

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

L'APPRENDISTA STREGONE: IL LEGISLATORE COMUNITARIO E LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SUI PROGRAMMI PER ELABORATORE

SOMMARIO 1. Introduzione. — 2. Le « Osservazioni generali »: a) Gli obiettivi della « proposta »; b) La natura del bene tutelato; c) Le forme di tutela alternativa; d) La protezione del diritto d'autore; e) I rapporti con le convenzioni internazionali; f) La base giuridica. — 3. Le « Singole disposizioni » e l'articolato: a) Art. 1. Oggetto della tutela; b) Art. 2. Paternità dei programmi; c) Art. 3. Beneficiari della tutela; d) Art. 4. Attività riservate; e) Art. 5. Deroghe riguardanti le attività riservate; f) Art. 6. Violazioni indirette; g) Art. 7. Durata della protezione. — 4. Le conclusioni politiche. — 5. Considerazioni conclusive.

1. INTRODUZIONE.

Benché « il parlar sia indarno » — essendo da quasi tutti data per scontata l'approvazione della « Proposta di direttiva relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore » predisposta dalla Commissione delle Comunità Europee — è opportuno a « memoria futura » fissare alcuni radicali dissensi che suscita la lettura della citata « Proposta ». Dissensi che investono il metodo, il contenuto e la prospettiva scelti dagli organismi comunitari e che vogliono revocare in dubbio le qualità sia tecniche, che giuridiche che politiche dimostrate da tali organismi nell'affrontare tematiche che vanno ben oltre il singolo settore disciplinando e riguardano la complessiva visione delle funzioni del legislatore comunitario.

La « Proposta » che qui si esamina era stata preceduta da un corposo « Libro verde » su « Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche » che dedicava il quinto capitolo appunto ai programmi per elaboratore.

Già questa collocazione denotava un partito preso, quello di ritenere che i programmi per elaboratore ponessero *in primis* un problema di diritto d'autore. Si poteva, certo, addurre a giustificazione la circostanza che tale inquadramento era un dato di fatto e di diritto incontrovertibile, avendo tutti i più grandi paesi della Comunità, ad eccezione dell'Italia (Regno Unito, Germania Federale, Francia, Spagna) seguito tale strada; e, si deve riconoscere, il « Libro Verde » dava conto di alcune delle principali perplessità solle-

vate in diverse sedi, anche se non ne traeva tutte le dovute conseguenze.

C'era, se non da attendersi, almeno da sperare che il dibattito suscitato dal « Libro Verde » portasse a un'ulteriore riflessione e forse anche a qualche ripensamento.

Nulla di tutto ciò nella Proposta. Anzi si assiste ad una radicalizzazione della posizione dominante, nel più completo — e sostanziale — disinteresse per situazioni pur ritenute meritevoli di tutela nel Trattato di Roma e nella concreta politica comunitaria.

Converrà per semplificazione seguire lo schema della Proposta che è divisa in quattro parti: le « osservazioni generali »; le « singole disposizioni »; l'articolato; le « conclusioni » della Commissione.

2. LE « OSSERVAZIONI GENERALI ».

a) *Gli obiettivi della « proposta ».*

Il paragrafo 1.3. delle « osservazioni generali » indica quali obiettivi dell'azione comunitaria la necessità « che la ricerca e l'investimento nella tecnologia informatica proseguano ad un livello sufficiente a consentire alla comunità di tenere il passo con gli altri paesi industrializzati. In particolare per quanto riguarda le piccole e medie imprese, è molto importante evitare che la riproduzione non autorizzata dei prodotti riduca in misura considerevole la capacità di creare *software* innovativo ».

Tale esigenza economica-politica è almeno esplicita: le « piccole e medie imprese » sono quelle europee, rispetto a quelle « grandi » che il « Libro Verde » aveva facilmente individuato nelle imprese americane. Con queste premesse, è un chiaro *non sequitur* il prosieguo del paragrafo: « Pertanto (?) la tutela va rafforzata e resa uniforme in tutta la Comunità tanto nell'interesse delle imprese di *software* piccole e medie che possono contribuire significativamente al futuro successo dell'industria europea del *software*, quanto nell'interesse dei grandi produttori ».

Ora, la Commissione apoditticamente equipara interessi che appaiono — sotto il profilo economico — assai diversi, se non antitetici.

Nei confronti della « pirateria » vera e propria — anche se evidenti principi di giustizia impongono che non si faccia distinzione fra « piccoli » e « grandi » — è di tutta evidenza che maggiormente esposti al pericolo dell'abusiva riproduzione sono soprattutto i grandi produttori perché i loro programmi sono più noti, più diffusi e più appetibili. Comunque l'idea che l'intervento del legislatore comunitario possa non dico fermare ma anche solo rallentare la « pirateria » è intrisa di demagogia: basti considerare il totale fallimento in tutta Europa delle norme analoghe — siano di diritto d'autore o brevettuali — applicate a videocassette, nastri registrati e orologi di marca.

