

**CASSAZIONE
SEZ. III PENALE**

27 FEBBRAIO 2002

PRESIDENTE: SAVIGNANO

RELATORE: NOVARESE

PM: D'AMBROSIO

RICORRENTE: MASALA

Diritto d'autore

- **Duplicazione di programmi per elaboratore**
- **Duplicazione parziale**
- **Assenza del contrassegno SIAE • Configurabilità del reato previsto dall'art. 171-bis, legge 633/1941**
- **Abrogatio legis**
- **Esclusione**

Il reato di cui all'art. 171-bis, legge 633/1941, ha natura istantanea e si consuma nel luogo e nel momento in cui è intervenuta l'abusiva duplicazione.

Il termine duplicazione deve essere considerato non solo tramite un'interpretazione letterale e monistica del vocabolo, pur correlato con differenti disposizioni ma anche attraverso l'analisi logico-sistematica, teleolo-

gica e storica della norma nella sua globalità.

È penalmente rilevante anche l'abusiva duplicazione di parte di un programma, purché dotato di una propria autonomia funzionale e, comunque, costituente il nucleo centrale.

L'art. 64-quater legge cit., nel disciplinare il c.d. reverse engineering, considera in modo eminente gli interessi del titolare del programma e delimita in maniera rigorosa la possibilità di riproduzione, anche parziale vietando che le informazioni siano utilizzate per ogni altra attività che violi il diritto d'autore.

La previsione dell'apposizione del bollino S.I.A.E. mira a combattere la c.d. pirateria informatica ed ad escludere ogni questione sulla configurabilità dell'elemento psicologico nel delitto di ricettazione.

Masala Gianfranco ha proposto ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Bologna del 3 maggio 2001, con la quale veniva condannato per il reato di abusiva duplicazione di un software, deducendo quali motivi l'erronea applicazione dell'art. 171-bis, legge n. 633/1941 e la mancanza ed illogicità manifesta della motivazione, poiché la nozione di duplicazione, secondo quanto affermato dal giudice di primo grado, comporta la realizzazione di una copia identica del programma, sicché la copia delle specifiche funzionali e del programma - sorgente non concretizza la fattispecie astratta del delitto, nonostante costituisca illecito civile, mentre è manifestamente illogica la motivazione, in quanto si fonda su situazioni fattuali irrilevanti ai fini della sussistenza del reato quali il possesso, da parte del ricorrente, del software Ristomat anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro, l'incapacità di fornire adeguata spiegazione di tale possesso, la rapidità dei tempi con cui la società Agape sia riuscita ad inserirsi nel mercato dei c.d. buoni pasto, il passaggio del ricorrente alla Ristomant all'Agape in posizione apicale e lo stesso abbandono di una simile impostazione da parte della difesa, basata su differenti presupposti, l'erronea applicazione dell'art. 171-bis, l. cit., poiché il precetto, così come modificato dalla legge n. 248/2000, non comprende la fattispecie in esame, giacché la tutela apprestata dalla norma riguarda non il programma in sé, ma il supporto contrassegnato dalla SIAE, e la mancanza e/o manifesta illogicità della motivazione sul punto,

in quanto appare del tutto inconferente il richiamo all'art. 16, legge n. 248/2000, relativo a fatti diversi da quelli per cui è causa, mentre l'interpretazione dell'art. 171-bis nella nuova formulazione non appare chiara ed insuscettiva di equivoci.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Occorre rilevare che il reato contestato ha natura istantanea e si consuma nel luogo e nel momento in cui è intervenuta l'abusiva duplicazione, sicché, indipendentemente dall'omessa distinzione tra momento in cui illecitamente il ricorrente si è appropriato del programma e quello nel quale è stata effettuata la duplicazione, il delitto si è prescritto in data 1 novembre 2001, perché l'imputazione contiene un'indicazione temporale incerta dall'1 maggio 1994 all'1 settembre 1994, per cui, in base al principio *in dubio pro reo*, l'epoca di commissione si deve far risalire al primo giorno additato.

