

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

LA DIRETTIVA COMUNITARIA SULLA TUTELA GIURIDICA DEI PROGRAMMI PER ELABORATORE

Nel corso del 1989 le autorità Comunitarie avevano diffuso una proposta di direttiva per la protezione giuridica dei programmi per elaboratore¹. Di essa si è già dato ampio, e critico, conto in un precedente scritto², sicché sarà sufficiente qui elencarne gli aspetti salienti come espressi nell'articolato:

a) i programmi sono tutelati in base alle leggi sul diritto d'autore, equiparandoli alle opere letterarie;

b) la tutela si applica ai programmi che soddisfano il requisito dell'originalità come richiesto per le opere letterarie;

c) la tutela non si estende ai principi, alla logica, agli algoritmi e al linguaggio di programmazione, nonché alle c.d. interfacce qualora costituiti da un complesso di idee e principi;

d) i diritti spettano a chi ha creato il programma, ma se questo è realizzato nel corso di un contratto d'opera o di rapporto di lavoro subordinato essi spettano al committente o al datore di lavoro;

e) i diritti esclusivi comprendono

i. la riproduzione in qualsiasi forma, compresi il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione e la memorizzazione;

ii. l'adattamento;

iii. la distribuzione sotto qualsiasi veste giuridica, a meno che non si sia venduto il programma;

f) nel caso di commercializzazione senza accordo di licenza sottoscritto da entrambe le parti è consentita la riproduzione e l'adattamento senza l'autorizzazione del titolare, purché tale atti siano necessari all'uso del programma;

g) costituiscono violazione dei diritti esclusivi il possesso o il commercio di copie illecite da parte di chi sia al corrente o abbia motivo di sapere che si tratta di copie illecite. Costituisce altresì violazione il

* Il presente scritto è destinato agli « Studi in onore di Vittorio Frosini ».

¹ Vedila in questa *Rivista*, 1989, 613.

² V. ZENO-ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, in questa *Rivista*, 1990, 77. Si deve fin d'ora

precisare che quello scritto non aveva potuto tenere conto del coevo commento del compianto GUY VANDENBERGHE, *Copyright Protection of Computer Programs: An Unsatisfactory Proposal for a Directive*, in 1989 *EIPR*, 409 ove si esprimevano critiche del medesimo segno e altrettanto severe alla Proposta.

possesto e il commercio di prodotti volti a facilitare la rimozione dei dispositivi tecnici di protezione del programma;

h) la durata della protezione è di 50 anni dalla data di creazione.

In un documento separato si esprimevano indicazioni sulle possibili conseguenze dell'abuso di posizione dominante nel settore dei prodotti informatici con particolare riguardo alla disponibilità delle informazioni sulle c.d. interfacce che consentono di realizzare programmi compatibili con gli elaboratori.

Il progetto di direttiva veniva ampiamente discusso tra gli operatori economici, dai giuristi e dal Parlamento Europeo³. Quest'ultimo esprimeva numerose perplessità sulla portata ipermonopolistica del progetto e sulla posizione di subalternità giuridica dell'utilizzatore. I punti di maggiore contestazione emersi dal parere del P.E. consistevano in:

a) il rischio che la Direttiva finisse per tutelare le idee anziché la loro espressione in contrasto con i fondamentali principi del diritto d'autore;

b) la sottrazione all'utente persino della possibilità di caricare e visualizzare il programma, di correggere eventuali errori e di farne una copia di riserva;

c) la impossibilità per i concorrenti di studiare i programmi c.d. « residenti » e gli interfaccia al fine di produrre programmi compatibili con gli elaboratori (la c.d. procedura di *reverse engineering*).

Infatti, come era stato sottolineato dai commentatori più attenti, il progetto non solo attribuiva alle imprese dominanti la possibilità di paralizzare gli sforzi di altre imprese di realizzare programmi concorrenti, ma soprattutto confliggeva con i diritti conferiti agli utenti dalle, certo non liberali, legislazioni già introdotte nei principali paesi della Comunità.

La Commissione, destinataria di non poche pressioni da parte di taluni settori industriali, recepiva solo in parte le indicazioni del P.E., anche se gran parte dell'articolato veniva notevolmente modificato dal punto di vista formale⁴.

³ Le proposte di emendamento del Parlamento Europeo sono riportate nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* C 321 del 17 settembre 1990, p. 78.

⁴ Si v. in proposito i seguenti documenti: COM (90) 509 defin. SYN 183 del 18 ottobre 1990 contenente la proposta modificata della Direttiva redatta dalla Commissione; 9713/90 riservato PI69 del 5 novembre

1990 contenente la Relazione del Comitato dei rappresentanti permanenti al Consiglio; 10652/90 riservato PI82 dell'11 dicembre, 1990 contenente il progetto di posizione comune del consiglio. Su quest'ultimo documento v. il commento di P. PETTITI, *La proposta di Direttiva CEE sui programmi per elaboratore e la libertà di concorrenza*, in questa *Rivista*, 1991, 655.

Esaurite le varie formalità — parere del Comitato economico e sociale⁵, nuova deliberazione del P.E.⁶ — il 14 maggio 1991 veniva approvata dal Consiglio delle Comunità la « Direttiva relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore »⁷.

Essa consiste in un testo di 11 articoli, preceduto, come di consueto da una serie di « considerando » che dovrebbero essere illustrativi degli intenti della Direttiva (ma che nel caso di specie, sono spesso solo la parafrasi delle singole disposizioni).

Stante la stretta connessione logica fra le due parti converrà, nell'esposizione che segue, esaminarle congiuntamente.

A) *Le premesse d'ordine generale.*

I primi sei « considerando » sono dedicati ad illustrare le ragioni dell'iniziativa comunitaria. Essi riproducono, quasi letteralmente, quelli contenuti nella proposta, adducendo la disparità di trattamento giuridico nei vari paesi della Comunità, l'importanza delle risorse necessarie per la creazione dei programmi confrontate anche con la modestia dei costi necessari per copiarli, il ruolo della tecnologia dei programmi per lo sviluppo industriale della Comunità, il rischio che la diversità di tutela giuridica fra gli stati membri incida negativamente sul funzionamento del mercato comune, la necessità di eliminare le differenze negative e impedire che ne sorgano di nuove. La conclusione è che gli Stati membri devono attribuire ai programmi « la tutela riconosciuta dalle leggi sul diritto di autore alle opere letterarie ». Il sesto « considerando » lascia intendere che l'attuale intervento comunitario è temporaneo, e che non vengono esclusi interventi successivi più approfonditi.

B) *L'oggetto e i requisiti della tutela.*

L'art. 1 ribadisce al comma 1 quanto espresso dalla Proposta: i programmi per elaboratore sono tutelati in base al diritto d'autore come opera letteraria⁸. Aggiunge « ai sensi della Convenzione di Berna » al fine — così si afferma — di eliminare qualsiasi disparità vigente nelle singole legislazioni nazionali sui diritti d'autore. La protezione viene inoltre estesa al « materiale preparatorio per la progettazione di un programma ».