Viene francamente il dubbio che il problema — socialmente rilevante ma giuridicamente difficilmente risolvibile — della « pirate-

ria » non sia altro che il classico coniglio di pezza creato per far correre di più i levrieri « europei », ovviamente, lontano da quelli che potrebbero essere i loro reali interessi. Tutta la proposta è permeata da una trasparente ambiguità: si dà l'impressione che il provvedimento voglia fermare i « pirati » alle porte; in realtà le questioni sono molto più complesse, e la « tutela » tanto invocata finisce per mescolare e confondere tutto.

b) *La natura del bene tutelato.*

La sezione (parr. da 2.2. a 2.8.) delle « osservazioni generali » dedicata alla « natura della proprietà intellettuale » farebbe la gioia di un sofista del XVII secolo. Anziché cercare di comprendere la natura dei programmi, e poi individuarne la più appropriata qualificazione giuridica, la Commissione inverte il procedimento logico: postulato che i programmi vanno tutelati dal diritto d'autore (così il par. 2.2.: « il grado di creatività, abilità, inventività necessario per concepire i programmi la rende meritevole di protezione tanto quanto *le altre* opere tutelate dal diritto d'autore) (c.vo aggiunto), si procede, con accostamenti immaginifici, ad affermare che i programmi vanno equiparati alle opere letterarie (anzi più avanti si dirà che *sono* opere letterarie).

Ora, la Commissione può librarsi in tutti i voli pindarici che vuole (gli algoritmi « sono l'equivalente delle parole, con le quali il poeta e lo scrittore creano la propria opera letteraria o delle pennellate dell'artista o delle scale musicali del compositore »); il fatto è che tale equiparazione è e rimane una sciocchezza antiscientifica. Utilizzando simili argomentazioni (e magari con il robusto sostegno del « Sistema periodico » e della « Chiave a stella » di Primo Levi) si potrebbe affermare la natura letteraria delle formule chimiche (gli elementi non sono forse l'alfabeto del chimico?) o del motore a scoppio (non ha anch'esso « come le altre opere letterarie ...una sua logica che sottende alla presentazione delle varie operazioni »? *sic* il par. 2.3.).

Basti considerare la genesi dei programmi, « inventati » da matematici e scienziati; evidenziare la formazione professionale degli « informatici » (non consta che siano laureati in lettere; bensì in statistica, matematica, ingegneria); vedere chi sono i soggetti titolari dei diritti (solo imprese, praticamente mai individui); sottolineare la mera strumentalità del prodotto rispetto a qualsivoglia fine si desideri raggiungere; la metodologia seguita per « creare » i programmi.

Cosa c'entri tutto questo non dico con le opere letterarie, ma con il diritto d'autore che accorpa fenomeni diversi fra loro ma accomunati dalla matrice *artistica* (la più « industriale » delle opere protette, quella cinematografica, rimane pur sempre legata alla creatività e artisticità di registi, sceneggiatori, attori) è un mistero che solo un obnubilamento mentale può spiegare.

La profonda diversità dalle opere artistiche risulta, peraltro, dalle stesse parole della « Proposta » la quale (par. 2.8.) afferma che il

« successo si concreteerà in un programma che può essere utilizzato in modo più *rapido*, più *facile*, più *affidabile*, più *completo*, più *produttivo* che i suoi predecessori o concorrenti ». Con tutta evidenza gli attributi che si sono evidenziati in corsivo sono tipici di un prodotto industriale, e non di un'opera, anche *lato sensu*, artistica.

In questo contesto elegiaco si fa gran parlare (par. 2.5.) dell'Autore il quale attraverso « la selezione e la compilazione » dimostra la propria « creatività e abilità » distinguendo « la sua opera da quella di altri autori ». Inutile dire che poi, quando si va al concreto (v. commento all'art. 2), il fantoccio dell'autore viene estromesso dalla scena: non gli viene concesso niente, nemmeno il diritto alla paternità. E, in confronto, il regime dell'invenzione del dipendente nel sistema brevettuale appare addirittura più favorevole.

c) *Le forme di tutela alternativa.*

La Proposta riferisce che « è stato sollevato l'interrogativo se il diritto d'autore costituisca lo strumento di tutela più opportuno » (par. 3.1.). La risposta che viene fornita è però del tutto carente.

In generale non si può non sottolineare una vistosa contraddizione logica: per un verso si afferma l'inadeguatezza delle forme di tutela brevettuali e contrattuali per giungere all'« inevitabile » conclusione dell'adesione al *copyright approach*; per altro verso, riconoscendo implicitamente l'inapplicabilità *sic et simpliciter* delle norme sul diritto d'autore, si introduce una disciplina assai complessa che si pone come un corpo speciale di norme. Ma allora, viene naturale chiedersi, che senso ha optare per il diritto d'autore se anch'esso è inadeguato?

i) In particolare la « Proposta » liquida in poche righe (par. 3.2.) la prospettiva brevettuale rilevando da un lato che sarebbero brevettabili solo i programmi « che fanno parte di una invenzione brevettabile di natura tecnica e che soddisfano i normali criteri di brevettabilità ». Riconosce che il requisito dell'inventività non è presente nella grande maggioranza dei programmi e osserva che l'apporto inventivo in genere riguarda l'algoritmo che non è brevettabile in quanto formula matematica o legge naturale.

Con il che si riconosce che si vuole accordare una privativa industriale a entità immateriali che secondo una secolare tradizione giuridica non la meriterebbero. Quel che la « Proposta » non spiega è perché i requisiti di tutelabilità debbono essere allentati *solo* rispetto ai programmi e non riguardo ad altri « beni immateriali ». Proprio nell'ottica tutta economica in cui si pone la Proposta sarebbe stato necessario giustificare il privilegio accordato ad un settore industriale, anziché ad un altro.

