione dei prodotti e strumenti diretti a eludere i dispositivi tecnici di protezione (c.d. *locks*), oggi frequentemente applicati ai programmi con lo scopo di impedirne materialmente l'abusiva riproduzione. In realtà, la facilità con cui è dato rimuovere questi congegni di protezione consente al più di ritardare l'abusiva riproduzione, assicurando qualche anno di vantaggio al nuovo prodotto, prima che il mercato sia invaso da copie a basso prezzo.

Anche a questi fatti, la norma in esame riconosce lo stesso trattamento sanzionatorio previsto per la duplicazione e diffusione di copie abusive, nonostante il diverso grado di offensività.

Nel silenzio della legge, l'elemento psicologico richiesto per i fatti di diffusione dei congegni atti a consentire la riproduzione abusiva dei programmi è rappresentato solo dal dolo²⁸.

²⁷ Infatti, l'«aver motivo di sapere» implica che il soggetto non si sia rappresentato l'abusività delle copie, anche se avrebbe potuto accertarne la liceità o meno delle stesse, e pertanto la legge gli muove rimpro-

vero per questa sua mancanza di diligenza, punendolo.

²⁸ Più precisamente, l'elemento soggettivo è rappresentato anche stavolta dal dolo specifico: la norma, comunque, non è del

9. IPOTESI AGGRAVATE DI REATO E CONCORSO DI NORME PENALI PER CONTRAFFAZIONE DI CONTRASSEGNO SIAE.

Da ultimo, l'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, prevede che la pena non sia superiore, nel minimo, a sei mesi di reclusione e a L. 1.000.000 di multa, qualora il fatto è di rilevante gravità, o qualora sul supporto del programma oggetto dell'abusiva duplicazione o diffusione di cui sopra è stato apposto un falso contrassegno SIAE.

Non ci sono dubbi che anche in questo secondo caso (abusiva utilizzazione di programmi con segno SIAE contraffatto) si tratta di fattispecie aggravata di reato e ciò in considerazione sia della collocazione unitaria, che della struttura morfologica delle ipotesi considerate.

Infatti, se fosse un'ipotesi di forma autonoma di reato, il legislatore si sarebbe preoccupato di distinguere questa fattispecie da quelle precedenti, ad esempio, inserendo un nuovo comma o utilizzando tratti distintivi, come numeri o lettere diverse sotto cui prevedere le diverse fattispecie.

Comunque, è evidente che l'innalzamento nel minimo della pena è determinato da un elemento (il contrassegno SIAE sul programma abusivo) che è del tutto accidentale rispetto all'attività fondamentale della duplicazione e della diffusione della copia di *software*, in quanto può essere aggiunto o escluso da questa senza che ciò rilevi sulla legittimità del fatto.

Esistono comunque fattispecie comuni di reato che incriminano specifiche ipotesi di falsità in contraffatti su cose e opere dell'ingegno, e pertanto presentano un nucleo di elementi costitutivi riconducibili all'ipotesi aggravata del reato di cui all'art. 10, da ultimo esaminata.

Più precisamente, si pone la possibilità di un concorso tra la fattispecie aggravata del reato in esame e l'art. 470 cod. pen.²⁹. L'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, infatti, rispetto alla norma di reato comune, è speciale per specificazione quanto all'oggetto materiale su cui cade la condotta, che nel primo caso è rappresentato dal programma per elaboratore, mentre nel secondo caso è indicato con la formula generica di « cose ». Quanto al comportamento vietato, entrambe le norme sono tra loro speciali per aggiunta. Infatti, l'art. 10 punisce chiunque duplica, importa, distribuisce, vende, dà in locazione, o detiene per scopo commerciale il bene tutelato, restando escluso il caso di acquisto, previsto, invece, dall'art. 470 cod. pen.. Quest'ultima norma, d'altra parte, oltre a

tutto chiara, dal momento che si limita a rinviare ai fatti precedentemente individuati.

