

PRETURA MODENA

29 APRILE 1999

PRETORE: CIGARINI

**Informatica • Diritto
d'autore • Duplicazione di
programmi • Identità di
specifiche funzionali •
Reato • Insussistenza.**

*La condotta di duplicazione di
programmi, prevista dall'art.
171-bis della legge n. 633 del*

1941 consiste nella realizzazione di una copia identica nel programma, che al più comprende eventuali variazioni introdotte all'esclusivo scopo di nascondere il plagio. Non è pertanto configurabile il reato nel caso in cui siano identiche soltanto le specifiche funzionali del programma.

FATTO E DIRITTO. — L'imputato deve essere assolto per insussistenza del fatto. Dall'esame dell'istruttoria dibattimentale è emerso abbastanza chiaramente che il programma per la gestione dei buoni pasto, utilizzato dalla società Agape, non costituisce duplicazione del programma della società Ristomat. La dottrina che si è occupata dell'analisi della struttura del reato previsto e punito dall'art. 171-bis della legge 633/1941 è giunta alla conclusione, condivisa anche da questo giudice, che « duplicare è un termine più rigoroso che "copiare" o effettuare un *reserve engineering* fuori dai casi e dai modi consentiti ». Il legislatore penale¹, in pratica, mira a scoraggiare il diffuso fenomeno della riproduzione a scopo di lucro del software di largo consumo.

Conclusioni del perito nel corso dell'incidente probatorio. — Il perito nominato nel corso dell'incidente probatorio, ing. Giampietro Donati, nell'elaborato depositato in data 17 maggio 1997, ed anche nel corso della testimonianza resa al dibattimento, ha escluso « in modo categorico » l'ipotesi di copiatura, sia pure abilmente dissimulata, dei due programmi. Nella relazione peritale si legge che:

« esaminando e confrontando i due suddetti programmi abbiamo notato una totale differenza di codifica e di concezione, anche se il codice OCR prodotto è, come più volte ripetuto, sostanzialmente identico²... Nel corso della riunione abbiamo illustrato ai periti di parte le conclusioni espresse nel paragrafo 4. Abbiamo inoltre riesaminato i programmi ANKO40R di Agape e RIS085 di Ristomat che stampano il codice OCR sui buoni pasto, dedicando particolare attenzione alla parte del programma che calcola il CIN (ovvero il codice di controllo), anche alla luce della ulteriore documentazione ottenuta di cui si è detto al punto 4. Dal suddetto esame risulta che effettivamente entrambi i programmi, pur essendo assolutamente diversi per concezione e realizzazione, ottengono lo stesso codice di controllo, il che per l'appunto è coerente con quanto richiesto da Unisys per il proprio sistema di lettura »³.

Il Perito ha inoltre spiegato, nelle proprie conclusioni, che: « Il sistema 36 (S/36) ed il Sistema AS/400 (AS/400) sono sistemi IBM di concezione radicalmente diverse.

¹ A diverse conclusioni si dovrebbe giungere in sede civile. Si tornerà sul punto più oltre, nel corso della motivazione della sentenza.

² Cfr. Relazione Donati, pag. 4.

³ *Ibidem*, pag. 7.

I programmi scritti per S/36 possono essere eseguiti su AS/400, se sono stati preventivamente ricreati su AS/400 e si utilizza il cosiddetto « Ambiente S/36 » che ricrea su AS/400 le condizioni operative del S/36.

I programmi scritti espressamente per AS/400 (Nativi) sono sviluppati con tecniche notevolmente diverse che consentono di trarre vantaggio delle funzionalità presenti su AS/400 ed assenti su S/36 (volendo si potrebbero utilizzare tecniche di tipo S/36, rinunciando di conseguenza alle potenti funzionalità di AS/400). Tali funzionalità sono essenzialmente:

— disponibilità di un Data Base Relazionale DB/2/400 (DBR) da cui segue la possibilità di rinunciare all'uso di prodotti che riordinano gli anagrafici in modo opportuno (SORT);

— facoltà di accesso a DB2/400 tramite istruzioni native o tramite SQL (l'accesso tramite SQL è uno standard riconosciuto ed adottato da tutti i principali fornitori di sistemi informatici);

— struttura ad oggetti da cui conseguono molti vantaggi ed in particolare la possibilità di definire pannelli, tabulati, anagrafici indipendentemente dai programmi;

— possibilità di richiamare da un programma un altro programma tramite un codice operativo CALL;

— facoltà di emettere pannelli video e scrivere su tabulati di stampa utilizzando istruzioni RPPGIII inesistenti su S/36 che invece utilizza RPGII;

— SORT utilizzato per selezionare in modo opportuno l'anagrafico non è di fatto utilizzato in AS/400 in quanto l'esistenza di DBR lo rende inutile.