Vi sono però altre osservazioni da fare: se bisogna introdurre norme speciali a tutela dei programmi — e « speciali », di fatto, sono le norme contenute nella Proposta — non si capisce perché non si può « adattare » la disciplina brevettuale o aggiungere un altro segmento alla sua articolazione (invenzioni, marchi, modelli, specialità vegetali

ecc.). Se l'unica giustificazione che si riesce a dare è quella dei « vantaggi derivanti dall'esistenza di convenzioni internazionali » sulla protezione del diritto d'autore (par. 4) occorrerebbe spiegare perché questa così pressante esigenza internazionalistica non si è fatta sentire in occasione della Direttiva sui prodotti semi-conduttori, che null'altro sono che dei programmi « tridimensionali ». Sia consentito azzardare l'ipotesi (maliziosa) che le convenzioni internazionali sul diritto d'autore vengono usate come pretesto, essendovi degli ottimi equivalenti nel campo brevettuale.

ii) La « Proposta » passa poi ad analizzare le prospettive di tutela contrattuale: che queste siano inadeguate per la loro inefficacia *erga omnes* è talmente evidente che non varrebbe la pena soffermarci. Quel che occorre evidenziare nella Proposta è la rappresentazione quantomeno distorta dell'attuale prassi contrattuale. Chiunque abbia un po' di domestichezza con questa, non può trattenere un sorriso di fronte ad espressioni quali: « in alcuni settori i rapporti di forza tra produttori e utenti possono impedire a quest'ultimi di negoziare condizioni contrattuali eque a causa del potere di mercato di alcuni fornitori di *software* » (par. 3.3.); oppure, che nell'assetto della Proposta « l'utente rimane libero di manifestare la propria preferenza per l'acquisto diretto o per un accordo di licenza » (part. 3.5.); oppure, ancora, « l'utente è libero di accettare o di rifiutare i limiti posti alla sua attività disposti nel contratto di licenza » (part. 3.3.). Come se nel settore dei programmi, più che in qualsiasi altro, non si fossero standardizzate prassi contrattuali e commerciali con la pratica impossibilità di scelta dell'utente.

Va, con franchezza, contestata la sostanziale ipocrisia della Proposta. Appare del tutto ragionevole affermare che la rigidità dei vincoli contrattuali è essenziale per garantire l'investimento dei produttori di programmi, vietando sul nascere usi e forme di riproduzione non autorizzate espressamente. Ma, allora, se tali garanzie vengono sancite legislativamente, occorre mettere sul piatto della bilancia gli interessi dell'utente, al quale vanno assicurati, con altrettanta forza legale, diritti altrimenti schiacciati da pratiche contrattuali vessatorie. Invece, la Proposta si muove in una sola direzione concedendo al produttore quel che nessun altro imprenditore si è mai visto accordare (anzi, il movimento legislativo « consumeristico » è tutto in senso contrario) senza offrire nulla in cambio: nulla sulle garanzie, nulla sull'assistenza, nulla sulle copie di riserva, nulla sulla disponibilità del codice sorgente. E quella di non riconoscere la validità delle c.d. clausole « *shrink-wrap* » nella « vendita » (il commento all'art. 5, par. 2 parla di « compromesso » fra gli opposti interessi), cioè di quelle clausole stampate sulla confezione e che si vorrebbe vincolassero l'utente una volta aperta la confezione medesima, è davvero una concessione levantina giacché non c'è ordinamento continentale che riconoscerebbe validità a siffatte condizioni unilaterali di contratto e se ne mette in dubbio, fondatamente, la validità negli ordinamenti di *common law* dove sono state « inventate ».

d) *La protezione del diritto d'autore.*

Superati, a modo suo, i pretesi antagonisti di quella che era — lo si è visto — una scelta già fatta dalla Commissione, la Proposta giunge ad esporre i pregi del *copyright approach*: « la tutela offerta dal diritto di autore non conferisce monopoli che ostacolano gli sviluppi indipendenti: (par. 3.6.); « non arresta il progresso tecnico » (par. 3.6.); « la tutela in base al diritto d'autore consente di trovare il giusto mezzo tra la protezione eccessiva e quella insufficiente » (part. 3.7.), e altre lodi analoghe.

Ma di quale « diritto d'autore » parla la Commissione? Di quello sedimentato in oltre un secolo di lavoro legislativo nazionale ed internazionale; oppure di quello espresso dalla Proposta? Perché, come si vedrà, quest'ultimo si distacca *radicalmente* dal primo, e smentisce appieno le sue premesse, con tanto zelo decantate.

Ancora una volta si coglie la confusa concezione giuridica della Proposta la quale crede che il diritto d'autore abbia qualcosa a che fare con il « progresso tecnico » mentre ne prescinde perché non tutela le *tecniche*, bensì l'espressione.

La cartina di tornasole dello stravolgimento è dato da due questioni espressamente trattate dalla Proposta: quello della interoperabilità fra programma e elaboratore e quello, connesso, dei c.d. protocolli d'accesso che consentono la interoperabilità.

Già il fatto che esse possano porsi, in un contesto *soi-disant* di diritto d'autore, dimostra che siamo mille miglia lontani da qualsiasi ipotesi di diritto d'autore. Per intendersi è come se si parlasse di pellicole da 16 mm o 32 mm per i film, di dimensioni dei *compact disc*, o di frequenze radiotelevisive, problemi di grande rilievo tecnico-industriale ma del tutto estranei al diritto d'autore.

Quel che la Proposta non chiarisce è che *da sempre* — e cioè da Babbage in poi — lo sviluppo concreto dei programmi è dipeso dall'esistenza di elaboratori capaci di svolgere talune funzioni. È dunque il produttore dell'elaboratore che condiziona la struttura dei programmi soprattutto se questi devono — come è consuetudine — interagire con un altro programma incorporato nell'elaboratore sotto forma di microprocessore. La vicenda, semplificando, può paragonarsi a quella dei pezzi di ricambio per autovetture ove le forme sono spesso obbligate e, per tale ragione, le autorità giudiziarie, anche comunitarie, hanno negato una tutela privativa.