Tuttavia la sussistenza di detta causa di estinzione del reato non esclude la trattazione delle censure concernenti la configurabilità del delitto nella fattispecie in esame, giacché, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., si sarebbe in presenza di un'ipotesi più favorevole, anche in considerazione dell'intervenuta costituzione di parte civile, che ha concluso all'udienza, mentre non possono essere apprezzate le censure motivazionali nella misura in cui non appaiono strumentali alla dedotta insussistenza del delitto, giacché, da sole, comporterebbero una inammissibile annullamento con rinvio, in quanto la rilevata causa estintiva deve essere immediatamente dichiarata e non può rinviarsi ad altro giudice per ulteriori accertamenti fattuali, anche se, per avventura, potessero risolversi, dopo il loro espletamento, in ipotesi più favorevole.

Ed invero, la stessa deve apparire in maniera evidente nel presente grado di giudizio, pur se le questioni in diritto sollevate escludono la necessità di svolgere indagini fattuali, inibite a questa Corte, o di compulsare gli atti *ai soli fini dell'applicazione dell'art. 129 cod. proc. pen.*, secondo quanto sostenuto da un orientamento di questa Corte.

Ciò premesso, si deve considerare che il *decisum* dell'impugnata sentenza, sebbene con motivazione, a volte poco approfondita, ma integrabile, appare esente dagli errori di diritto lamentati.

Infatti, la Corte felsinea ritiene la « sentenza gravata... [affetta da n.d.r.] connotati d'instabilità motivazionale... forti » e basata su un'errata lettura delle risultanze peritali, giacché confonde la « identità di specifiche funzionali » con « l'assoluta coincidenza delle... *code-line*, che comprova la duplicazione del "programma originario" ».

Pertanto, modifica pure l'impostazione in diritto della decisione del giudice di primo grado, in quanto « l'identità del codice di controllo è l'essenza primaria dell'intento illecito del soggetto attivo e di chi ne ha sfruttato l'attività illecita medesima », sicché la Corte bolognese aderisce a quell'orientamento di parte della dottrina secondo cui « non dovrebbe esservi dubbio sulla riferibilità al tipo legale [delineato dall'art. 171-bis legge n.d.r.] anche della copia parziale, a condizione che essa contenga un nucleo autosufficiente e caratterizzante del programma originale ».

Pertanto la Corte felsinea non fonda la sua decisione sulla considerazione del primo giudice secondo cui la nozione di « duplicazione » adottata dalla norma penale in esame appare concettualmente più ristretta di quella di « riproduzione » contenuta nel nuovo art. 64-bis, della legge n. 633/1941, ma ritiene che il precetto penale si riferisca anche alla par-

ziale duplicazione del programma, purché relativa ad un nucleo caratterizzante.

Per tale ragione le due differenti impostazioni dei giudici di primo e secondo grado appaiono inconciliabili in fatto e in diritto.

Tuttavia la sentenza impugnata non si sofferma sull'analisi esegetica dell'art. 171-*bis*, legge n. 633/1941, nella sua originaria formulazione ed in quella modificata dalla legge n. 248/2000, nonostante raggiunga una soluzione giuridicamente corretta.

Infatti non esamina tutte le problematiche connesse alla formulazione dell'art. 171-*bis*, l. cit. da quelle relative all'esegesi del termine « abusivamente » ed alla funzione selettiva del dolo specifico alle nozioni di « duplicazione » e di « programma », anche se con analisi fattuale dimostra la sussistenza del dolo e dell'abusività della duplicazione, giacché pone in risalto l'illecita detenzione del software dopo la cessazione del rapporto di lavoro con la Ristomat, l'assenza di una valida giustificazione di questo possesso da parte del ricorrente e la rapidità dei tempi con i quali la nuova società Agape, in cui il ricorrente svolgeva un ruolo « non come dipendente ma nella sua compagine sociale » (p. 5 della sentenza impugnata), si immette sul mercato dei buoni pasto, sicché non sussiste alcuna « perplessità sulla buona fede » e si dimostra « l'intenzionalità della violazione [del precetto penale a tutela n.d.r.] del diritto d'autore [in tema di software] ».