Sia su AS/400 che su S/36 inoltre si può scegliere se utilizzare il « Ciclo RPG ».

Senza entrare nel dettaglio su quale sia la tecnica migliore da utilizzare, basti dire che un programma scritto utilizzando il Ciclo RPG non è facilmente modificabile in un programma che non utilizza il Ciclo RPG.

Architettura. Si tratta di un prodotto fornito da IBM, disponibile su AS/400, ma non su S/36, che aiuta il programmatore a sviluppare applicazioni⁴.

Conclusioni del consulente della parte civile. — L'ipotesi della duplicazione è stata esclusa dallo stesso consulente di parte civile. Nell'elaborato del Prof. Giorgio Ciucci, depositato all'udienza del 29 aprile 1999, si legge che

il primo e più ovvio livello di copiatura è quello della duplicazione diretta degli eseguibili. Tale tipo di copia è la norma nel caso del software di largo consumo, ma è del tutto incredibile che possa applicarsi al caso in esame⁵.

Il consulente della parte civile ha quindi esaminato l'ipotesi di un secondo livello di copiatura, per così dire « a fotocopia », escluden-

⁴ *Ibidem*, pag. 8.

⁵ Cfr. Relazione prof. Ciucci, pag. 4.

done però ancora una volta la sussistenza nello specifico caso concreto:

« Un secondo e ovvio livello è quello che si potrebbe definire col termine fotocopiatura: in un modo o nell'altro si entra in possesso dei sorgenti e, disponendo di identici (o compatibili) ambienti di sviluppo e operativo, da un lato si producono gli eseguibili, dall'altro si introducono i sorgenti copiati nella fase di manutenzione. Poiché in un tale caso la copiatura è molto semplice da determinare (la sequenza di istruzioni dell'originale è sostanzialmente identica a quella della copia), un siffatto tipo di copiatura è in genere accompagnato da trasformazioni dei sorgenti di natura squisitamente cosmetica. L'effetto della cosmesi può anche essere rilevante, a prima vista, ma al riguardo si possono applicare tecniche di comparazione che riescono di norma a neutralizzare tali effetti. La cosa si complica ulteriormente qualora l'ispezione ai programmi (originale e copia) avvenga dopo un certo lasso di tempo dall'effettuazione della copiatura: come visto, infatti, la messa in manutenzione dei programmi può portare a modifiche anche sostanziali dell'originale, e la quantità di manutenzione è non solo crescente all'aumentare della vita operativa della copia, ma può subire veri e propri balzi allorquando le modalità operative e funzionali che il programma deve svolgere cambino a seguito di fattori ad esso esterni (ad esempio viene modificato il « business » gestito dai programmi): in tal caso, infatti, il programma cambia non per motivi di natura cosmetica o per effetto dello stile del manutentore, ma comincia proprio a cambiare di sostanza. Nel caso in esame va osservato che l'ambiente di sviluppo e operativo dell'Agape è compatibile con quello della Ristomat, essendo infatti il primo la naturale evoluzione tecnica del secondo, e ciò renderebbe tecnicamente ipotizzabile la possibilità di una copiatura del tipo « a fotocopia ». Va peraltro osservato come, in generale, tale tipo di copia avvenga nei casi di procedure informatiche di una certa complessità realizzativa. Nella risposta al primo quesito si è visto invece come l'originalità e la complessità della procedura in esame siano modeste, così che gli aspetti manutentivi tendono a prendere il sopravvenuto. Poiché sia durante la fase di sviluppo e messa in esercizio, sia durante la fase di manutenzione è essenziale al programmatore l'aver molto ben presente tutti i dettagli della procedura, si comprende come sia in generale più agevole a un programmatore di normale capacità « riscrivere il tema » rispetto al « recitare a memoria ». Ciò è ancor più vero qualora si consideri, come già fatto osservare a proposito della risposta al primo quesito, la necessità di integrare la gestione vera e propria dei buoni pasto con le funzioni di gestione amministrativa e commerciale della ditta emittitrice (l'Agape nella fattispecie). La fotocopia, quindi, diviene particolarmente onerosa, più facile al programmatore, in tale caso, riscrivere i programmi utilizzando il software di sviluppo e di ambiente del sistema nativo, una volta note le specifiche.