⁵ Parere 18 ottobre 1989 del Comitato Economico e Sociale in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* C 329 del 30 dicembre 1989, p. 4.

⁶ Del 14 aprile 1991 in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* C.

⁷ In *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* L 122 del 17 maggio 1991, p. 42; nonché in *Gazzetta Ufficiale*, suppl. Comunità Europee, n. 49 del 27 giugno 1991; e in questa *Rivista*, 1991, 1030. Per un suo primo

autorevole commento c. M. LEHMANN, *Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen*, in *GRUR Int.*, 1991, 327; nonché V. FRANCESCHELLI, *La Direttiva CEE sulla tutela del software. Trionfo e snaturamento del diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 1991, I, 169.

⁸ Sulla reale natura dei programmi sia consentito il rinvio a R. RISTUCCIA-V. ZENOVICH, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 1990, p. 1 ss.

Il comma 2 contiene l'affermazione della esclusione della protezione per « le idee e i principi alla base di qualsiasi elemento di un programma per elaboratore » (e cioè, secondo il 14° « considerando » alla base della logica degli algoritmi e dei linguaggi di programmazione).

Al comma 3 si ripete quanto già detto dalla Proposta e cioè che il programma è tutelato se « originale », ma viene soppresso il richiamo originario alle condizioni previste per le opere letterarie, specificando invece « ossia se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore ». Per tagliare corto ogni perplessità il comma aggiunge che « non sono presi in considerazione altri criteri ». L'ottavo « considerando » chiarisce che dunque non devono essere « valutati i meriti qualitativi o estetici ».

L'articolo è una miscela di auto-proclamazioni e di *excusationes non petita*e e di contraddizioni. Balza subito agli occhi l'attribuzione di tutela al « materiale preparatorio », ignorato dalle tradizionali e internazionali regole del diritto d'autore che prevedono quale requisito essenziale la pubblicazione dell'opera. Qui, come del resto frequentemente nel corso di tutta la Direttiva, emerge una tutela affine al segreto industriale⁹. Se si considera che in base all'art. 1, comma 1 il materiale preparatorio è considerato a tutti gli effetti « programma per elaboratore » e che il successivo art. 4 fa divieto di qualsiasi forma di riproduzione « con qualsivoglia mezzo, in qualsivoglia forma » e chiaro che l'obiettivo è quello di affermare la privativa su tutto il procedimento di realizzazione. Il che è del tutto coerente con il successivo art. 6 che inibisce, se non in casi eccezionali, la decompilazione.

Quanto all'affermazione che la protezione non si estende alle « idee e i principi » essa appare al tempo stesso ambigua e derisoria: ambigua perché con riferimento a realizzazioni tecniche quali sono i programmi è estremamente difficile distinguere quel che è « espressione » e quel che è « idea » (che differenza c'è fra l'idea di

⁹ V. J. HUET, *Le reverse engineering, ou ingénierie inverse, et l'accès aux interfaces dans la protection des logiciels en Europe: questions de droit d'auteur et de la concurrence*, in *Dalloz*, 1990, Chr. 99 (a p. 101): « Non si può volere nel contempo protezione e segreto. Giocando sui due piani si chiuderebbe troppo drasticamente la porta alla concorrenza e allo stesso tempo si uscirebbe radi-

calmente dalla logica del diritto d'autore ». Nello stesso senso S. SOLTYSINSKI, *Protection of Computer Programs: Comparative and International Aspects*, in *IIC* 1990, 1 (in part. a p. 16 ss. ove evidenziano gli effetti negativi della duplicità di protezione; e p. 26 ove sostiene che la segretezza contrasta con la Convenzione di Berna).

un algoritmo e la sua espressione?)¹⁰. Di certo non sono applicabili tradizionali criteri che da due secoli sono sperimentati nel campo delle opere artistiche protette dal diritto d'autore. Derisoria perché da un lato si afferma che le idee e i principi non sono protetti, dall'altro si tenta in tutti i modi di impedire che tali idee e principi vengano scoperti.

L'ultimo comma getta alle ortiche il parallelo con le opere letterarie che, sfiorando il ridicolo¹¹, era stato declamato nella Proposta originaria e nelle « osservazioni generali » che la precedevano¹². Per un verso, infatti, è noto che per la protezione delle opere letterarie (come del resto per quelle artistiche in generale) non è sufficiente il requisito della originalità, per altro verso è dubbio se il criterio della « originalità » come tradizionalmente applicato dalla giurisprudenza sul diritto d'autore sia trasponibile *sic et simpliciter* ad opere tecniche e funzionali quali i programmi¹³. Ovviamente l'esclusione di « altri criteri » smentisce il riferimento contenuto nel comma 1 alla Convenzione di Berna la quale prevede, appunto, la necessità che l'opera venga pubblicata¹⁴.

C) *La titolarità dei diritti.*

Gli artt. 2 e 3 sono dedicati ad individuare i soggetti titolari dei diritti sui programmi. Ad essi, stranamente non è dedicato alcun « considerando » preliminare. Eppure la Direttiva contiene una notevole innovazione rispetto alla proposta iniziale, sopprimendo la titolarità del committente il programma. È pure vero che la Proposta prevedeva comunque la clausola « salvo patto contrario », tuttavia l'assetto viene ora rovesciato rinforzando la posizione della *software*

¹⁰ Osservava G. VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 410: « Che cos'è la logica che sta alla base di un programma? Che cos'è un algoritmo? Secondo molte definizioni diffuse ogni programma per elaboratore è un algoritmo! » Raramente si era vista « tanta oscurità in così poco spazio ».

¹¹ PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *Europe des logiciels: au menu, PLA du chef à la mode bruxelloise*, in *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1989, n. 2, 64: « con questi argomenti si può dimostrare che il programma è una torta, un muro o una macchina ».

¹² V. sul punto le convergenti critiche di G. VANDERBERGHE, *op. cit.*, p. 410.

¹³ V. sul punto le osservazioni di M. LEHMANN, T. DREIER, *The Legal Protection of Computer Programs: Certain Aspects of the Proposal for an (EC) Council Directive*, in *Computer Law & Practice*, gen.-feb., 1990, p. 92.

¹⁴ Osservano PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *op. cit.*, 1989, n. 2, p. 68 che comunque la diversità di natura e disciplina dei programmi renderà assai problematica l'applicazione della Convenzione di Berna; ed *ibidem*, 1989, n. 3, p. 60 analizzano tutte le divergenze rispetto al regime convenzionale.