Chi produce al tempo stesso elaboratori e programmi per i propri elaboratori ha tutto l'interesse di sfruttare l'esclusiva rendendo difficile, praticamente e giuridicamente, ai realizzatori di programmi concorrenti di offrire un prodotto competitivo e compatibile. La soluzione, drastica, che sarebbe il naturale sviluppo della regola dell'*unbundling* imposta negli Stati Uniti contro le pratiche contrattuali monopolistiche dell'IBM, è il divieto per chi fa elaboratori di fare programmi, così impedendo la creazione di cartelli verticali.

La Proposta non solo ignora una tale prospettiva, ma, anzi, si muove in senso contrario. Ci si limita ad un *wishful thinking* auspicando una disponibilità dell'industria a rendere pubblici i protocolli d'accesso (part. 3.9.); oppure ad esprimere l'opinione che non si configurerà una violazione del diritto d'autore quando le somiglianze siano dovute all'inevitabilità di alcune forme di espressione (part. 3.13.). Ma nulla di tutto ciò si traduce in *precisa disposizione normativa*: « probabilmente i problemi dell'accesso alle informazioni devono essere affrontati con altri strumenti che esulano nel campo d'applicazione della presente direttiva » (par. 3.14.). Ma perché « probabilmente »? Quali ragioni giuridiche, economiche o di opportunità ne sconsigliano l'adozione all'interno della Proposta? Le « Osservazioni generali » nulla dicono in proposito, giustificando i dubbi più malevoli e le incertezze più pericolose. Infatti l'ambiguità delle espressioni adoperate non consente di sapere in anticipo se il proprio programma è stato lecitamente creato, se sia ammessa la procedura di *reverse engineering* al fine di scoprire il codice sorgente di un programma altrui.

e) *I rapporti con le convenzioni internazionali.*

Si è già detto che secondo la « Proposta » « quali che siano i pregi teorici di una normativa *sui generis* in materia, essi sono ampiamente superati dai vantaggi derivanti dall'esistenza di queste convenzioni internazionali » (part. 4).

Premesso che l'esaltazione che viene fatta nella « Proposta » delle convenzioni internazionali appare francamente sproporzionata rispetto alla loro concreta efficacia, l'argomentazione è puramente retorica, in quanto rovescia completamente il corretto procedimento logico-giuridico, adottando una collocazione giuridica solo perché meglio dotata di rimedi. Di questo passo sarebbe facile sostenere che i contratti in realtà vanno protetti come se fossero diritti reali; oppure offrire alla responsabilità civile le procedure semplificate dell'azione cambiaria.

f) *La base giuridica.*

Le « Osservazioni generali » si concludono illustrando il fondamento normativo comunitario della Proposta. Si afferma (par. 5.6.) che la Commissione ha esaminato la questione della tutela di consumatori ai sensi dell'art. 100 A, par. 3, del Trattato CEE. « Essa ha proceduto a tale esame a seguito di consultazioni con i *partner* industriali e sociali interessati e alla luce di un'analisi dei relativi rischi in questo settore e delle attuali capacità tecniche dell'industria europea. *La proposta tiene integralmente conto di queste considerazioni alla luce degli obiettivi globali della citata disposizione del trattato* ».

I giudizi sono sempre soggettivi; ma non è esagerato affermare che la Proposta tiene *in nessun conto* gli interessi degli utenti di program-

mi i quali si trovano in una condizione giuridica migliore *senza* l'intervento comunitario.

Ma vi è una critica più radicale che va fatta: il richiamo al ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri (che costituisce il fondamento dell'art. 100 A) appare del tutto vacuo. Come è noto quattro dei maggiori paesi della Comunità (Repubblica Federale di Germania, Gran Bretagna, Francia, Spagna) hanno introdotto nella loro legislazione sul diritto d'autore norme a tutela dei programmi, l'Inghilterra *sic et simpliciter* con una estensione, gli altri stati con una normativa più complessa.

La Proposta nulla dice sulla sorte di tali legislazioni esistenti: dovranno essere abrogate, emendate, integrate? Pare lecito esprimere dei seri dubbi che la Direttiva, qualora venga approvata, porti effettivamente ad un « ravvicinamento delle disposizioni legislative » e più realisticamente temere che, come nel precedente della Direttiva sulla responsabilità del produttore, si arrivi ad una sorta di *pot-pourri* normativo nel quale si confondono legge generale (sul diritto d'autore), legge speciale e legge comunitaria.

3. LE « SINGOLE DISPOSIZIONI » E L'ARTICOLATO.

Esaurito l'inquadramento generale — che ritengo, dove più, dove meno, errato, lacunoso, immotivato e illogico — la Proposta passa ad esporre il contenuto dell'articolato. Converrà, per ovvie ragioni di completezza, considerare congiuntamente i singoli articoli ed il commento che ad essi viene fatto dalla Commissione.

Com'è consuetudine, l'articolato è preceduto da una serie di « considerando » che esplicitano gli intenti degli organi comunitari. Il loro contenuto si è, in gran parte, visto esposto nelle « Osservazioni generali ». Vi sono tuttavia due affermazioni che vanno segnalate: al decimo paragrafo si considera che « in una prima fase la disciplina giuridica (...) può (...) limitarsi ». Ciò farebbe intendere che la Proposta ha una natura provvisoria (il che, francamente, non era stato esplicitato nelle « Osservazioni generali ») cui dovrebbe succedere una normativa assai più complessa.

