

delle spese nel calcolo del TEG) sono indicate (sub 7) fra le varie voci da comprendere nel calcolo anche:

“gli oneri per la messa a disposizione dei fondi, le penali e gli oneri applicati nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato e la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti.”

La disposizione in parola, per quel che interessa in questa sede, può essere considerata norma di interpretazione autentica del quarto comma dell'art. 644 c.p. in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte non possono essere censurate le conclusioni, in punto di diritto, a cui è pervenuto il giudice di merito che ha interpretato l'art. 644, IV comma, c.p. nel senso che la Commissione di massimo scoperto rientra fra gli oneri che devono essere presi in considerazione per il calcolo del Tasso Effettivo Globale riferito ai rapporti bancari oggetto del presente giudizio.

Di conseguenza deve essere respinto il ricorso proposto da Cesare Caletti, Celestino Pietro Locati, Alessandro Maria Piozzi e Roberto Marini.


Tutti i ricorrenti, conseguentemente devono essere condannati al pagamento delle spese del procedimento. Inoltre Enrico Orsini e Federica Ciotti devono essere condannati - ravvisandosi profili di colpa nella determinazione della causa di inammissibilità - al pagamento a favore della Cassa delle ammende di una somma che, alla luce del dictum della Corte costituzionale nella sentenza n.

186 del 2000, si stima equo determinare in euro 1.000,00 (mille/00) ciascuno. (*Omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE PENALE (*)
SEZ. III, 22 DICEMBRE 2009, N. 49385
(UD. 22 OTTOBRE 2009)

PRES. GRASSI – EST. FRANCO – P.M. GRACI (DIFF.) – RIC. BAZZOLI

Beni immateriali | Diritti di autore (proprietà intellettuale) | Detenzione, a scopo imprenditoriale, di programmi privi del contrassegno Siae | Riferibilità anche alla condotta di detenzione ed utilizzazione nell'ambito di un'attività libero professionale.

 Non integra il reato di cui all'art. 171 bis, comma primo, L. 27 aprile 1941, n. 633, la detenzione ed utilizzazione, nell'ambito di un'attività libero professionale, di programmi per elaboratore privi di contrassegno SIAE, non rientrando tale attività in quella “commerciale o imprenditoriale” contemplata dalla fattispecie incriminatrice. (In motivazione la Corte ha precisato che l'estensione analogica non sarebbe possibile in quanto vietata ex art. 14 Preleggi, risolvendosi in un'applicazione “in malam partem”). (*l. 27 aprile 1941, n. 633, art. 171 bis; l. 18 agosto 2000, n. 248, art. 13*)

(*) Questa sentenza è stata pubblicata per esteso in *questa Rivista* 2010, 266. Si riporta ulteriormente la sola massima con relativa nota di EMANUELE M. FORNER.

“CI SON PIÙ COSE IN CIELO E IN TERRA ...”

di **Emanuele M. Forner**

SOMMARIO

1. Il caso in concreto. 2. L'illiceità nell'utilizzo di software senza (o fuori dei casi previsti dalla) licenza d'uso. 3. L'illiceità nel caso in concreto e il ragionamento della Suprema Corte. 4. Considerazioni finali e de iure condendo.

1. Il caso in concreto

Nei computer dello studio professionale di un geometra erano stati installati - e venivano utilizzati - noti software proprietari sprovvisti della regolare licenza d'utilizzo; il professionista veniva pertanto rinviato a giudizio sull'ipotesi di violazione dell'art. 171 bis L. 22 aprile 1941, n. 633 e condannato in primo grado dal Tribunale di Rovereto «per avere abusivamente duplicato per trarne profitto, installandoli su quattro postazioni di lavoro del detto studio, i programmi Microsoft Office 2000 e Windows 2000, mancanti delle previste licenze d'uso».

L'imputato ricorreva in appello sostenendo che la previsione penale in questione non sarebbe stata applicabile al suo caso, poiché dettata solo per l'utilizzo di software “a scopo imprenditoriale” e non per l'utilizzo “a scopo professionale”, stante la profonda diversità sostanziale fra le due finalità e vigente il divieto di analogia in malam partem nella materia penale.

La Corte d'Appello di Trento confermava invece la condanna di primo grado, ritenendo che a integrare la fattispecie punibile non fosse necessario lo scopo commerciale o imprenditoriale ma solo il fine di trarne profitto, che nella specie sussisteva (così, implicitamente e apparentemente, rifacendosi a Cass. pen., sez. III, 8 maggio 2008, n. 25104, Melesi - da noi commentata in *Giur. It.*, 2009, 1241 e in *questa Rivista*, 2009, 494).