*house*¹⁵. Dunque il « titolare dei diritti » è o la persona fisica che ha creato il programma o è il datore di lavoro alle cui dipendenze (e alle cui mansioni e sotto le cui istruzioni) opera il creatore del programma. È questa seconda ipotesi quella che nella realtà attuale si presenta più di frequente. Tuttavia non mancano numerosi casi in cui il soggetto è esterno alla impresa e legato ad essa da un contratto di lavoro autonomo. Va segnalata peraltro un'altra modifica rispetto alla Proposta: mentre l'originaria rubrica dell'art. 2 era « Paternità dei programmi » ora essa è diventata « Titolarità dei programmi ».

La Proposta nell'inseguire l'analogia con le opere letterarie aveva molto sbandierato il ruolo dell'autore persona fisica senza però riconoscergli neanche il diritto alla paternità qualora il programma fosse stato realizzato alle dipendenze di un'impresa. La Direttiva non ha mutato orientamento ma ha soppresso un termine che poteva far pensare all'esistenza di un qualche diritto morale¹⁶, come quello alla paternità dell'opera previsto sia dalle leggi sul diritto d'autore che da quella sui brevetti per invenzioni.

D) *I diritti del titolare.*

La formulazione dell'art. 4, sotto la rubrica « Attività riservate » non contiene vistose modifiche rispetto alla Proposta se si eccettua una maggiore specificazione, su richiesta del Parlamento Europeo, dalla nozione di « adattamento » e l'aggiunta di poteri di « controllo » del titolare.

Stante la assoluta particolarità dei programmi per elaboratore, la Direttiva ha dovuto riscrivere quali attività sono di esclusiva pertinenza del titolare, giacché la trasposizione dei consolidati principi del diritto d'autore non avrebbe consentito tale estensione della privativa ed anzi avrebbe legittimato attività di terzi.

Pertanto la lettera a) esclude la liceità *invito domino* — delle operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma qualora — come spesso avviene — esse comportino una riproduzione (parziale o totale), di solito su un'altra memoria residente nell'elaboratore.

La lettera b), come modificata, include fra le attività riservate « la traduzione, l'adattamento, l'adeguamento e ogni altra modifica » del programma, mutuando termini che di solito vengono utilizzati per le opere artistiche.

¹⁵ Osservava G. VANDERBERGHE, *op. cit.*, p. 411 che si trattava dell'unica disposizione nella Proposta che proteggeva l'utilizzatore, il quale spesso fornisce tutte le conoscenze alla *software house* per produrre un programma e poi scopre che di tale program-

ma essa si comporta come titolare e lo produce in serie essenzialmente grazie all'investimento fornito...dall'utilizzatore.

¹⁶ V. le analoghe considerazioni di G. VANDERBERGHE, *op. cit.*, p. 441.

La lettera c) attribuisce al titolare il diritto di determinare la circolazione e l'uso del programma ceduto (in tutto o per tempo e modi limitati). La disposizione distingue fra « vendita » e altre forme di distribuzione/cessione. Qualora si verifichi la prima forma di cessione, il titolare perde il diritto di effettuare l'ulteriore distribuzione della copia e tuttavia può « controllare » la sua « ulteriore locazione »¹⁷. La formulazione è linguisticamente infelice giacché semmai si tratta di una « successiva » locazione. In sostanza sembra di capire (i « considerando » sono muti al proposito) che la Direttiva voglia consentire al titolare, anche quando abbia ceduto il programma o una sua copia per il mezzo della vendita, di assicurarsi della liceità dei modi della sua circolazione: si pensi ad esempio ai videogiochi venduti in edicola, per i quali sussisterebbe il diritto di « controllare » se l'acquirente lo cede in godimento (il 16° « considerando » parla di messa a disposizione per un periodo limitato e a fini di lucro) a terzi. Tuttavia non è per nulla chiaro in che cosa dovrebbe consistere siffatto « controllo » ed in che modo esso potrebbe limitare i diritti dell'acquirente in assenza di specifica previsione contrattuale.

Quanto alle disposizioni di cui alle lettere a) e b) esse devono essere lette in concordanza con il successivo art. 5. Tuttavia si deve osservare che l'ampiezza del divieto di ogni modificazione del programma non trova alcun equivalente nel campo del diritto d'autore, dove tutte quelle attività sono lecite purché finalizzate all'uso personale di chi detiene la copia dell'opera. Il problema è che il programma è solo un mezzo tecnico per la realizzazione di taluni risultati (beni o servizi) e dunque la norma tende a limitare lo sfruttamento del mezzo oltre i limiti consentiti dal titolare.

Senonché la Direttiva non tiene minimamente conto del fatto che, solitamente, i programmi per elaboratore richiedono costanti aggiornamenti per adattarli o a nuove funzioni o a modifiche tecniche o normative. Il divieto assoluto di modificazione lega l'utente mani e piedi al produttore o a una società di assistenza da questa delegata. Ciò consente non solo pratiche contrattuali vessatorie ma inoltre pone l'utente nella impossibilità di provvedere egli stesso alle operazioni qualora l'impresa di assistenza non voglia o non possa fornire quanto richiesto¹⁸. Se si considera che una delle pietre miliari dello sviluppo del mercato dell'informatica fu la procedura dell'« *unbundling* » imposta dalle corti federali americane un trentennio orsono

¹⁷ Altrettanto poteva dirsi per la Proposta: v. G. VANDERBERGHE, *op. cit.*, p. 411.

¹⁸ V. C. WHITE, *The EC Software Directive: A User's Perspective*, in 7 *Computer Law & Security Report* 50 (giugno-luglio 1991) ove si evidenziano le gravi conseguenze che possono derivare dall'impossibilità, an-

che per una grande impresa, di contrattare con diverse società di assistenza le condizioni più favorevoli. Su altre conseguenze, ritenute però positive, all'interno dell'industria v. Y. ITARD, *La directive sur les logiciels et son impact sur l'industrie*, in *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1990, n. 4, 75.

nei confronti dell'IBM la quale obbligava chi acquistava un elaboratore IBM, a prendere anche un programma IBM e a stipulare un contratto di assistenza, ci si rende conto del gigantesco passo indietro che è stato compiuto¹⁹.

E) *Le facoltà dell'utilizzatore.*

L'art. 5 della Proposta originaria è stato ampiamente riformulato a seguito delle numerose osservazioni²⁰ e della sua non conformità con le principali leggi europee in materia di programmi.

Il comma 1 esclude dal novero delle attività riservate di cui alle lettere a) e b) dell'art. 4 le attività necessarie per l'uso del programma, che altrimenti sarebbero state vietate, ed è stata inserita la possibilità di correzione degli errori che la Proposta originaria, nel suo estremismo, non consentiva.

Il comma 2 introduce la facoltà del legittimo utilizzatore di fare una copia di riserva, qualora richiesto dall'uso del programma. In assenza di tale disposizione (ed anzi in presenza di una clausola di espresso divieto, come era previsto dalla Proposta) la Direttiva avrebbe imposto ai legislatori francese e spagnolo di cancellare la previsione di effettuare copie di « *back up* » contenuta nelle rispettive leggi. Inoltre la Direttiva si sarebbe trovata in conflitto con le altre più importanti leggi sui programmi fra cui quella americana, quella giapponese e quella canadese.