All'ottavo paragrafo, invece, rilevando che le diverse leggi esistenti conferiscono una tutela diversificata, si osserva che la situazione potrebbe « persino aggravarsi con l'introduzione di nuove normative in materia da parte degli stati membri ». Se ciò significa un sostanziale « altolà » all'iter parlamentare delle proposte presentate in diversi paesi, tutt'altro che chiare sono le modalità attraverso le quali i quattro paesi che hanno introdotto leggi speciali dovranno « uniformarsi ». La posizione più complessa appare quella inglese, ove, con un criterio adottato successivamente in moltissimi paesi del Commonwealth (Trinidad e Tobago, Malesia, Singapore; e fuori di esso, Israele) si sono — *tout court* — equiparati i programmi alle opere letterarie, comportando in tal modo la estensione *per relationem* della generale normativa sul *copyright*.

a) *Art. 1 - Oggetto della tutela.*

La « Proposta » seguendo l'esempio di altre legislazioni (Gran Bretagna, Francia, Germania) non dà una definizione di programma onde consentire un adattamento della tutela « con l'avanzare della *tecnologia* in futuro » (non si può non mettere in corsivo il ricorrente uso di certi termini in tutto il testo). Una soluzione, tutto sommato, ragionevole, salvo chiedersi quando il legislatore comunitario vorrà cercare di coordinare la recente direttiva sui semiconduttori — ormai adottata dalla maggioranza degli Stati membri — con quella sui programmi. Non pare, infatti, difficile prevedere che ad un certo punto i produttori dei c.d. *microchips* si chiederanno perché debba essere loro offerta una tutela deteriore rispetto ad un prodotto affine. Tanto più se questo comprende (v. il quarto paragrafo del commento) « le parti di programma incorporate nell'*hardware* stesso, in forma permanente o rimovibile ».

Il comma 2 dell'art. 1 afferma che « i programmi per elaboratore sono tutelati come opere letterarie ». Ed il commento ribadisce assurdità già illustrate nelle « Osservazioni generali »: basterà riportare questa affermazione che farebbe la delizia di Gorgia da Leontini: « Il fatto che il linguaggio sia comprensibile solo per gli esperti della materia e che alcune manifestazioni del programma possono assumere forme che non sempre possono essere colte dai sensi dell'uomo non osta alla tutela in quanto opera letteraria, dato che le altre opere letterarie possono anch'esse essere incorporate in supporti che necessitano di uno strumento meccanico per renderle percepibili alla mente umana » (cioè: A, che ha l'attributo B, è uguale a C perché anche C può avere l'attributo B; o, per dirla metaforicamente, il fatto che le galline abbiano due zampe non impedisce che siano considerate mammiferi, perché anche taluni mammiferi hanno due zampe).

Il comma 3 si sforza di escludere che la tutela venga estesa a « idee, principi, logica, algoritmi o linguaggi di programmazione su cui è basato il programma ». Il problema è forse il più spinoso che si pone a chiunque voglia delineare una disciplina equilibrata. Quale che sia l'approccio che si intende privilegiare, infatti, occorre partire dall'attenta considerazione della realtà che si vuole regolare e valutare quali fasi e quali aspetti di essa siano meritevoli di tutela. La complessità e la variabilità dell'attività di programmazione sono un ostacolo obiettivo ad una adeguata definizione normativa, la quale corre il fortissimo rischio di trasformarsi in un letto di Procuste o tutelando troppo o troppo poco.

Ancora una volta è la natura dei programmi a dimostrare l'artificialità e la fallacia della scelta del diritto d'autore: infatti il commento è costretto a ripetere il consolidato principio che « il diritto d'autore protegge l'espressione delle idee ma non le idee stesse », ma il termine « espressione » applicato ai programmi appare una finzione, conseguente alla coatta equiparazione alle « opere letterarie », di scarsa utilità. I programmi sono entità appartenenti al mondo della tecnica e

come tali sono funzionali ad una qualche attività. Essi meritano tutela nella misura in cui risolvono innovativamente un problema che viene posto; l'innovatività può consistere, di volta in volta, in una maggiore rapidità, qualità, quantità, adattabilità delle funzioni svolte dal programma. Per valutare sia la innovatività che l'oggetto della tutela il richiamo all'« espressione » appare riduttivo o, quanto meno, fuorviante.

Il confronto con le opere letterarie, che si vorrebbero equivalenti, è illuminante: la narrazione di una vicenda d'amore è protetta sia che venga contenuta in poche pagine o addirittura in un sonetto, sia che venga diluita in un interminabile « polpettone ». Ma rispetto ad un programma — il quale deve svolgere una funzione pratica — che senso ha attribuire la protezione a qualcosa di macchinoso e arzigogolato, mentre si può risolvere — ed è stato risolto — il problema in maniera molto più efficiente? Si dirà che nessuno creerà programmi siffatti; ma è facile replicare che il fatto che essi vengano tutelati solo perché « originali » dimostra che lo schema adottato va fuori bersaglio. E come se si potesse affermare un diritto di privativa sulle ruote quadrate.

Non è dunque l'« espressione » bensì la *funzione* del programma nel suo complesso che merita tutela qualora, e nella parte in cui, essa costituisce un « passo avanti » rispetto all'esistente « stato dell'arte ».