Perciò dell'analisi ermeneutica dell'art. 171-*bis*, l. cit. e delle nozioni di « duplicazione » e « programma » si deve carico questo giudice di legittimità.

Orbene sia con riferimento all'art. 13, l. cit. sia con riguardo agli artt. 171, 171-*ter*, l. cit. e 16, legge n. 248/2000 si evince che i termini « duplicazione » e « riproduzione » sono utilizzati per esprimere concetti in parte differenti.

Infatti, secondo l'art. 13 della legge sul diritto di autore, la « riproduzione » include « la moltiplicazione di copie dell'opera con qualsiasi mezzo » e, la predetta norma, dopo aver esemplificato alcuni sistemi tradizionali, legati all'epoca in cui è stata emanata, comprende una clausola generale di chiusura che include « ogni altro procedimento di riproduzione » quasi prevedendo le ulteriori e molteplici possibilità conseguenti alle nuove tecnologie ed all'avanzamento della tecnica di riproduzione.

Tuttavia l'art. 171-*ter* l.d.a. nel contemplare diverse ipotesi autonome di reato, caratterizzate da un'esasperata frammentazione casistica, tesa ad anticipare la soglia di punibilità rispetto all'effettivo scambio, distingue tra duplicazione e riproduzione, secondo un criterio già introdotto dalla legge n. 406/1981, e richiede l'abusività delle condotte.

Pertanto, la duplicazione comporta la produzione in serie di più copie di un unico « originale » perfettamente identiche fra loro quanto a contenuto e a caratteristiche e la nozione di riproduzione, invece, con un significato più ampio e diffusivo, è relativa a qualsiasi attività tecnica idonea a produrre l'effetto di una nuova destinazione del contenuto del supporto.

Peraltro, la stessa previsione dell'art. 16, legge n. 248/2000, nonostante il suo carattere residuale, complementare e sussidiario, perché è limitato a reprimere comportamenti che possono incentivare le violazioni del diritto d'autore, puniti con la sanzione amministrativa nei casi in cui non siano configurabili alcuni reati, distingue, tramite un continuo restringimento del campo, tra utilizzazione con qualsiasi procedimento, duplicazione e

riproduzione *in tutto o in parte*, sicché sembra suffragare la nozione di « duplicazione » adottata dal primo giudice.

Tuttavia, a parere di questo collegio, il predetto termine deve essere considerato non solo tramite un'interpretazione letterale e monistica del vocabolo, pur correlato con differenti disposizioni, ma anche attraverso un'esegesi logico - sistematica, teleologica e storica della norma nella sua globalità, in quanto risente, nella formulazione, del dibattito intervenuto in sede comunitaria e dell'eccessiva casistica della direttiva di cui è attuazione. Infatti, bisogna ricavare la nozione di « programma » dall'art. 2, comma 1, n. 8, legge n. 633/1941 come introdotta dall'art. 2, del d.lgs. n. 518/1992 e valutare la complessiva espressione di cui all'art. 171-bis, l. ult. cit. alla luce degli artt. 64-bis, 64-ter e 64-quater, l. cit.

Dal combinato disposto di queste disposizioni, dai connotati peculiari della creatività e dell'originalità, propri di ogni opera dell'ingegno, da considerare in maniera particolare in relazione alle peculiarità del software, e dalle caratteristiche tecniche dello stesso si ricava la rilevanza penale anche dell'abusiva duplicazione di parte di un programma, purché dotato di una propria autonomia funzionale e, comunque, costituente il nucleo centrale.

Ed invero, senza necessità di ripercorrere tutti gli itinerari della dottrina e della giurisprudenza nell'individuazione dei caratteri dell'originalità e della creatività, basandoci anche sulla Relazione al progetto di direttiva del 1989, secondo le indicazioni di un Chiaro Autore, si può affermare che in considerazione delle peculiarità del programma per elaboratore il requisito dell'originalità è quello interpretato in chiave soggettiva nel senso che è sufficiente per il riconoscimento della tutela la circostanza che l'opera sia frutto di uno sforzo intellettuale indipendente e che non sia, pertanto, la riproduzione di quanto già realizzato da altri.