Operando ciò che prima facie appare una vera e propria inversione di rotta (benché la stessa Suprema Corte si premuri di affermare che così effettivamente non è), la Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione manda invece assolto il professionista - con la sentenza in rassegna - con la più ampia formula dell'insussistenza del fatto contestato, non ritenendo neppure configurabile l'alternativa ipotesi che il fatto non sia previsto dalla legge come reato.

Quid nunc?

È forse necessaria una qualche palinodia di quanto da noi sostenuto nel nostro commento alla citata precedente sentenza della medesima Terza Sezione Penale?

O non s'imporrà invece un'aspra critica a una decisione apparentemente “criminogena”?

Niente di tutto ciò, invero.

Da un lato, non rinneghiamo una parola di quanto da noi scritto in precedenza, nonostante il revirement della Suprema Corte vi sia in effetti stato, a dispetto di quanto da questa stessa affermato (si veda al § 6.8 della motivazione).

Dall'altro, la decisione in esame è tecnicamente ineccepibile: si pone, piuttosto, l'esigenza di rivedere la normativa in questione, per adeguarla allo stato dell'arte o meglio ancora per ripensare la tutela del diritto d'autore alla luce del progresso tecnologico, che apre prospettive impensabili all'epoca in cui la norma fu emanata e anche in cui è stata in seguito aggiornata.

Ma andiamo con ordine.

2. L'illiceità nell'utilizzo di software senza (o fuori dei casi previsti dalla) licenza d'uso

I “programmi per elaboratore elettronico” (espressione che forse suona un tantino paludata, in confronto al ben più agile e sintetico “software” di quotidiano uso) sono considerati, nel nostro ordinamento giuridico, opere dell'ingegno, alla stregua delle opere artistiche, e come tali tutelati dalla normativa in materia di diritto d'autore (segnatamente, la L. 22 aprile 1941, n. 633 intitolata alla “Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”).

A livello di ricostruzione sistemica, la tutela penale del diritto d'autore relativa al software è posta dal citato art. 171 bis L. 22 aprile 1941 n. 633, che punisce con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da € 2.582,00 a € 15.493,00 «chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE)» (la norma contempla, poi, altre condotte, comunque pure finalizzate all'elusione o alla violazione del copyright).

È, peraltro, necessario leggere tale previsione in combinato disposto agli artt. 12-19 e 64 bis, 64 ter e 64 quater della medesima L. n. 633/1941, in cui si stabiliscono i diritti esclusivi di sfruttamento del software in capo all'autore e/o produttore dello stesso, al fine di poter definire il campo di operatività dell'avverbio “abusivamente” che qualifica (necessariamente) le attività ritenute illecite dall'art. 171 bis che costituisce, quindi, una “norma penale in bianco”.

Orbene, va ulteriormente precisato che ciascun software è corredato da una sua propria licenza d'uso, cioè da una dichiarazione di volontà formata dal produttore del software nella quale il produttore stabilisce per quali scopi e con quali modalità il software stesso possa essere utilizzato dall'utente finale(1); l'utilizzo del software implica, pertanto, l'accettazione da parte dell'utente finale delle

condizioni generali di contratto in cui consiste, in effetti, la licenza d'uso, così concretando ciò che viene talvolta indicato come «contratto per adesione» cioè, una «struttura negoziale» finalizzata «a regolare una serie indefinita di rapporti, mentre non possono ritenersi tali i contratti predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento a una singola, specifica vicenda negoziale e a cui l'altro contraente possa, del tutto legittimamente, richiedere ed apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto, né, a maggior ragione, quelli in cui il negozio sia stato concluso a seguito e per effetto di trattative svoltesi tra le parti».(2)

L'abuso, pertanto, si concreta nell'utilizzo (nelle forme elencate dalla norma incriminatrice) dei programmi informatici in maniera difforme da quanto consentito dalla licenza d'uso che accompagna ciascun software.

Tale ricostruzione appare indispensabile ai fini della legittimità anche costituzionale della norma incriminatrice, dal momento che, in ultima analisi, occorre rifarsi alla licenza d'uso dello specifico software - cioè, a un atto dell'autonomia negoziale privata - per stabilire cosa sia lecito e cosa no anche ai fini penali.

Data la gran varietà delle licenze d'uso esistenti, non è opportuno addentrarci in questa sede in un'approfondita disamina in materia, potendo essere sufficiente considerare una prima summa divisa fra licenze d'uso a titolo oneroso e licenze d'uso a titolo gratuito, a seconda, cioè, che sia richiesto o meno all'utente finale il pagamento di un corrispettivo in danaro per il legittimo utilizzo del software.