²⁹ V. art. 470, cod. pen., che punisce

chiunque « pone in vendita o acquista cose sulle quali siano le impronte contraffatte di una pubblica autenticazione o certificazione ».

punire la vendita (condotta ricompresa anche nell'altra fattispecie), e, come già detto, l'acquisto, non prevede le altre ipotesi contenute nell'art. 10, d.lgs. n. 518/1992. La norma da ultimo menzionata, infine, è speciale per aggiunta quanto al fine perseguito dall'autore del fatto, richiedendo il dolo specifico dello scopo di lucro. Quindi, l'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, è speciale per specificazione dell'oggetto materiale su cui cade la condotta e per aggiunta rispetto al fine di lucro, mentre entrambe le norme sono tra loro speciali per aggiunta quanto alla condotta. Si tratta, dunque, di una specialità reciproca o bilaterale, solo unilateralmente per aggiunta e specificazione. Trattandosi, comunque, di norme che puniscono condotte materiali in parte ontologicamente diverse, è ovvio che solo nel caso in cui le stesse coincidono (e ciò avviene quando il comportamento dell'agente si concretizza nell'attività di vendita di un programma per elaboratore) si verificherà un'ipotesi di concorso apparente, risolvibile, in virtù del principio di specialità di cui all'art. 15, disp. prel. cod. civ.³⁰, con l'applicazione dell'art. 10, d.lgs. n. 518/1992. Diversamente, si verifica un caso di concorso materiale di reati.

Infine, il comportamento di chi contraffà, altera o fa uso dei segni distintivi delle opere dell'ingegno risulta punito, ora in via autonoma dall'art. 473 cod. pen.³¹, ora, invece, come aggravante della fattispecie incriminatrice di cui alla norma in commento. La condotta direttamente punita dal reato comune rappresenta anche il mezzo per facilitare la vendita e, comunque, più in generale, il commercio dei programmi abusivamente creati, o per assicurarsi l'impunità³². Le condotte che vengono in rilievo nelle due diverse fattispecie incriminatrici sono, però, ontologicamente distinte, così come diverso è l'oggetto materiale a cui si riferiscono: nell'art. 473 cod. pen. si punisce, infatti, la contraffazione o l'alterazione dei segni distintivi delle opere dell'ingegno e il mero uso di tali marchi o segni distintivi, mentre nell'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, viene, invece, punita una specifica serie di atti di disposizione del bene su cui è avvenuta la contraffazione. Trattandosi

³⁰ Nel caso di specie, infatti, le norme sono in rapporto di interferenza della condotta penalmente rilevante. Nel rispetto del principio del *ne bis in idem*, e in mancanza di una clausola di riserva, l'art. 15 cit. indica i criteri per eliminare la situazione di incertezza sulla fattispecie di reato da applicare e al caso concreto, nell'ipotesi di concorso apparente di norme, ed indica, appunto, quello della specialità tra leggi e quello della specialità tra fattispecie. Nel caso di vendita di copie di programmi contraffatte si applica, quindi, l'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, in virtù della specialità tra leggi, che interviene qualora tra le norme che

danno luogo al concorso apparente esiste un rapporto di specialità reciproca, come accade nel caso di specie.

³¹ Più precisamente, l'art. 473, cod. pen., punisce « chiunque contraffà o altera i marchi, o segni distintivi nazionali o esteri, delle opere dell'ingegno, o dei prodotti industriali, ovvero, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali marchi o segni contraffatti o alterati ».

³² È evidente, infatti, che il contraffattore SIAE, anche se falso, consente di confondere alla copia abusiva del programma un'apparenza di legittimità, che diversamente non avrebbe.

di condotte ontologicamente diverse e non incompatibili, e mancando da parte del legislatore una direttiva nel senso dell'assorbimento della contraffazione nell'ambito dell'ipotesi aggravata di reato di cui all'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, deve valere il principio della pluralità di reati. Quindi, realizzandosi le condotte individuate dall'una e dall'altra fattispecie, ci sarà il concorso dei reati in parola³³.