Infine il comma 3 introduce la facoltà del legittimo utilizzatore di « studiare o sperimentare il funzionamento del programma ». La modifica era stata richiesta dal P.E.

La sua effettiva portata è assai ambigua: infatti la facoltà è legittimamente esercitata solo quando vengono effettuate le operazioni di « caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione ». Sembra dunque che la disposizione autorizzi nulla più di quanto è inevitabile succeda durante il funzionamento del programma. D'altra parte, però, esso consente espressamente che ciò venga fatto « allo scopo di determinare le idee e i principi su cui è basato ogni elemento del programma ». Dunque si consente lo studio ma senza che vi sia riproduzione (art. 4) o decompilazione (art. 6); come viene detto nel 18° « considerando »: « a condizione che tali atti non costituiscano una violazione del diritto d'autore ».

La Proposta originaria prevedeva all'art. 5 l'esenzione dalle restrizioni all'uso per i programmi offerti al pubblico da biblioteche senza

¹⁹ V. le osservazioni di C. WHITE, *op. cit.*, sulla drastica riduzione della concorrenza nel settore dei servizi di assistenza.

²⁰ G. VANDERBERGHE, *op. cit.*, p. 411 parlava, senza mezzi termini, di « disastro »

e (p. 412) di « impostura »; PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *op. cit.*, 1989, n. 2, p. 69 parlano, con riferimento a tutta la Proposta, di « documento offensivo per la credibilità delle istituzioni comunitarie ».

fini di lucro. La disposizione non è stata mantenuta, tuttavia al 16° « considerando » si afferma che il « prestito pubblico » « esula dagli obiettivi della presente direttiva ».

Nel complesso la posizione dell'utilizzatore è migliorata dopo le modifiche apportate alla Proposta. Tuttavia occorre osservare che — salva la inderogabilità *ex art.* 9 delle disposizioni di cui al 2° e 3° comma — le facoltà dell'utilizzatore possono essere notevolmente e drasticamente ridotte per via contrattuale, il che è quel che di solito avviene con tutti i programmi di un certo rilievo.

F) *La decompilazione.*

Il problema della decompilazione (detta anche « *reverse engineering* ») è stato il principale campo di battaglia di opposti interessi. Un programma è « costruito » secondo alcuni principi logico-matematici; per individuarli occorre di solito procedere alla « decompilazione », ovvero alla sua destrutturazione fino a giungere alla essenza. L'uso del termine *reverse* nell'espressione anglo-americana indica appunto il percorso a ritroso del procedimento di scoperta.

La decompilazione interessa soprattutto due soggetti: i concorrenti del produttore di un programma di successo al fine di realizzare versioni espresse in un diverso « linguaggio » di programmazione oppure più aggiornate o più rispondenti a talune esigenze particolari. Interessa inoltre i produttori di programmi che non sono al contempo produttori di elaboratori. Infatti un programma per poter essere concretamente utilizzato deve essere compatibile con l'elaboratore (o con i programmi base di quell'elaboratore): tale compatibilità viene effettuata per il mezzo di c.d. « interfacce ». Ma se tali interfacce sono difficilmente conoscibili perché coperte da privativa è evidente il vantaggio che si assicura il produttore di elaboratori il quale diventa monopolista nel mercato di programmi compatibili.

Le implicazioni di un divieto di *reverse engineering* sono state ampiamente esaminate nell'ordinamento americano dove ha dato vita ad interminabili polemiche²¹.

Ma Proposta nulla diceva in proposito, salvo esprimere l'intendimento di intervenire qualora si fossero manifestate tendenze anticoncorrenziali attraverso la mancata messa a disposizione delle informazioni necessarie per realizzare la interoperabilità fra programmi ed elaboratori. La questione era stata tempo addietro sollevata dalla Commissione nei confronti dell'IBM e si era conclusa con una di-

²¹ V. fra i tanti scritti DAVIDSON, *Reverse Engineering and the Development of Compatible and Competitive Computer Pro-*

ducts under United States Law, in 5 *Santa Clara Comp. & Hi-tech. L. Rev.*, 265 (1989).

chiarazione di intenti di quest'ultima²². Una simile situazione ovviamente non poteva soddisfare molti produttori europei, che non sono anche produttori di elaboratori, da un lato perché vedevano ostacolata la possibilità di realizzare programmi compatibili, dall'altro perché la mancanza di un'espressa previsione sulla decompilazione poteva consentire ai concorrenti di utilizzare sotto altre forme e per altri fini gli sforzi e gli investimenti effettuati per realizzare un programma « innovativo »²³.

La Direttiva nel suo preambolo evidenzia (19° « considerando ») che se la riproduzione o la trasformazione non autorizzati del programma costituiscono una violazione dei diritti esclusivi, tuttavia (20° « considerando ») possono sussistere circostanze in cui tali attività sono indispensabili al fine di consentire la interoperabilità con altri programmi. Pertanto (21° « considerando ») solo in tali limitate circostanze gli atti di riproduzione e traduzione non autorizzati possono essere consentiti al fine di consentire (22° « considerando ») « l'interconnessione di tutti gli elementi di un sistema informatico ».

La complessità dei problemi e la molteplicità degli interessi confliggenti²⁴ hanno fatto sì che l'art. 6 sia il più lungo della Direttiva. La decompilazione viene dunque consentita in presenza di tre circostanze e purché si rispettino ulteriori tre condizioni.

Il comma 1 impone il requisito della « indispensabilità » della decompilazione ai fini di realizzare interoperabilità, congiunto ai requisiti che a) l'atto sia compiuto da chi dispone legittimamente del programma; b) le informazioni cercate non siano già facilmente accessibili; c) la decompilazione sia limitata alle parti del programma rilevanti ai fini della interoperabilità.

Nel comma 2 il comma 1 dispone che chi legittimamente effettua la decompilazione non può a) utilizzare le informazioni per fini diversi dalla interoperabilità; b) non può comunicarle a terzi; c) non può utilizzarle per realizzare « un programma sostanzialmente simile nella sua espressione ».

²² V. la Dichiarazione di impegni assunti in relazione alla procedura per infrazione delle norme sulla concorrenza comunitaria in questa Rivista, 1985, 381 e il commento di A. MONGIELLO in *Riv. dir. ind.*, 1985, I, 333. La dichiarazione è stata prorogata alla fine del 1988: v. *Prolongation de l'engagement IBM-CEE pour la mise à disposition d'informations sur les interfaces des systèmes IBM/370 e du réseau SNA*, in *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1990, n. 1, 59. Ulteriori considerazioni in J. HUET, *op. cit.*, p. 102.