Il commento perentoriamente afferma: « l'unico criterio applicato per determinare la tutelabilità è il criterio dell'originalità, l'opera cioè non deve essere stata copiata. Non si applicano altri criteri di valutazione estetici o qualitativi ». Che la Commissione ci faccia grazia dall'addentrarci nell'estetica della programmazione (di cui peraltro nelle « Osservazioni generali » ha fornito qualche pregevole saggio) è comprensibile; ma quel che è davvero incongruo è ignorare del tutto l'aspetto qualitativo. L'intento è ovvio: abbassare al minimo la soglia di ingresso nella zona di protezione; ma i risultati sono opposti, giacché come è stato più di una volta rilevato, se basta « non copiare » per essere originali, proprio i realmente innovativi saranno penalizzati.

La Commissione ha così scartato una delle proposte più ragionevoli che erano emerse dal « Libro Verde » prodromico alla bozza di direttiva. In tale testo (par. 5.6.7.) si era suggerito di mutuare l'art. 2, par. 2, della direttiva sui semiconduttori il quale recita: « La topografia di un prodotto a semiconduttori è tutelata a condizione che sia il risultato dello sforzo intellettuale del suo creatore e che non sia comunemente conosciuta nell'industria dei semiconduttori. Se la topografia di un prodotto a semiconduttori è costituita da elementi comunemente conosciuti nell'industria dei semiconduttori essa è tutelata solo nella misura in cui la combinazione di questi elementi, nell'insieme, soddisfa le suddette condizioni ».

La « Proposta » non giustifica in alcun modo tale soppressione.

Il quarto comma si articola in due sub-paragrafi: il primo (a) pone

il requisito dell'originalità valutato in base alle « medesime condizioni che si applicano alle altre opere letterarie ». Se ne è già trattato sopra. Il secondo (b) estende la tutela ai programmi realizzati mediante elaboratore valutati secondo il criterio di cui alla lettera (a).

b) *Art. 2 - Paternità dei programmi.*

Il secondo articolo della « Proposta » evidenzia, qualora ve ne fosse bisogno, la natura industrialista della disciplina che si vuole introdurre. Il commento ad esso, peraltro, ingenera più di un equivoco. Afferma il comma 1 che « salvo il disposto dei paragrafi seguenti, autore di un programma per elaboratore è la persona fisica o il gruppo di persone fisiche che hanno creato il programma ». Rifacendosi al consueto esempio delle opere letterarie, il commento spiega che « sebbene il diritto di esercitare diritti esclusivi possa essere trasferito ad altri, l'autore conserva *almeno* il diritto inalienabile di rivendicare la paternità della sua opera ».

Senonché di tale diritto morale non v'è traccia nell'articolato, ove, invece, si stabilisce che il committente (comma 3) o il datore di lavoro (comma 4) sono legittimati, salvo patto contrario, ad esercitare « *tutti* i diritti in relazione al programma ». Manca dunque, nonostante i ripetuti accenni contenuti nel commento, quella norma — pur esistente in tutta la disciplina brevettuale, cui l'art. 2 manifestatamente si ispira — che assicura all'autore il diritto di rivendicare comunque e sempre la paternità della creazione.

La assoluta irrilevanza della posizione dell'autore è peraltro confermata dal proseguio del commento ove si dimostra la mera strumentalità dell'accostamento dei programmi alle opere letterarie: « Quanto agli altri aspetti dei diritti morali degli autori, ad esempio all'integrità dell'opera, le caratteristiche stesse dei programmi per elaboratore li rendono soggetti costantemente a modifiche sostanziali e alla riutilizzazione delle loro parti; la nozione di integrità dell'opera è quindi molto meno rilevante per gli interessi dell'autore di quanto lo sia tradizionalmente nel caso delle altre opere letterarie ».

c) *Art. 3 - Beneficiari della tutela.*

L'articolo non presenta particolari problemi in quanto tende ad applicare i criteri normalmente utilizzati per stabilire se l'autore o il titolare dei diritti straniero possa chiedere la tutela di legge.

d) *Art. 4 - Attività riservate.*

L'art. 4, assieme a quello successivo, delinea il contenuto dei diritti di esclusiva concessi al produttore.

La lettera (a) include nella nozione di attività di riproduzione — riservata al titolare — anche « il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o memorizzazione del programma ». Il commento dedica molto spazio a spiegare il senso di tale estensione, ma

con esiti scarsamente convincenti. Il commento infatti non riesce ad andare oltre la tautologica affermazione che l'attività di caricamento, visualizzazione ecc. vanno vietate perché « potenzialmente lesive degli interessi del titolare del diritto ». La confusione di idee è eclatante nel punto in cui il commento giunge ad invocare il pericolo dei c.d. *hackers* per giustificare le proprie scelte: « I programmi per elaboratore sono particolarmente esposti non solo alla duplicazione mediante mezzi elettronici ma anche ad adattamento, distruzione o alterazione non autorizzati o per scopi di lucro o per fini politici. I programmi per elaboratore che controllano le operazioni bancarie, militari o di sicurezza devono essere protetti da attacchi attuati mediante « penetrazione » — ossia l'accesso non autorizzato nel sistema per rimuovere, aggiungere o cambiare le informazioni ivi contenute. Siffatti comportamenti dolosi o di sabotaggio possono essere controllati solo se agli autori vengono conferite ampie facoltà, che possono essere fatte valere in giudizio, per proteggere i programmi dalla riproduzione ».

Ora non è chi non veda (e conosca) la differenza fra programma e base di dati; ed il richiamo alla tutela del diritto d'autore ha altrettanto senso che avrebbe qualora si volesse attraverso di esso difendere il catalogo di una biblioteca dal malintenzionato che manomette e disordina le schede.