10. DISCIPLINA TRANSITORIA E RAPPORTO TRA NUOVA E VECCHIA FATTISPECIE DI ABUSIVA RIPRODUZIONE E UTILIZZAZIONE DI PROGRAMMI.

Da ultimo, è fatta salva l'applicazione della presente normativa a tutti i programmi per elaboratore esistenti, anche se creati in data anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 518/1992³⁴. È ovvio, pertanto, che le attività riservate al titolare dell'esclusiva sono per il futuro quelle individuate dalla nuova normativa, salvo (come è intuitivo) sia già decorso il termine di durata della tutela³⁵, così come i fatti di duplicazione e diffusione del programma a fini di lucro, posti in essere dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 518/1992, saranno puniti alla stregua della nuova fattispecie penale. D'altra parte, questo è l'unico significato giuridicamente corretto che può essere attribuito all'art. 11, d.lgs. n. 518/1992, soprattutto per quanto riguarda la condotta penalmente sanzionata³⁶.

Si potrebbe, invece, dubitare della rilevanza penale dei fatti di abusiva duplicazione e utilizzazione dei programmi per elaboratore, commessi prima dell'entrata in vigore della nuova normativa.

In altri termini, essendo mancata, fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 518/1992, una qualsiasi norma che espressamente sanzionasse anche la duplicazione ed utilizzazione abusiva dei programmi per elaboratore, si dovrebbe concludere che si tratta, secondo una rigida interpretazione di diritto, di nuova incriminazione.

³³ Pertanto, il soggetto che provvede a contraffare il segno SIAE sul supporto del programma che ha anche abusivamente riprodotto, o comunque, colui che dopo detta contraffazione provvede a importare, distribuire, vendere, detenere a scopo commerciale o cedere in locazione il suddetto programma, è punito sia per il reato di cui all'art. 473 cod. pen., che per quello ex art. 10, d.lgs. n. 518/1992. In questo caso, però, considerando che la contraffazione del segno SIAE viene eseguita al fine di far apparire legittime le copie dei programmi da vendere, e pertanto la realizzazione dei due reati è commessa per il raggiungimento di un medesimo disegno criminoso, è possibile applicare il regime sanzionato-

rio più mite, previsto per il reato continuato. Può essere, pertanto, escluso il cumulo materiale delle pene, nonché l'aggravante di cui all'art. 61, n. 2, cod. pen.

³⁴ L'art. 11, d.lgs. cit., appunto, stabilisce che « le disposizioni della presente legge si applicano anche ai programmi creati prima della sua entrata in vigore, fatti salvi gli eventuali atti conclusi e i diritti acquisiti anteriormente a tale data ».

³⁵ Ciò che, del resto, accadrà per i programmi più vecchi. È comunque logico pensare che per questi è venuta meno qualsiasi esigenza di tutela.

³⁶ Infatti, potrebbe anche sembrare che la norma intenda applicare la nuova disciplina ai programmi abusivamente ripro-

D'altra parte, stando al pregresso orientamento della giurisprudenza, di cui sopra³⁷, che aveva ritenuto penalmente sanzionati *ex art.* 171, legge n. 633/1941, i fatti in esame, non si può non riconoscere che nel caso di specie si realizzi, invece, un'ipotesi di successione nel tempo di leggi incriminatrici.

La soluzione da ultimo menzionata trova conferma nell'art. 9, d.lgs. n. 518/1992, che inserisce all'inizio dell'art. 171, legge n. 633/1941, una clausola di riserva a favore del successivo art. 171-*bis*, introdotto dall'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, escludendo *a priori* il concorso tra le due fattispecie penali. L'esistenza della suddetta clausola presuppone, infatti, almeno in astratto, la possibilità di applicare le due norme penali in esame agli stessi fatti di duplicazione e utilizzazione abusiva dei programmi per elaboratore. Quanto ora detto, quindi, avvalorava l'interpretazione estensiva che in passato era stata data all'art. 171, legge n. 633/1941.