²³ Si v. a tal proposito le osservazioni di esponenti di importanti imprese informatiche

europee M. COLOMBE, C. MEYER, *Interoperability Still Threatened by EC Software Directive: A Status Report*, in 1990 *EIPR* 325.

²⁴ Si erano costituite due lobbies, una delle imprese « americane » l'altra di quelle « europee »: le prime hanno costituito un gruppo definito SAGE (*Software Action Group for Europe*), le seconde un gruppo definito ECIS (*European Committee for Interoperable Systems*), che si sono date battaglia a colpi di pareri, convegni, relazioni e di tutto l'armamentario contenuto nel manuale del perfetto lobbista. Ovviamente, a farne le spese è stato l'utilizzatore, che praticamente non ha avuto voce in capitolo.

L'intento è dunque di limitare al massimo la decompilazione e l'uso delle informazioni così ottenute; nel contempo si vuole sollecitare la messa a disposizione, da parte del titolare dei diritti delle informazioni necessarie alla interoperabilità, giacché l'accessibilità esclude la liceità del *reverse engineering*²⁵. A tal proposito va citato anche il 26° « considerando » il quale ricorda che la Direttiva non esclude l'applicabilità degli artt. 85 e 86 qualora la mancata messa a disposizione sia posta in essere da una impresa dominante.

La decompilazione pone uno dei problemi più complessi nel campo delle privative industriali: quello di contemperare le esigenze di remuneratività dell'investimento innovativo con quelle di incentivare lo sviluppo ed evitare la costituzione di monopoli ed oligopoli²⁶. La Direttiva opta per una protezione « forte » preventiva cercando di impedire, attraverso tecniche tipiche del segreto industriale, che il concorrente possa venire, lecitamente, a conoscenza dell'« invenzione » altrui²⁷. Giacché è la semplice conoscenza che apre le porte alla possibilità di sfruttamento dell'invenzione anche attraverso prodotti che non costituiscono violazione dei diritti di privativa dell'originario ideatore²⁸. Ciò dipende dalla particolare natura dei programmi per elaboratore i quali, pur essendo ad un altissimo livello tecnico-scientifico, tuttavia si fondano su regole logico-matematiche la cui essenza è abbastanza facilmente apprensibile da parte di un esperto.

Tale tutela preventiva viene rafforzata — secondo le intenzioni della Direttiva — dal successivo art. 7, lett. e) in base al quale viene punita la messa in circolazione di apparecchi volti a facilitare l'esclusione dei dispositivi tecnici di protezione solitamente inseriti dai produttori al fine di impedire la riproduzione o decompilazione non autorizzate.

Non è ancora possibile valutare l'efficacia della regolamentazione adottata, sia perché destinata ad avere effetto a partire dal 1993,

²⁵ Opportunamente M. LEHMANN, T. DRIER, *op. cit.*, p. 94 sottolineano che la Convenzione sul brevetto europeo all'art. 64 espressamente esclude che la privativa si estenda agli atti volti a sperimentare l'invenzione brevettata. Ed analoga disposizioni si rinviene nell'art. 31 b) della futura convenzione comunitaria sul Brevetto.

²⁶ Si v. in proposito le osservazioni di J. HUET, *op. cit.*, p. 101.

²⁷ Correttamente M. VIVANT, *Ingénierie inverse, ingénierie perverse*, in JCP, 1991, ed. Enterprise, I, 56 osserva (a p. 251) che nel campo delle privative industriali vige la « regola semplice e giustamente consolidata secondo cui il titolare dei diritti sull'invenzione riceve benefici da quest'ultima in cambio

della divulgazione che egli fa di essa: accesso economico riservato contro accesso intellettuale aperto a tutti ».

²⁸ Le industrie americane erano disposte ad acconsentire alla decompilazione ma la solo fine di creare programmi supplementari e non concorrenti. Tali programmi supplementari, peraltro, avrebbero dovuto essere interoperabili solo rispetto a taluni « punti » del programma primario, individuati dal produttore di quest'ultimo: v. M. COLOMBE, C. MAYER, *op. cit.*, p. 327.

²⁹ V. C. REED, *Reverse Engineering Computer Programs without Infringing Copyright*, in 1991 EIPR 47 (a p. 53); M. LEHMANN, T. DRIER, *op. cit.*, p. 94.

sia perché è la prima introdotta fra tutti i paesi che pure avevano una legislazione sui programmi.

Si può tuttavia fin d'ora osservare che la disposizione probabilmente comporterà la non indifferente conseguenza economica di innalzare i costi per entrare (e restare) nel mercato dei programmi per elaboratore²⁹. Infatti mentre in altri settori, anche tecnologicamente avanzati, le piccole e medie imprese usufruiscono di quel che in termini anglosassoni viene definito l'*overspill* tecnologico delle grandi imprese sfruttando o la rapidità dell'evoluzione — che fa diventare rapidamente « stato della tecnica » prodotti e, soprattutto, procedimenti — o la non completa (o difficile) copertura delle privative industriali, creandosi così « nicchie » di mercato sia in paesi sviluppati che meno sviluppati, nel settore dell'informatica ciascuna impresa dovrà per così dire « cominciare da zero » per la realizzazione dei propri programmi al fine di dimostrare che essi sono il frutto di autonomia elaborazione senza approfittamento delle conoscenze acquisite dai concorrenti.

Come tutte le scelte economiche, quella fatta dalla Direttiva può essere condivisa o contestata. Senza voler entrare nel merito di scelte sempre opinabili, gli argomenti addotti nei lavori preparatori e nei « considerando » non riescono a fugare il dubbio che davvero la regolamentazione della decompilazione — si ripete, la prima in assoluto — sia davvero la più conveniente per l'industria europea dei programmi, che la Direttiva vorrebbe proteggere. Infatti la forte tutela preventiva ovviamente premia le imprese più innovative le quali, nel settore, non sono europee, bensì statunitensi e giapponesi: paesi nei quali peraltro non vi è normativa analoga, sicché gli eventuali programmi innovativi europei potrebbero essere decompilati *ad libitum*³⁰. *Cui prodest?*³¹

G) *Le misure di tutela.*

L'art. 7 sotto la rubrica « Misure speciali di tutela » ha ampiamente riformulato il contenuto di quel che nella Proposta era previsto dall'art. 6 (« Violazioni indirette »). Sono stati previsti tre tipi di atti illeciti:

a) la messa in circolazione di copie di un programma da parte di chi sappia o abbia motivo di ritenere che si tratta di una copia contraffatta;

b) la detenzione a scopo commerciale di tali copie;

c) la messa in circolazione di apparecchi atti a facilitare la rimozione dei dispositivi tecnici di protezione.

³⁰ V. M. COLOMBE, C. MEYER, *op. cit.*, p. 327.

³¹ Con riferimento alla Proposta v. le

analoghe osservazioni di W.R. CORNISH, *Inter-operable Systems and Copyright*, in 1989 *EIPR* 391.