Dalle considerazioni del consulente di parte civile emerge dunque non solo l'incredibilità di una duplicazione ma financo l'inverosimiglianza di una copiatura « a fotocopia ». Questa conclusione è basata su due argomentazioni logiche: a) modesta originalità e complessità della procedura in esame; b) necessità di integrare la gestione vera e propria dei buoni-pasto con le funzioni di gestione amministrativa e commerciale della ditta emittitrice. Tutto ciò rende più facile al programmatore riscrivere i programmi utilizzando il software di sviluppo e di ambiente del sistema nativo, una volta note le specifiche.

Il consulente di parte civile ipotizza, però, l'esistenza di un terzo livello di copiatura, costituito dalla « identità di specifiche funzionali »⁶. Con lucidità e competenza il prof. Ciucci ha ricavato statistiche relative alla probabilità che lo scrittore del programma Agape abbia visto il programma Ristomat⁷. La conclusione cui il professore è pervenuto è che le specifiche funzionali di scrittura del programma Agape non possono che essere state dedotte dal contenuto del sorgente del programma Ristomat. L'ipotesi del prof. Ciucci non potrebbe essere esclusa in base alla considerazione che entrambe le procedure informatiche sono prive di documenti relativi. Il *reverse engineering* del programma Ristomat, infatti, non appare un'operazione particolarmente complessa, visto che il software è composto da circa 200 istruzioni⁸. Il prof. Ciucci conclude nel senso che lo scrittore del programma Agape, dedotte mediante *reverse engineering*, o comunque conoscendo le specifiche del programma Ristomat, avrebbe poi realizzato un diverso programma per elaboratore.

L'oggetto della tutela penale. — A questo punto dell'esame della fattispecie concreta, appare evidente l'avvenuto superamento dei confini della tutela penale accordata dall'art. 171-bis della legge n. 633/1941. È noto che le *specifiche funzionali* costituiscono il frutto tipico del lavoro dell'analista. Dopo aver identificato i problemi da risolvere, l'analista indica i dati da elaborare e scopre (o inventa) gli algoritmi che serviranno per ottenere i risultati desiderati. Generalmente l'analista predispone una documentazione, chiamata *flow chart*, o diagramma di flusso, dal quale si può evindere in modo sintetico il tipo di software che un programmatore avrà poi il compito di elaborare in concreto, creando il cosiddetto « programma-sorgente » e quindi, attraverso uno speciale programma di compilazione, il « programma-oggetto », che può essere letto dall'elaboratore elettronico.

Ma le cosiddette specifiche funzionali sono oggetto di tutela? L'art. 2 n. 8 della legge n. 633/1941 dispone che « Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso ». La dottrina che ha commentato la norma in esame ha già chiarito che diagrammi di flusso e descrizioni di sequenza devono sicuramente ritenersi compresi del concetto di materiale preparatorio, e quindi in quello di programma. La possibilità di analizzare il programma-sorgente e di risalire ad esso dal programma-oggetto attraverso quel complesso procedimento di analisi che viene chiamato « *reverse engineering* » o « decompilazione del programma » è stato implicitamente proibito dal legislatore con l'introduzione dell'art. 64-ter della legge n. 633/1941. Dal sistema normativo in vigore può desumersi pertanto l'illiceità della copia delle specifiche funzionali, e financo dell'osservazione, studio, analisi, prova di un programma da altri realizzati. Tale illiceità, però, non sembra uscire dai confini propri dell'illecito di natura civilistica. L'analisi delle norme penali della legge n. 633/1941 nella materia di cui ci si occupa,

⁶ Cfr. relazione prof. Ciucci, pagg. 5 e segg.