La lettera (b) riserva al titolare l'adattamento del programma, inteso nel senso — così esplicita il commento — « di traduzione da un linguaggio di programmazione in un altro, oppure in un adattamento di un programma finalizzato all'esecuzione di una funzione affinché possa compierne un'altra ». Tale riserva — accomunata ai divieti di cui all'art. 5 — comporta la non modificabilità del programma da parte dell'utente.

La lettera (c) assicura al titolare il diritto esclusivo di controllare la distribuzione del programma in tutte le sue fasi, salvo nel caso di vendita, per il quale il controllo si esaurisce con la prima cessione.

Il commento spiega l'attribuzione di tale diritto con la necessità di impedire l'abusiva riproduzione nel corso di rapporti contrattuali che concedono all'utente solo un limitatissimo godimento del programma. In tal modo si rende possibile una azione extracontrattuale nei confronti del terzo beneficiario, che altrimenti sarebbe immune da responsabilità, essendo l'unico soggetto passivo il primo locatario o licenziatario.

Il senso dell'art. 4 pare possa essere illustrato in un modo molto più semplice di quanto non faccia il commento. Posto come obiettivo quello di impedire ogni uso non consentito del programma la Proposta cerca di attribuire natura legale alle limitazioni ricorrenti negli usi contrattuali. Chiunque abbia letto qualcuno dei formulari standardizzati si rende conto che le loro previsioni sono sintetizzate nell'art. 4. Il nocciolo di tale norma è l'attribuzione al titolare di un diritto che non è tanto di esclusiva, quanto, praticamente, *reale* sul programma e *sul suo supporto*. Nel senso che non è il programma ad

essere concesso in uso, quanto più precisamente una copia ben identificata con la quale potranno essere svolte solo determinate e limitate funzioni.

Si assiste cioè ad una corporalizzazione di un'entità non materiale: il programma locato o licenziato va considerato alla stregua di una autovettura presa a nolo o di un ombrellone affittato sulla spiaggia. La legge — secondo gli intenti della Proposta — permette al conduttore/licenziatario di trarre dal bene solo quelle utilità preventivamente concesse dal titolare e fa divieto di qualsiasi uso ulteriore o diverso e, ovviamente, di qualsiasi attività che consenta addirittura un uso illimitato.

Il contenuto del diritto che viene così a configurarsi — per quanto pienamente integrabile nel nostro sistema giuridico — accentua ulteriormente la differenza da qualsiasi opera creativa dell'ingegno. Questo per la semplicissima ragione che la natura dei programmi è funzionale ad un risultato ulteriore (realizzato da una macchina) ed è questo il loro valore d'uso. Ogni paragone con « altre opere » proposto dalla Commissione si tinge di ridicolo, giacché se pure uno spartito musicale o un libro di ricette sono strumentali all'esecuzione di un brano o alla preparazione di un buon pranzo, a nessuno verrebbe mai in mente — perché non avrebbe senso né giuridico né economico — di imporre all'utente di suonare il brano attenendosi alle note, senza possibilità di variare, oppure vietargli di aggiungere o togliere sapori e ingredienti alla pietanza.

e) *Art. 5 - Deroghe riguardanti le attività riservate.*

L'articolo porta in rubrica l'indicazione di « deroghe », ma, in realtà, il suo contenuto tende ad essere ulteriormente limitativo, questa volta rispetto ai normali schemi contrattuali civilistici.

Nelle « Osservazioni generali » si era seguita la bipartizione fra licenza d'uso e vendita del programma, ipotizzando — con scarso realismo — che all'utente è consentito di scegliere fra i due schemi contrattuali.

Alla licenza d'uso si applicano (nei confronti del concessionario) tutte le limitazioni imposte dall'art. 4. Ma, come si vedrà, esse si estendono, in parte, anche alla « vendita ». Il comma 1 dell'art. 5 stabilisce infatti che quando i programmi sono « stati venduti o messi a disposizione del pubblico con modalità diversa da un accordo di licenza scritto, sottoscritto da entrambe le parti, non è necessaria l'autorizzazione del titolare del diritto per gli atti enumerati nell'art. 4, lett. a) e b), *sempre che si tratti di atti necessari all'uso del programma*. La riproduzione e l'adattamento del programma *per scopi diversi dall'uso* del medesimo sono subordinate all'autorizzazione del titolare dei diritti ».

È facile avvedersi che in tal modo quella che viene definita « vendita » è in realtà una concessione d'uso appena un po' più ampia di quella prevista dall'art. 4. Le conclusioni sono due: l'utente non ha

nemmeno teoricamente — figuriamoci praticamente — la possibilità di acquistare un programma attraverso lo schema della vendita — quel contratto cioè con il quale si trasferisce la proprietà di un bene (oppure di un diritto: ma se il diritto è quello di godere del bene avremo un contratto di locazione o licenza e non una vendita). Ed è difficile qualificare come « proprietà » la situazione giuridica connotata dalla possibilità di un uso così limitato e finalizzato a « scopi » normativi fissati.

La seconda conclusione è che in tal modo sono state accolte di fatto — normativizzandole — le pratiche vessatorie che i produttori tentavano di imporre attraverso l'unilaterale predisposizione delle clausole c.d. *shrink-wrap* che in nessun ordinamento — di *civil law* o di *common law* — avrebbero mai potuto avere valore (e vincolo) contrattuale. Il commento ripropone la tesi del « necessario compromesso tra gli interessi dei fornitori e quelli dei consumatori di programmi », ma si gradirebbe che il legislatore comunitario si risparmiasse simili ipocrisie, chiamando « compromesso » quel che invece è la abrogazione dei diritti degli utenti e lo stravolgimento di schemi contrattuali frutto di una secolare ricerca di equilibrio economico-giuridico fra le parti.