Il comma 2 e 3 prevedono la possibilità di assoggettare a sequestro le copie contraffatte o le apparecchiature di elusione tecnica.

Si deve evidenziare che l'articolo ha sostituito alla netta dizione della Proposta « costituisce violazione dei diritti esclusivi dell'autore » la più ellittica formula « gli stati membri stabiliscono appropriate misure ». Ciò a seguito delle critiche — recepite nel parere espresso dal Comitato economico e sociale — che avevano evidenziato la tendenza pan-penalizzante della Proposta, la quale in sostanza avrebbe reso passibili di sanzioni criminali anche le violazioni non di norme di legge bensì di clausole contrattuali.

Si deve inoltre osservare che mentre nella Proposta si colpivano anche gli utilizzatori delle copie contraffatte e delle apparecchiature elusive, la Direttiva restringe, in sostanza, il campo dei soggetti passivi a coloro che svolgono attività commerciali³²; la lettera a) del comma 1 colpisce chiunque metta in circolazione una copia contraffatta, ma se si tratta di un privato probabilmente sarà il medesimo soggetto che ha provveduto alla illecita duplicazione e quindi già colpito dalle sanzioni che saranno previste per la violazione dell'art. 4.

H) *Durata della tutela.*

L'art. 8 ha notevolmente mutato la originaria disposizione contenuta nella Proposta, la quale fissava il termine della tutela in cinquanta anni a decorrere dalla creazione del programma. Tale semi-secolare durata — già di per sé abbastanza anomala, se non ridicola — veniva però fatta oggetto di critiche da parte di coloro che — nel fantasioso parallelo con le opere letterarie — miravano a coprire i programmi con le medesime disposizioni previste dalla Convenzione di Berna sul diritto d'autore. A questo punto era giocoforza far decorrere il cinquantennio dalla morte dell'autore o, se autore è una persona giuridica, dalla creazione. I lavori preparatori sottolineano che la effettiva portata di tale estensione di tutela è sostanzialmente simbolica, giacché i programmi non hanno una vita commerciale così lunga, e pertanto l'adeguamento alla Convenzione di Berna è una formalità. L'argomentazione non convince: ribadito che la pretesa assimilazione dei programmi per elaboratore alle opere letterarie è una stupidaggine antiscientifica, c'è da domandarsi non tanto che senso abbiano 50 anni di protezione *post mortem auctoris*, ma che senso abbia una protezione superiore ai venti anni. Si tratta cioè di comprendere quali ragioni inducono a discostarsi da termini per lo sfruttamento di privative industriali che sono riconosciute per altre invenzioni, favorendo così un settore industriale rispetto a tutti gli altri. E nel contempo domandarsi se una privativa che può durare anche un secolo rappresenta il corretto punto di equilibrio fra remune-

³² A seguito delle critiche anche di G. VANDERBERGHE, *op. cit.*, p. 412 (ma mi viene fatto notare da L. RUSSI che l'art. 7, 1° com-

ma, lett. a) colpisce chi detiene una copia « pirata » e la « mette in circolazione »).

razione dell'investimento innovativo e tutela del mercato da tendenze concentrazionistiche e oligopolistiche. Affermare che la vita commerciale di un programma è di molto inferiore ai 50 anni significa ignorare che da quel programma il produttore originale può sviluppare nuovi e più sofisticati programmi tutti, *ab origine*, tutelati dalla privativa³³. Mentre si comprende (e si giustifica) la spinta degli autori di opere artistiche ad estendere nel tempo la protezione, giacché questa non limita affatto l'altrui creatività, la tecnicità dei programmi e la loro intrinseca evoluzione secondo il procedimento dello *step-by-step* fa sì che perché qualcuno possa fare un passo avanti egli deve avere — ed essere libero di avere — la disponibilità delle conoscenze e tecniche preesistenti. Se la logica della Direttiva fosse stata applicata all'apparire del motore a scoppio c'è da dubitare che si sarebbe mai arrivati nello spazio, o forse ci sarebbe arrivato il solo ing. Benz.

I) *Le norme inderogabili e le discipline concorrenti.*

La proposta conteneva all'art. 8 una disposizione di compatibilità della nuova disciplina con la preesistente normativa in tema di brevetti, nonché, segreti industriali concorrenza sleale, e contratti in generale. La Direttiva ha aggiunto a quest'elenco le norme sui semiconduttori. L'intendimento è quello di allargare il più possibile l'ambito della protezione giuridica dei programmi, consentendo al titolare di ricorrere ad una molteplicità di rimedi. Quanto questo sia compatibile con le proclamate esigenze di armonizzazione della legislazione europea è da vedere. Piuttosto va segnalata la problematica compatibilità della Direttiva con le recenti legislazioni nazionali sulla protezione dei semiconduttori, introdotte a seguito di un'altra Direttiva comunitaria. Per i semiconduttori l'approccio è stato sui *generis*, ma di stampo simil-brevetuale, un esempio malauguratamente ed ingiustificatamente non seguito per i programmi. Il livello di protezione è dunque assai simile alle altre invenzioni industriali e comunque inferiore a quello previsto dalla Direttiva per i programmi³⁴. Ora, poiché i semiconduttori sono, sotto molti aspetti, dei programmi tridimensionali viene da chiedersi se non convenga a molti produttori conseguire talune funzioni operative per il mezzo di programmi piuttosto che di *micro-chips*.

Non del tutto chiara è l'ultima parte del comma 1 dell'art. 9 dove si afferma che « qualsiasi disposizione contrattuale non conforme all'art. 6 o alle eccezioni di cui all'art. 5, par. 2 e 3 è nulla ». Per quanto concerne l'art. 5 è chiaro che si tratta di disposizione volta a rende-

³³ V. il puntuale richiamo di G. VANDERBERGHE, *op. cit.*, p. 412 il quale osserva che la tutela si estenderà fin nel 22° secolo inoltrato.

³⁴ Conf. M. COLOMBE, C. MEYER, *op. cit.*, p. 328; M. LEHMANN, T. DREIER, *op. cit.*, p. 94 ss.

re inderogabili i diritti minimi dell'utilizzatore. Ma il richiamo all'art. 6? Da un lato si comprende che è inderogabile la facoltà di decompilazione al fine di effettuare l'interconnessione e qualora non siano disponibili le informazioni necessarie. Ma l'art. 6 prevede pure il divieto di utilizzare altrimenti le informazioni ottenute attraverso la decompilazione. Ora, un'interpretazione coerente dovrebbe comportare la nullità solo per le clausole contrattuali che impediscono la facoltà legittima di decompilazione, e non per quelle che disciplinano in maniera diversa — e più favorevole per l'utilizzatore — l'uso delle informazioni ottenute. Altrimenti si finirebbe per invalidare quei negozi con i quali il titolare dei diritti consente ad un terzo di effettuare attività di ricerca sul programma e di sfruttare le conoscenze acquisite.