Pertanto la locuzione « in qualsiasi forma espressi » correlata ai programmi per elaborati richiama la distinzione fra programmi-sorgente, espressi in un linguaggio della programmazione e percepibili dai tecnici, e programmi-oggetto, formulati in un linguaggio comprensibile unicamente dalla macchina, sicché, ove si consideri che il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per il programma stesso, anche a non voler includere nella tutela penale materiale che compone le varie fasi della creazione del programma, detta precisazione dimostra come debba essere protetta in sede penale pure la duplicazione parziale.

Né, in tal modo, si procede ad un'interpretazione analogica oppure ad ampliare la fattispecie penale in contrasto con il principio di tassatività, giacché, invece, si riduce l'ambito del precetto che potrebbe essere esteso al materiale preparatorio, secondo la definizione giuridica su individuata, e, nel contempo, si adegua la norma ai contenuti tecnici del software senza, però, accedere ad una concezione minimalista di originalità e creatività e senza estendere la protezione ad ogni singola fase non dotata di propria autonomia e non costituente il nucleo fondamentale del programma.

Infatti, il software è caratterizzato, nella concezione della creatività, dall'essere un ritrovato del progresso tecnologico, diretto alla produzione di un risultato utile, oltre che una creazione intellettuale, sicché sconta del primo aspetto una diminuzione del concetto di originalità, perché l'innovazione tecnologica non è completamente astratta dal precedente, ma costituisce spesso elaborazione, adeguamento e perfezionamento.

Pertanto occorre graduare i vari contenuti dell'atto di elaborazione creativa di dati reali, istruzioni tecniche o idee, seguendo in ordine all'individuazione di un contenuto minimo di originalità i criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo alle opere di natura tecnico-scientifica in modo tale da apprestare la tutela penale più al programma-sorgente ed al code line invece che al programma-oggetto, qualora lo sforzo creativo addizionale sia minimo.

Una simile impostazione è confermata dagli artt. 64-*bis*, 64-*ter* e 64-*quater*, legge n. 633/1941, nei quali vengono trattati, rispettivamente, i diritti esclusivi di cui è titolare l'autore del software, i diritti dell'utente e la c.d. decompilazione cioè il « reverse engineering ».

La prima disposizione contiene il termine « riproduzione » che ha un significato più ampio di « duplicazione » anche perché comprende il c.d. caricamento del programma, oltre a prevedere la distinzione tra riproduzione totale o parziale e tra permanente o temporanea, sicché già il riferimento testuale *ad litteram* non appare decisivo, ma, soprattutto, attraverso l'indicazione dei diritti riservati dimostra il differente e più ristretto ambito assegnato alla tutela penale, tanto più che i diritti riconosciuti al *legittimo acquirente* del programma sono correlati alla facoltà di uso dello stesso e, quindi, sono limitati ed escludono la parziale duplicazione del programma per differenti utilizzazioni.

Infine l'art. 64-*quater*, l. cit., nel disciplinare il c.d. reverse engineering, considera in modo eminente gli interessi del titolare del programma, nonostante l'importanza economica dell'interoperatività dei programmi e delimita in maniera rigorosa la possibilità di riproduzione, anche parziale, vietando che le informazioni « siano utilizzate... per ogni altra attività che violi il diritto d'autore ».

Ed invero la formula contenuta nella direttiva comunitaria secondo cui un programma per elaboratore è tutelato se è il risultato della creazione originale dell'autore comporta che esso sia frutto di lavoro autonomo e non di mera riproduzione o duplicazione anche parziale.

Le argomentazioni svolte dimostrano come la soluzione accolta dall'impugnata sentenza, che ha ritenuto configurabile il delitto di cui all'art. 171-*bis*, l. cit. nell'ipotesi di duplicazione della code-line o del codice di controllo di un programma, sia giuridicamente corretta.