La gratuità della licenza d'uso non esclude che il software che essa accompagna sia comunque di tipo proprietario, ossia rigidamente controllato dal produttore (che, per esempio, non ne renda accessibile il codice di programmazione - c.d. sorgente - oppure ne vieti la modifica e la redistribuzione, ecc.); in tali casi, si parla anche di freeware, cioè software gratuito, da non confondere con il free software, cioè software libero, le cui condizioni di licenza potrebbero anche non includere la gratuità (anche se quasi sempre il software libero è pure gratuito) ma comunque consentono attività che il software proprietario normalmente vieta.

Le più note e grandi software house - Microsoft in primis, giacché nel caso in esame erano suoi i programmi abusivamente utilizzati - realizzano anche programmi freeware, ma richiedono il pagamento di un corrispettivo per la licenza d'uso nel caso dei loro prodotti più importanti, quali i sistemi operativi (cioè, l'insieme dei programmi necessari a far funzionare un computer, come l'antico MS-DOS o il notorio Windows, nelle versioni che si sono succedute nel tempo) ovvero gli applicativi di maggior utilizzo e diffusione (come i programmi per l'attività d'ufficio - elaborazione di testi, calcolo complesso, gestione di basi da dati, ecc. - quali l'altrettanto notorio Office, anche que-

sto sviluppato in numerose versioni nel corso degli ultimi anni).

Per completezza di trattazione, può essere di qualche interesse riferire che, di solito, il regolare acquisto della licenza di un programma informativo può avvenire in due modi:

a) acquisto della licenza simultaneamente all'acquisto di hardware cui la stessa è funzionalmente collegata (per esempio, acquistando un personal computer); in tal caso, la licenza è stata acquistata a monte dal produttore dell'hardware, che la cede poi all'acquirente finale, in forza di una facoltà che il produttore del software gli ha concesso all'atto dell'acquisto della licenza; si tratta del fenomeno noto come licenza OEM (acronimo per Original Equipment Manufacturer, cioè "produttore di apparecchiature originali"), per cui il software non è legittimamente utilizzabile che con la macchina a corredo della quale è fornito (pertanto, non può essere trasferito su altro apparecchio, neppure nel caso in cui l'originario divenga per qualche ragione inutilizzabile); solitamente, ciò comporta altresì che la licenza del software venga rilasciata a un prezzo sensibilmente inferiore a quello praticato per una licenza senza tale vincolo (il costo della licenza, diviene una componente del costo complessivo del computer); la dimostrazione del legittimo acquisto della licenza viene data (normalmente) dal documento fiscale rilasciato dal rivenditore;

b) acquisto della licenza a sé stante (c.d. licenza stand-alone); in tal caso, l'acquirente è l'utente finale, il quale ha la facoltà di installare e utilizzare il software contemporaneamente su tante macchine quante ne prevede la licenza specifica (da 1 a n); il software è quindi indipendente dalla macchina (o dalle macchine) su cui viene installato ed eseguito e quindi può legittimamente anche essere disinstallato da un determinato computer e reinstallato su un altro; la dimostrazione del legittimo acquisto della licenza consiste nel supporto materiale sul quale è presente il software (disco ottico e confezione di vendita, che riportano anche, solitamente, dei codici alfanumerici che identificano univocamente la licenza) oppure, nel caso di software scaricati da Internet, in una comunicazione a mezzo posta elettronica dal produttore/rivenditore all'acquirente (anche in questo caso, solitamente contenente dei codici di riconoscimento).

3. L'illiceità nel caso in concreto e il ragionamento della Suprema Corte

Nel caso affrontato dalla sentenza in commento, appare pacifico che il professionista incriminato detenesse e utilizzasse i menzionati software Microsoft senza essere in possesso di regolare licenza d'uso, cioè senza aver pagato il corrispettivo in danaro che il produttore del software richiede per concedere il diritto all'utilizzo degli stessi.

Dal testo della sentenza non è dato ricavare elementi che precisino meglio i termini più di un tanto; ciò sarebbe potuto risultare interessante (anche nella prospettiva di

una difesa) per comprendere se l'abusiva installazione del software nei computer del professionista fosse avvenuta a sua insaputa (cioè, perché il rivenditore gli avesse falsamente rappresentato la regolarità dell'installazione, magari incassando pure il corrispettivo della licenza OEM) ovvero con la connivenza dello stesso professionista (per risparmiare il costo della licenza). In ogni caso, tale aspetto può tranquillamente dirsi irrilevante ai fini del presente commento.