⁷ Cfr. nota 5.

⁸ Cfr. testimonianza prof. Ciucci, dibattimento 20 aprile 1999, pagg. 96 e segg. del verbale stenotipico.

vale a dire l'art. 171-*bis*, porta invece necessariamente a concludere che la condotta rilevante ai fini penalistici è assai più ristretta. Essa, infatti, è limitata, per il caso che interessa il presente processo, alla « duplicazione », vale a dire alla realizzazione di una copia identica (pur comprendendosi in tale identità anche eventuali variazioni introdotte al solo fine di nascondere il plagio). Così congegnata, la norma esclude che la copia delle specifiche funzionali concretizzi la fattispecie astratta di reato quando il programmatore sviluppi in modo diverso ed autonomo le specifiche funzionali, creando un software diverso per codifica e concezione, esattamente come è avvenuto nel caso di specie.

È appena il caso di ricordare che le norme penali sono di stretta interpretazione e un'estensione interpretativa che arrivasse a comprendere nella tutela anche la copia delle specifiche, contrasterebbe, allo stato della legislazione, col principio di legalità.

P.Q.M. — Visto l'art. 530 c.p.c. assolve Masala Gianfranco dal reato contestato perché il fatto non sussiste. Ordina la restituzione dei documenti in sequestro all'avente diritto. Visto l'art. 544 comma 3 c.p.p. riserva il termine di 90 giorni per la stesura della motivazione e il deposito della sentenza.

**BREVI NOTE SULLA TUTELA
PENALE DEI PROGRAMMI
INFORMATICI**

La decisione pubblicata si misura con la disciplina per la tutela del software e ne affronta due nodi interpretativi: la condotta costitutiva — realizzata attraverso la duplicazione — e l'oggetto materiale.

La soluzione è estratta da tre passaggi argomentativi: l'uno, di natura tecnica, l'altro, di fatto (identifica il rapporto che esiste tra il programma originale e l'asserita copia); l'ultimo, giuridico, segna i limiti della tutela predisposta per i programmi dall'art. 171-*bis* della legge sul diritto d'autore.

La prima verifica operata dal Pretore è interessante, in quanto si fonda su un accertamento peritale, che si è rilevato necessario per enucleare le regole d'esperienza per la materia e catalogare il caso concreto.

Ne è emerso che possono sussistere diverse ipotesi di « duplicazione » (il termine è utilizzato in senso atecnico e non nel significato impresso dall'art. 171-*bis*).

Il primo livello di copiatura (anche il più rudimentale) consiste nella « duplicazione diretta degli eseguibili ».

Il secondo — denominato « a fotocopia » — consiste nella duplicazione del programma sorgente e nel successivo sviluppo attraverso la riproduzione degli eseguibili e la loro introduzione nella fase di manutenzione; il prodotto consiste in sostanza in un programma analogo che presenta trasformazioni meramente cosmetiche rispetto all'originale.

Un terzo livello si attesta alla mera duplicazione delle specifiche funzionali che rappresentano il frutto tipico del lavoro dell'analista.

La seconda premessa decisoria identifica la fattispecie concreta come un'ipotesi appartenente alla terza categoria.

Ad esito del confronto tecnico tra il software originale e quello incriminato, è risultato che si trattava di un'ipotesi del terzo tipo, rilevabile la mera identità delle specifiche funzionali.

L'ultima premessa è esegetica, estrapola dalla fattispecie penale la regola decisoria del caso concreto; s'identifica nella massima per cui il materiale preparatorio non è tutelato dalla norma incriminatrice che riguarda il programma strettamente inteso.

Preconizzata dalla dottrina, la soluzione del caso induce qualche riflessione.

2. Sottoposta al banco di prova giurisprudenziale, la disciplina penale del software esibisce le distorsioni annunciate.

Emerge in maniera nitida, lo stridente contrasto tra la natura dei programmi ed il paradigma di protezione del diritto d'autore, rilevato sin dalle prime inclinazioni giurisprudenziali a tutelare i programmi informatici nell'ambito del diritto d'autore¹.