L) *L'adeguamento della legislazione esistente.*

L'art. 10 prevede che gli Stati membri si adeguino alla Direttiva entro il 1 gennaio 1993, ed il comma 2 dell'art. 9 dispone che sono fatti salvi gli atti conclusi e i diritti acquisiti anteriormente a tale data³⁵. I problemi principali si pongono per i paesi che hanno già introdotto una normativa sui programmi, i quali dovranno valutare in che misura la legislazione esistente debba essere emendata³⁶. Il procedimento è particolarmente vistoso per la Gran Bretagna che ha *sic et simpliciter* equiparato i programmi alle opere letterarie estendendo ad essi il Copyright Act³⁷.

Più facile sarà il compito di quei paesi, come l'Italia, dove il legislatore si trova una *tabula rasa* e la giurisprudenza non ha ancora risolto definitivamente le questioni più controverse come i diritti dell'utilizzatore e la decompilazione^{37-bis}.

M) *Considerazioni conclusive.*

Imboccata con ostentata sicurezza la strada del diritto d'autore, la Comunità Europea l'ha proseguita con scarsa resipiscenza. A dispet-

³⁵ V. peraltro l'osservazione di PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *op. cit.*, 1989, n. 2, p. 69 secondo cui per la specificità delle disposizioni contenute nella proposta di Direttiva questa sarebbe, in realtà, un Regolamento, con conseguente violazione delle competenze e procedure previste dal Trattato di Roma.

³⁶ Per una raccolta e prima analisi delle leggi di paesi europei ed extraeuropei emanate fino al 1989 sia consentito il rinvio a V. ZENNO-ZENCOVICH, *Le leggi sulla tutela dei programmi per elaboratore in Italia e nel mondo*, Padova, 1990.

³⁷ V. il raffronto compiuto da S. CHALTON, *The Implications of the Proposed Software Directive on the Legal Protection of Computer Programs*, in *International Computer Law Adviser*, Giugno, 1990, p. 13. Ma v. pure per la Francia PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *op. cit.*, 1989, n. 2, p. 69.

^{37-bis} Mentre questo lavoro era in corso di stampa si è appreso che il Governo allo scadere della legislatura ha presentato al Senato il D.D.L. 3018 che costituisce la mera traduzione della Direttiva. Si devono manifestare seri dubbi sulla opportunità di una recezione supina della Direttiva.

to delle ripetute proclamazioni e dei numerosi richiami alla Convenzione di Berna, la Direttiva è tutt'altro che una disciplina qualificabile come « diritto d'autore » nel senso che a questo termine si dà da circa un secolo e mezzo³⁸.

Essa è un miscuglio di segreti industriali e di diritti di privativa *sui generis*, le cui finalità sono quelle di proteggere al massimo l'investimento innovativo e produttivo delle *software houses*³⁹. Ovviamente non c'è nulla di intrinsecamente sbagliato in tale intento, se non fosse il fatto che esso trascura di contemperare interessi concorrenti di rilevante importanza. La posizione dell'utilizzatore è fortemente penalizzata, in palese contrasto con l'ormai consolidata tendenza del resto della normativa comunitaria di esigere la protezione del consumatore/contraente debole in cambio di una regolamentazione uniforme⁴⁰. La Direttiva nulla dispone in ordine alla spinosa questione delle garanzie dell'utente, solitamente annichilite da contratti capestro⁴¹. Nulla dispone in ordine alla disponibilità del codice sorgente nel caso di fallimento o di scomparsa della *software house*. Nulla dispone sul diritto dell'utente di far svolgere operazioni di « manutenzione » sul programma per garantirne la funzionalità, nei casi di mancata assistenza del produttore⁴². Nemmeno ha ritenuto di dover sciogliere positivamente la questione, assai dibattuta, della configurabilità dei programmi quali prodotti inclusi dalla Direttiva sulla responsabilità del produttore⁴³.

D'altra parte le industrie informatiche⁴⁴ si trovano nettamente avvantaggiate rispetto ad altri settori che, per di più, sono in condizioni di dipendenza tecnologica in quanto i prodotti informatici (elaboratori e programmi), sono ormai indispensabili per lo sviluppo di praticamente ogni impresa industriale e commerciale⁴⁵. Quali potranno

³⁸ V. in relazione alla Proposta S. CHALTON, *op. cit.*, p. 14.

³⁹ PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *op. cit.*, 1989, n. 2, p. 65 (relativamente alla Proposta): « una compilazione di luoghi comuni, confusioni ed altre metafore che hanno sostituito il ragionamento in questa materia da dieci anni a questa parte ».

⁴⁰ Osservava G. VANDERBERGHE (*op. cit.*, p. 409) che nel preambolo della Proposta il termine « utilizzatore » non viene neanche menzionato. Lo stesso può dirsi del testo definitivo. Richieste di tutela dell'utilizzatore venivano avanzate anche da J. HUET, *op. cit.*, p. 103, rimaste però del tutto disattese.

⁴¹ Tutte questioni comuni nella trattazione dei contratti d'informatica: si v. i saggi di M. BIN, L. CABELLA PISU, M. MONINA, M. COSTANZA, C. ROSSELLO in G. ALPA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, 1987.

⁴² V. sul punto R.J. HART, *Interfaces, Interoperability and Maintenance*, in 1991 *EIPR* 111 (a p. 115) contrario a qualsiasi forma di autorizzazione ed intervento di terzi a fini di assistenza.

⁴³ V. sul punto J.P. TRIAILLE, *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, in questa Rivista, 1990, 725.

⁴⁴ Anche G. VANDERBERGHE osservava (*op. cit.*, p. 409) che « lobbisti di professione rappresentanti le imprese di hardware e software si sono trovati in una posizione privilegiata per influenzare la Proposta » e avanza gravi dubbi (alla nt. 2) sulla correttezza delle procedure seguita dai vari organismi comunitari.

⁴⁵ Significativo è il fatto che le critiche di C. WHITE, *op. cit.*, riflettano la posizione di un'impresa multinazionale come Shell.

essere le conseguenze di lungo periodo di simile assetto resta da vedere: di certo però vi sono le premesse per la creazione di posizioni dominanti, non molto dissimili da quella dei fornitori di materie prime o, meglio ancora, di energia. Gli organismi della Comunità né nel prodromico « Libro verde »⁴⁶ né dei lavori preparatori hanno saputo giustificare tale privilegio con ragionevoli argomentazioni di politica economica, né hanno saputo fugare i notevoli dubbi sull'incidenza negativa che la tutela « globale » dei programmi potrà avere sullo sviluppo tecnologico nel suo complesso⁴⁷. Occorre non dimenticare che nel tradizionale sistema brevettuale la privativa è intesa essenzialmente nel senso di garantire all'inventore le *royalties* per lo sfruttamento che altrui faccia della sua invenzione. Tant'è che il titolare del brevetto non può ostacolare il progresso tecnologico negando irragionevolmente la licenza di brevetto: si pensi solo all'istituto (riconosciuto dalla Convenzione di Unione di Parigi, nel testo di Lisbona) della licenza obbligatoria e alla sua funzione nella teoria delle privative industriali, con particolare riferimento all'invenzione fondata su altra invenzione brevettata⁴⁸.