A ben vedere, infatti, la Suprema Corte non afferma - mai e in nessuna parte - che il comportamento del professionista fosse lecito; semplicemente, il Giudice di legittimità deve rilevare che il fatto ascritto al geometra non ricade entro la previsione della norma penale.

Il fatto, quindi, non è penalmente illecito; di qui a dire che sia tout court lecito, ce ne corre, e parecchio.

Con un'ampia e accurata disamina (ai §§ 6.1 - 6.8) la Suprema Corte rileva infatti come la previsione incriminatrice concerna solo attività di tipo "commerciale" e/o "imprenditoriale", nel mentre tali categorie sono inapplicabili all'attività di tipo "libero professionale" (con una sola salvezza, che peraltro non riguarda il caso in esame).

In parole povere, secondo la Corte di Cassazione il libero professionista, che detenga e utilizzi nel proprio studio professionale programmi per computer in maniera non conforme alle rispettive licenze d'uso, non commette reato.

Va, a questo punto, rilevato come, con la citata sentenza n. 25104/2008, la medesima Sezione Terza Penale della Suprema Corte aveva affermato l'esatto contrario, confermando la sentenza di patteggiamento con la quale un altro libero professionista era invece stato condannato per un fatto pressoché identico (i programmi erano altri, ma ugualmente detenuti e utilizzati in violazione della licenza d'uso).

L'estensore si preoccupa di sottolineare come in effetti non vi sia contraddizione fra le due pronunzie, ma a noi pare evidente che tale "non contraddizione" venga raggiunta all'esito di un ragionamento condotto più sul piano formale e processuale che sostanziale e di merito (vedi il § 6.8) (si potrebbe anche dire che, in quel caso, il professionista non sia stato difeso proprio al meglio e che nel contempo la Suprema Corte sia incorsa in una svista, non considerando allora quanto avrebbe poi nella sentenza in commento ...).

Ma, si diceva, non per tanto un siffatto comportamento può dirsi tout court lecito.

Vi è, quantomeno e indubitabilmente, un'illiceità di natura civilistica, consistente nella violazione della licenza d'uso e che si concreta nell'utilizzo del software senza pagarne il dovuto corrispettivo; più correttamente, siamo in presenza dell'inadempimento di una delle parti contraenti nel contesto di un contratto con prestazioni corrispettive.

Trova, quindi, applicazione la previsione dell'art. 1455 c.c., con la facoltà alternativa per il produttore del softwa-

re di esigere il pagamento del corrispettivo dovuto ovvero di risolvere il contratto (inibendo, così, all'utilizzatore di continuare a usare il programma), salva in ogni caso per il medesimo produttore la possibilità di richiedere il risarcimento del danno che l'abusivo utilizzo del software possa avergli provocato.

Si potrebbe, d'altro canto, azzardare anche la riconduzione della fattispecie entro la previsione dell'art. 646 c.p., poiché:

a) sussiste l'"ingiusto profitto" (poiché l'utilizzatore del software trae un'utilità senza sopportarne i costi);

b) sussiste l'"appropriazione" (non già del software quanto, e piuttosto, delle legittime facoltà connesse a e concesse dalla licenza d'uso).

Dobbiamo, tuttavia, subito eccepire che, per quanto suggestiva, all'interpretazione appena delineata osta quantomeno l'ardua riconducibilità del bene da tutelare nella definizione di "cosa mobile", poiché la Giurisprudenza ha sinora escluso che in tale concetto possano ricomprendersi anche le res immaterialis.⁽³⁾

Ove, peraltro, avvenisse un qualche ripensamento giurisprudenziale della nozione di "cosa mobile" (stante la sempre più ampia "immateralizzazione" dei beni, anche per il costante e pervasivo diffondersi degli strumenti informatici nella vita quotidiana), tale tesi potrebbe forse acquistare un qualche fondamento.

4. Considerazioni finali e de iure condendo

All'esito delle riflessioni di cui supra, potremmo dunque azzardare un calembour del tipo "dalla licenza d'uso alla licenza di delinquere"?

O ancora, definire "criminogena" la sentenza in commento, poiché venendo meno lo spauracchio della punizione penale la gran parte dei liberi professionisti d'Italia non si preoccuperà più di essere in regola con le licenze d'uso (bensì il contrario, considerando anche quanto costose queste siano, quantomeno per i programmi di maggior diffusione, tipo quelli riguardati dal caso de quo)?

La risposta è: no, o perlomeno, non del tutto.

I software proprietari, difatti, se in casi come quello di cui abbiamo ragionato non godono della tutela penale, sono tuttavia - e sempre - tutelati in sede civile.