Infatti, sia l'oggetto materiale, sia la condotta di entrambe le fattispecie penali in considerazione possono ritenersi pressoché coincidenti. Per il primo, vale quanto già detto nei paragrafi precedenti (cfr. sopra, parr. 2 e 3). Per la condotta punita dai due reati, questa viene individuata attraverso l'indicazione di comportamenti riconducibili ora all'abusiva riproduzione del bene tutelato, ora all'utilizzazione economica e alla diffusione dello stesso³⁸.

L'inciso iniziale contenuto nell'art. 171, legge n. 633/1941 (« in qualsiasi forma »), sta inoltre a precisare che le condotte penalmente illecite di seguito individuate dalla norma, devono essere interpretate in modo elastico, cioè attribuendo loro il significato più ampio. Vengono qui in rilievo, pertanto, comportamenti³⁹ come la duplicazione, la diffusione, la vendita o messa in commercio dell'opera altrui⁴⁰, l'introduzione e messa in circolazione nello Stato di esemplari prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana.

Deve, invece, ritenersi penalmente lecita tanto la riproduzione per uso personale, essendo la suddetta condotta esclusa sia dalla

dotti (« creati ») prima dell'entrata in vigore della legge. Questa interpretazione, oltre a non trovare conferma nel tenore letterale della norma, sarebbe addirittura incostituzionale nei limiti in cui ammettesse l'applicazione retroattiva di una nuova fattispecie di reato.

³⁷ Orientamento consolidatosi con la decisione, più volte ricordata, della Cass., Sez. III, 24 dicembre 1986, cit. V. sopra, nt. n. 2.

³⁸ Per un puntuale esame delle fattispecie vietate dall'art. 171, legge n. 633/1941, v., per tutti, P. SIRACUSANO, voce *Diritto d'autore (reati in materia di)*, cit.

³⁹ Per economia del discorso, l'elencazione delle condotte indicate dall'art. 171, cit., è limitata a quelle che possono avere ad oggetto i programmi per elaboratore, escludendone così una parte consistente, tra cui, appunto, la rappresentazione, esecuzione e recitazione in pubblico, di cui alla lett. b), art. cit.

⁴⁰ Questa fattispecie presuppone, implicitamente, lo scopo di lucro, può concernere un solo esemplare e comprende anche atti meramente preparatori alla vendita, o qualsiasi forma di spaccio. Sul punto, v. P. SIRACUSANO, voce *Diritto d'autore (reati in materia di)*, cit., spec. p. 13.

fattispecie di cui all'art. 171, legge n. 633/1941, come è dato desumere dall'art. 68, legge n. 633/1941⁴¹, sia dalla nuova norma incriminatrice, come già rilevato a proposito dell'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, quanto la trasposizione di un programma in altro linguaggio di programmazione, di cui non viene fatto alcun cenno nella recente legge, e, comunque, differenziandosi sostanzialmente quest'ultimo comportamento dalla traduzione in altra lingua, di cui all'art. 18, legge n. 633/1941⁴².

Dubbi interpretativi possono, invece, sorgere a proposito della c.d. duplicazione interna del programma che, quando viene realizzata per scopo di lucro, può integrare la fattispecie punita dall'art. 10, d.lgs. n. 518/1992, come abbiamo già accennato⁴³. Infatti, la condotta *de qua* male si adatta ad essere ricompresa sia nell'attività di diffusione a distanza, dal momento che nel caso in esame il programma rimane nella macchina e sono trasmessi a distanza solo i dati risultanti dall'elaborazione, sia nell'esecuzione in pubblico, perché solo le prestazioni di elaborazione vengono utilizzate da altri, mentre il programma non è intellegibile perché convertito in linguaggio macchina. La duplicazione può, comunque, ritenersi ricompresa anche dall'art. 171, legge n. 633/1941, solo se intendiamo che detta norma abbia voluto punire qualsiasi forma di utilizzazione economica riservata all'autore dell'opera, a prescindere dalle modalità con cui si realizza, tra cui rientrano gli adattamenti, distruzioni o alterazioni non autorizzate, eseguite sul programma a scopo di lucro.