Chiarita così la reale portata delle *soi-disants* deroghe, non vale nemmeno la pena di soffermarsi granché sul commento dell'art. 5, il quale semplicemente rincara la dose, specificando che va vietata la creazione di una copia di riserva (si badi: nella « vendita »; le leggi francese e spagnola la consentono già nella licenza d'uso, ma ovviamente tale graziosa concessione di legislatori tutt'altro che anti-produttori dovrà ora essere cancellata).

Si aggiunga — ma solo per sottolineare ancora una volta il procedere argomentativo non corretto del Commento — che per negare all'« acquirente » la possibilità di modificare o adattare il programma di sua « proprietà » si adducono (art. 5, n. 1) ragioni che hanno senso solo nel caso di un contratto di licenza, quali la presenza di un contratto di manutenzione oppure di sistemi di conteggio incorporati nel programma « venduto ».

f) Art. 6 - Violazioni indirette.

L'art. 6 introduce due nuove fattispecie di illecito connesse con la particolare tutela concessa ai produttori di programmi.

Il comma 1 qualifica come « violazione dei diritti esclusivi dell'autore » il possesso « di copie illecite da parte di chi sappia o abbia motivo di ritenere che si tratti di copie illecite ».

Il comma 2 sanziona « la fabbricazione, l'importazione, il possesso e il commercio di prodotti specificatamente intesi a facilitare la rimozione o l'esclusione dei dispositivi tecnici eventualmente applicati a protezione dei programmi ».

Le due disposizioni si inquadrano perfettamente nel disegno iperprotettivo dalla proposta; assistite, come saranno, da disposizioni pe-

nali ricordano tanto quelle contravvenzioni contenute nel Codice Rocco che puniscono chiunque abbia il possesso ingiustificato di chiavi alterati o di grimaldelli (art. 707 cod. pen.). C'è da ritenere che — almeno per il nostro paese — l'efficacia deterrente sarà analoga, e cioè nulla.

g) *Art. 7 - Durata della protezione.*

La durata della tutela viene fissata in 50 anni dalla data di creazione del programma. Nel telegrafico commento non si spiega perché si è optato per il termine più lungo, considerando che il « Libro Verde » aveva suggerito una durata fra i 20 e i 50 anni. Ma forse quanto si è scritto finora è sufficiente per individuare le ragioni del silenzio.

4. LE CONCLUSIONI POLITICHE.

Il testo della « Proposta » si conclude con delle « linee politiche », che costituiscono una dichiarazione d'intenti. In altre parole la Commissione non ha voluto in alcun modo affrontare nell'articolato il nodo della portata ipermonopolistica del diritto d'autore ed ha preferito esprimersi in forma indiretta. Gli interlocutori sono, con tutta evidenza, i produttori extra-comunitari, primo fra tutti IBM ai quali viene minacciata la possibilità di ricorrere all'art. 86 trattato CEE qualora si tentasse di estendere « la portata della protezione ad aspetti dei programmi che non possono essere protetti dal diritto d'autore » oppure qualora « un'impresa dominante rifiuti abusivamente l'accesso » alle informazioni relative alla sua struttura, oppure « lo limiti in modo contrario alla logica ».

Si comprende con ciò che la Commissione ritiene che i rapporti con i produttori non comunitari sia una questione tutta « politica » da risolvere in base all'esercizio di poteri discrezionali. Colpisce ancora una volta l'adozione di due pesi e due misure, nei confronti di utente (vessato da rigidissime limitazioni) e produttore (sostanzialmente *legibus solutus*).

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La Commissione ha impostato male e risolto peggio un problema serio e degno della massima attenzione quale quello della protezione delle nuove entità tecnologiche. Ma sarebbe un errore ingigantire la questione dei programmi, che costituiscono un settore sì importante ma economicamente ancora marginale se confrontato con il complesso delle attività industriali, commerciali ed agricole. Quel che più preoccupa è il *metodo* adottato dalla Commissione che evidenzia una sindrome da apprendista stregone, nella versione tragi-comica che ne dà il celebre cartone animato disneiano. La « Proposta » è opera di somma rozzezza giuridica e culturale; come se per risolvere il proble-

ma dei posteggi a Roma si proponesse — sol perché efficace — l'uso del Colosseo e di P.zza San Pietro. Istituti quali la proprietà, il contratto, il diritto d'autore, le privative industriali vengono manipolati con totale inconsapevolezza del loro intrinseco significato e funzione. La creazione di un sistema giuridico è anche operazione culturale, e la costruzione di una Europa unita è anche rispetto per le sue tradizioni giuridiche che la Commissione ha il compito istituzionale di preservare anziché cimentarsi in deplorevoli esercizi di *fast-law*.

L'aver visto il problema dei programmi per elaboratore né più né meno di un regolamento sul contingente di cavoli cinesi da importare dal Marocco (Reg. 2395/89) oppure sui dazi per costumi e mutandine da bagno da importare dalla Tailandia (Reg. 2851/89) è sintomo di una concezione « bottegaia » della Comunità Europea. Il constatare — poi — che la Commissione si sia supinamente adeguata alle tesi più oltranziste di potenti gruppi di pressione, senza curarsi minimamente non si dice dei cittadini-utenti, ma di altri settori industriali che sono poi i principali percossi dalla Proposta, sia in quanto utenti, sia in quanto produttori di beni che non godono di altrettanta tutela, getta delle ombre assai sinistre sul futuro delle istituzioni europee e sulla loro capacità di adempiere alla funzioni ad esse assegnate dal Trattato di Roma.