È pur vero che il professionista "colto in fallo" sarebbe pur sempre tenuto al pagamento del corrispettivo di licenza, nonché al risarcimento dell'eventuale danno; peraltro, quest'ultimo finirebbe verosimilmente col coincidere con il mancato introito del mero costo della licenza, difficilmente potendo una grande software house dimostrare un maggior danno in relazione a un pugno di licenze, quando i numeri del suo business contemplano milioni e milioni di copie dei suoi software in uso sui computer di tutto il mondo (a meno di non concepire una class action al contrario, cioè un soggetto singolo contro una pluralità indeterminata di possibili convenuti, ma saremmo ben oltre anche il "fantadiritto", suavia!).

Cosicché, appare verosimile che, col superamento della sentenza Melesi, la gran parte dei liberi professionisti che non fosse già in regola con le licenze d'uso dei software utilizzati nella propria attività, non avvertirà certo l'urgenza di farlo adesso, dal momento che tutto ciò che può rischiare è solo di doverlo fare se e quando fosse eventualmente scoperto il suo inadempimento contrattuale, senz'altra negativa conseguenza.

In realtà, quello che la sentenza in esame svela è la grave arretratezza e inadeguatezza della normazione rispetto a un fenomeno in costante evoluzione qual è l'informatica e i suoi concreti modi d'essere [pensiamo al concetto di cloud computing, inimmaginabile se non ai più evoluti "addebi ai lavori" sino a pochissimi anni fa e oggi invece quotidianamente declinato da servizi di grandissima diffusione come, per esempio, Google Documenti o YouTube(4)].

D'altra parte, è pure ipotizzabile che realtà come la Business Software Alliance (associazione internazionale nata nel 1988 che si occupa di contrastare la pirateria informatica, principalmente nel campo della violazione del copyright sui software da parte dalle aziende e che annovera tra i suoi membri imprese del calibro di Adobe, Apple, Corel, Microsoft e Symantec) premeranno sui parlamenti per far adeguare ed estendere massimamente la tutela dei loro interessi (in breve, lobbying).

Allora, si tratta in realtà di far compiere ai consociati un salto culturale, favorendo la conoscenza e coscienza del fenomeno informatico, non in favore di un tecnologismo aprioristico ed estetizzante, ma in considerazione che il fenomeno informatico è realtà ormai quotidiana in pressoché ogni campo dell'umana esistenza; non è più il futuro, è il presente.

Quando il costo delle licenze d'uso dei programmi informatici di più comune necessità è tale da rappresen-

tare un ostacolo di non poco momento, il rimedio non è la pirateria informatica, ma il ricorso al software libero, che rappresenta nella maggior parte dei casi una valida ed equivalente alternativa, offerta pressoché gratuitamente.

Tale soluzione appare già presente al legislatore: gli articoli 68-70 del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.L.vo 7 marzo 2005, n. 82) stabiliscono un rilevante e significativo indirizzo di principio verso lo sviluppo, l'uso e il riuso di programmi informatici a codice aperto e in buona sostanza rispondenti ai dettami del c.d. free software.(5)

Si tratta, adesso e solo, di non lasciare che ciò costituisca solo l'ennesima buona intenzione abbandonata poi allo stato di mera enunciazione di principio, non vincolante.

Il mondo va avanti: sarebbe solo sciocco e assurdo rimanere fermi.

NOTE

(1) Nei rari casi in cui il software non sia accompagnato da una licenza di alcun tipo, si presume che sia "di pubblico dominio", cioè non soggetto a restrizione di sorta.

(2) Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2002, n. 2208, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e *Contratti*, 2002, 6, 581; si veda anche, in conformità, Cass. civ., sez. I, 14 agosto 1997, n. 7626, in *Mass. Giur. It.*, 1997.

(3) Si vedano, per esempio: Cass. pen., sez. II, 26 settembre 2007, n. 36592, in *CED Cassazione*, 2007 ed in *questa Rivista*, 2008, 803, in tema di quote societarie; Pret. Bergamo, 18/04/1997, in *Foro It.*, 1998, II, 128, a proposito dell'utilizzo di un'opera dell'ingegno (il software è, appunto, tale).

(4) Il sito internet YouTube (<http://www.youtube.com>) è online dal febbraio 2005, mentre il servizio Google Documenti ha avuto inizio nel febbraio 2007.

(5) Quanti desiderassero maggiori informazioni circa il software libero e open source potranno trovare una prima introduzione alla materia sul sito internet della Free Software Foundation (<http://www.gnu.org/home.it.html>).