Infine, quanto all'elemento psicologico del reato, mentre la nuova fattispecie prevede, come già detto sopra, il dolo specifico, rappresentato dal fine di lucro, e, nel solo caso della detenzione, anche dallo scopo di commercio, la norma *ex art.* 171, che punisce chiunque pone in essere « a qualsiasi scopo » i fatti che seguono, richiede solo il dolo generico. Da ciò consegue che il reato da ultimo richiamato può ancora oggi ritenersi applicabile ai fatti di abusiva riproduzione e diffusione del *software* qualora nel caso concreto mancasse lo scopo di lucro richiesto dalla nuova fattispecie incriminatrice⁴⁴.

⁴¹ Sul punto, cfr. M. PIZZUTELLI, *Il software come opera protetta dal diritto d'autore*, cit., p. 225, che, tra l'altro, rileva che per i programmi sorgente soccorre l'art. 68, legge n. 633/1941, che considera libera se effettuata per uso personale e con « mezzi non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico », la riproduzione delle sole opere letterarie; per gli altri programmi, l'uso personale va considerato alla stregua delle audio e video-registrazioni domestiche, e cioè lesivo ma tollerato in quan-

to non coercibile se non a costi ingentissimi.

⁴² Sull'impossibilità di ricondurre l'ipotesi della trasposizione del programma da un linguaggio di programmazione ad un altro all'ipotesi della traduzione di cui all'art. 18, legge n. 633/1941, cfr. M. PIZZUTELLI, *op. ult. cit.*, p. 224.

⁴³ V. sopra, par. 5 e par. 8.1.

⁴⁴ Sull'applicabilità dell'art. 171, legge n. 633/1941, ai fatti di abusiva riproduzione e diffusione dei programmi per elaboratori, v. sopra, nt. n. 23.

II. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE IN MERITO ALLE CONDOTTE INCRIMINATE.

Dal quadro normativo che emerge, appare chiaro che la protezione giuridica fornita dalla recente legge ai programmi per elaboratore, limitandosi a prevenire e reprimere lo sfruttamento patrimoniale del *software*, viene apprestata in via principale e diretta soltanto ai produttori. Agli utilizzatori dei programmi non viene invece riconosciuta nessuna forma di garanzia o di assistenza.

D'altra parte, quanto sopra è assai più grave se si tiene conto della realtà in cui si inserisce la nuova legge. Infatti, considerando che in Italia, a differenza di altri paesi stranieri, come ad esempio, gli Stati Uniti, i programmi per *computers* hanno un prezzo assai alto, non accessibile a tutti gli utenti, sarebbe stato più opportuno, oltre che più giusto, controbilanciare la posizione dominante delle grandi case produttrici, assicurando un minimo di tutela, con efficacia *erga omnes*, anche agli utilizzatori di *software*. In questo modo, inoltre, si sarebbe potuto contribuire ulteriormente a disincentivare l'acquisto a basso costo di copie abusivamente create.

La situazione di questa categoria di soggetti non è, comunque, sostanzialmente cambiata rispetto a quella che si presentava in passato, quando si riteneva di poter applicare *sic et simpliciter* la legge n. 633/1941, sul diritto d'autore, ai programmi per *computers*. Pertanto, l'auspicato intervento del legislatore, nonostante il ritardo con cui si è realizzato, non sembra aver tenuto adeguatamente conto della peculiare situazione che si è andata formando in questo settore. Allo stato attuale, quindi, la normativa che regola il mercato del *software* potrebbe ritenersi ancora insoddisfacente.