Esaminato questo profilo, l'altro, concernente l'intervenuta depenalizzazione della fattispecie, giacché, in virtù delle modifiche apportate dalla legge n. 248/2000, all'art. 171-*bis* ed a causa dell'introduzione dell'art. 181-*bis*, l. cit., la tutela penale è incentrata non più sul programma in sé ma sul supporto contrassegnato dalla SIAE, non è fondata, in quanto « la normativa incriminatrice non è stata mutata nella chiara... configurazione giuridica », in quanto « l'incriminazione in esame » dotata di una « prospettazione specifica » non può essere assorbita nella « illecita riproduzione di opere contraddistinte dal contrassegno SIAE », il cui « campo di applicazione corrisponde a quel particolare settore dell'imprenditoria commerciale, sul quale vigila la SIAE » (p. 6 sentenza). Infatti, anche le voci dottrinali citate dal ricorrente, distinguono, in base al chiaro tenore letterale della norma, l'ipotesi criminosa della duplicazione abusiva di un programma per elaboratore al fine di trarne profitto da quella di chi « ai medesimi fini importa distribuisce, vende e detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla... SIAE ».

Orbene, nel caso in esame, si tratta della prima ipotesi criminosa (abusiva duplicazione), sicché a nulla rileva il richiamo effettuato nell'art. 181-bis, l. cit. agli effetti dell'art. 171-bis, l. cit. in quanto il predetto si riferisce all'altra, con la quale si è trasformata una circostanza aggravante della precedente formulazione in reato base della differente fattispecie criminosa. Il nuovo e diverso precetto, quindi, stabilisce che « *in tal ipotesi [le disposizioni in tema di supporti n.d.r.] la legittimità dei prodotti, anche ai fini della tutela penale di cui all'art. 171-bis è comprovata [in luogo del contrassegno previsto dall'art. 181-bis n.d.r.] da apposite dichiarazioni identificative* » rese dai produttori ed importatori alla SIAE.

Pertanto, proprio per impedire *nel settore commerciale ed in quelle attività indicate dalla seconda parte del comma 1, dell'art. 171-bis, l. cit.* il ripetersi di una precedente querelle in tema di abusiva riproduzione di supporti musicali (art. 171-ter, l. cit.), risolta da Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2000, n. 2, Ciccone ed altro, rv. 215092, il regolamento emanato con d.P.R. 11 luglio 2001, n. 338, all'art. 1, comma 2 ha stabilito che « *sono legittimamente circolanti, ai sensi del citato art. 181-bis, della legge 22 aprile 1941, n. 633, i supporti prodotti entro la data di entrata in vigore della legge 18 agosto 2000, n. 248, purché conformi alla legislazione previgente in materia di contrassegno e di tutela del diritto d'autore* ».

Pertanto, la differente analisi esegetica proposta dal ricorrente è del tutto infondata, tanto più che la previsione dell'apposizione del bollino SIAE mira a combattere la c.d. pirateria informatica e ad escludere ogni questione sulla configurabilità dell'elemento psicologico nel delitto di ricettazione, nel caso di acquisto di un programma abusivo.

Perciò, pure attraverso la diversificazione delle due fattispecie criminali, si evince il differente ambito di applicazione e, quindi, in via indiretta, l'esattezza dell'analisi ermeneutica seguita.

Le statuizioni civili vanno confermate, in conseguenza della sola intervenuta estinzione del delitto per prescrizione, sicché il ricorrente deve essere condannato a rifondere alla costituita parte civile le spese processuali del presente grado di giudizio, liquidate, tenuto conto delle tariffe professionali vigenti e del valore della controversia, in complessive € 2.000 (duemila), di cui € 409,10 per spese oltre IVA e C.P.A.

P.Q.M. — Annulla la sentenza impugnata senza rinvio per essere il delitto estinto per prescrizione. Conferma le statuizioni civili e condanna il ricorrente a rifondere alla parte civile le spese di questo grado, liquidate in complessive € 2.000, di cui € 409,10 per spese oltre IVA e C.P.A.