Un simile sviluppo — di rilevante interesse pubblico — per i programmi per elaboratore non è consentito dalla Direttiva⁴⁹.

Deve essere ben chiaro che la contestazione alla auto-qualificazione di « diritto d'autore » non è motivata da purismo terminologico. Nel diritto l'esatta delimitazione degli istituti è essenziale per una coerente armonizzazione dei svariati interessi economici ed extra-economici in gioco⁵⁰.

Il diritto d'autore è nato e si è sviluppato al fine di tutelare opere *lato sensu* artistiche. Le esigenze degli autori e delle imprese che sfruttano le loro opere sono diverse da quelle degli inventori e delle industrie che mettono a frutto le invenzioni. Arte e tecnica procedono

⁴⁶ COMMISSIONE C.E., *Il diritto di autore e le sfide tecnologiche. Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata*, in questa Rivista, 1989, 631, con commento (al cap. V dedicato ai programmi per elaboratore) di F. ROLLA, *Il capitolo quinto del libro Verde CEE sul diritto d'autore (verso una disciplina comunitaria per la protezione del software)*, *ivi*, p. 748.

⁴⁷ Si v. alcuni scenari in R. PARDOLESI, « Software », « property rights » e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie, in *Foro it.*, 1987, II, 289; Id., « Software » di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevettuale, in *Foro it.*, 1988, I, 3133.

⁴⁸ Sul punto si rinvia a G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano,

1990, p. 445 ss.; e a V. DI CATALDO, *Le invenzioni. I modelli*, Milano, 1990, 138 ss.

⁴⁹ V. M. LEHMANN, T. DREIDER, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁰ Ironizzava G. VANDERBERGHE (*op. cit.*, p. 410): « ci si può certamente chiedere se, quando il legislatore chiama « quadrato » un cerchio, il cerchio comincerà a comportarsi da quadrato ». E PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *op. cit.*, 1989, n. 2, 64: « o i programmi sono un'opera come tutte le altre, ed allora è inutile modificare il diritto d'autore, prendere simili provvedimenti o anche adottare una direttiva; oppure i programmi hanno una diversa natura giuridica, e allora il problema non è cercare i limiti di una deroga, bensì chiedersi se non sia meglio optare con franchezza per una protezione *sui generis* » (a p. 65).

secondo schemi diversi: Kandinsky può creare senza bisogno di Raffaello, Schoenberg può comporre senza conoscere Mozart. Ma la Duracell non esisterebbe se Volta non avesse inventato la pila, e la Philips sarebbe poca cosa se Edison non avesse inventato la lampadina⁵¹.

Nello stesso tempo le esigenze della collettività rispetto all'arte e alla tecnica sono diverse, soprattutto per quanto attiene al pericolo di concentrazioni industriali e ai loro effetti sulla creatività e l'inventività.

Chiamare « diritto d'autore » una disciplina che manifestamente non è tale ed applicarla a prodotti che nulla hanno a che vedere con la creazione artistica ingenera il convincimento che gli istituti giuridici siano « bons à tout faire »⁵² e legittima la pretesa di altri settori industriali a richiedere una protezione privilegiata⁵³.

Quel che la Comunità Europea non sembra comprendere — per una dominante concezione tecnocratica del diritto non controbilanciata da adeguate sensibilità culturali — è che il procedimento di unificazione legislativa, essenziale per lo sviluppo di taluni settori, non può essere compiuto attraverso una *pot-pourri* di strumenti giuridici presi un pò qua e un pò là, ma deve rispettare istituti consolidati e positivamente collaudati⁵⁴.

Come l'inventore — o nel nostro caso, il creatore di programmi per elaboratore — il legislatore deve conoscere a fondo il passato e il sistema normativo nel quale opera e trarre il massimo profitto dall'esperienza accumulata. L'improvvisazione legislativa produce — ce lo insegna la storia — distorsione economica e sociale⁵⁵.

⁵¹ V. per taluni problemi posti negli USA da una rigida applicazione del copyright ai programmi C. WALTER, *Defining the Scope of Software Copyright Protection for Maximum Public Benefit*, in 14 *Rutgers Comp. & Techn. L.J.* 1 (1988).

⁵² Nel mio commento alla proposta (*op. cit.*, retro, nt. 2) parlava di « deprecabili esercizi di *fast-law* »; il parallelo culinario si ritrova non solo nel titolo del commento di PH. GAUDRAT, M. BRIAT, F. TOUBOL, *op. cit.*, ma anche nelle loro conclusioni (*ibidem*, 1989, n. 13, p. 63): « Strana ricetta nata da una triste cucina: si prenda il meglio del diritto d'autore, rosolato nel grasso delle convenzioni internazionali. Lo si faccia restringere al massimo al fuoco lento dei compromessi; è sufficiente che ne resti una noce, o anche solo un ceccio: serve per il gusto e per il profumo non per la sostanza. Si potrebbe utilizzare come base la salsa di brevetto, ma non bisogna pronunciare questo nome, perché, checché ci si mette dentro, l'importante è che si possa chiamare il ragù "proprietà letteraria ed artistica": è questo l'unico modo per venderlo agli americani. Dopo l'*art nouveau*, la *nouvel vague*, ci mancava forse solo il *droit nouveau*: la lacuna è appena stata colmata a Bruxelles ».

⁵³ Per una esemplare rappresentazione dei reali problemi di inquadramento giuridico dei programmi si rinvia al fondamentale lavoro di G. FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, in questa Rivista, 1989, 71.

⁵⁴ R. FOGLIA, *La direttiva CEE sulla tutela del software*, in *Foro it.*, 1991, IV, 307 esprime l'opinione (c. 314, nt. 16) che i miei « rilievi critici, espressi talora con ripetuta veemenza, colpiscono aspetti in gran parte abbandonati dall'ultima versione del testo comunitario ». Spero ora di aver « colpito » i bersagli giusti. Quanto alla « veemenza » sono lieto di trovarmi accomunato nella indignazione a autori quali Vivant, Gaudrat e Vandenberghe. « Unilaterale » e « dilettantistica » veniva definita la Proposta da quest'ultimo, *op. cit.*, p. 413; c'è da ritenere che il suo giudizio non sarebbe stato molto diverso rispetto alla Direttiva.

⁵⁵ La redazione di questo articolo, presso l'Institute of Advanced Legal Studies dell'Università di Londra, è stata resa possibile da un contributo del Consiglio Nazionale delle Ricerche nell'ambito di una ricerca coordinata dal prof. Ettore Giannantonio su « Aspetti giuridici della trasmissione elettronica di dati ».