Le obiezioni, anche sintetizzate, si rivelano efficaci:

- stravaganza dei beni;
- eterogeneità: il programma consiste in un algoritmo che non è per definizione tutelabile attraverso il diritto d'autore;
- inscindibilità fra contenuto e forma del programma, che li rende entità non paragonabili;
- assenza nel software della destinazione alla comunicazione tra persone².

Senonché il dominante orientamento giurisprudenziale e dottrinario ha continuato a percorrere la direzione del diritto d'autore³.

¹ Per il vero l'orientamento è stato cospicuo: Trib. Torino, 17 ottobre 1983, Atar inc. c. Sidam s.r.l. in *Dir. aut.*, 1984, 57; Pret. Pisa, 11 aprile 1984, Unicom s.r.l. c. Itacomputers et al. *Dir. inf.*, 1985, 252; Pret. Monza, 26 luglio 1985, *Riv. dir. ind.*, 1987, 95, *Giur. it.*, 1986, II, 247, *Dir. inf.*, 1986, 184 (riconduceva il software al diritto d'autore, ma riteneva inapplicabile la norma penale); Pret. Napoli, 22 giugno 1985, Chiappetta, *ivi*, 1987, 696.

² Per tali rilievi GHIDINI, *I programmi per computers tra brevetto e diritto d'autore*, in *La tutela giuridica del software*, a cura di ALPA, Milano, 1984, pag. 6; nonché la sintesi delle posizioni esistenti commentata da ALPA, e FERRI, *Profili della tutela giuridica dei programmi per elaboratore in Italia*, in *Programmi per elaboratore: tutela degli utenti e delle software houses*, Milano, 1988, pag. 9. Sulla tematica cfr. inoltre: FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989; RISTUCCIA - ZENO-ZENCOVICH, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1990; CARNEVALI, *Sulla tutela giuridica del software*, *Quadrim.*, 1984, 254; PARDOLESI, *Software, property rights e diritto d'autore:*

il ritorno dal paese delle meraviglie, *Foro it.*, 1987, 239; AFFERNI, *Diritto d'autore, requisito dell'originalità e software operativo*, in questa *Rivista*, 1989, 556; CIAMPI, *La protegibilità dei programmi elettronici e dei relativi manuali applicativi, quali opere dell'ingegno di carattere creativo*, *ivi*, 1985, 258; D'Orazio, *Diritto d'autore sul software: una nuova pronuncia favorevole*, *ivi*, 1987, 273; FIGONE, *In tema di imitazione servile dei videogiochi*, *ivi*, 1985, 730; FLORIDIA, *La protezione del software nel sistema delle esclusive sulle creazioni intellettuali*, *ivi*, 1989, 71; MANGINI, *Il software tra diritto d'autore e brevetto*, *ivi*, 1987, 929; RISTUCCIA, *Discordanti indirizzi giurisprudenziali in materia di software e videogiochi*, *ivi*, 1986, 188; Id., *Limiti all'imitazione servile del software*, *ivi*, 1992, 936; ROLLA, *Verso una disciplina comunitaria per la protezione giuridica del software*, *ivi*, 1989, 748.

³ Culminato in due decisioni della Corte di Cassazione: Cass. 24 novembre 1986, in questa *Rivista*, 1987, 693 con nota di MINERVA, *L'illiceità penale della riproduzione di programmi altrui: l'orientamento della Cassazione e le prospettive sanzionatorie*, pag. 1058, con nota di RI-

In particolare la scelta di campo giurisprudenziale è stata drastica, perché — ancor prima del d.lgs. 1992 n. 408 — affermava l'attuale riconducibilità alla normativa esistente.

L'indirizzo interpretativo si era formato in sordina, con arresti giudiziari che riguardavano materia coerente con il diritto d'autore: i c.d. videogiochi e la loro forma espressiva; ma l'embrione originale si è sviluppato verso affermazioni assolutistiche di tutela dei programmi per il mezzo del diritto d'autore.

Dalla primordiale concentrazione sull'espressione formale, l'orientamento esegetico evolutivo si è diretto verso la tutela — penale e civile — del software, sia di base che applicativo, quale oggetto del diritto d'autore attraverso la legge 22 aprile 1941 n. 633⁴.

La Direttiva comunitaria n. 250 del 1991 ha segnato la definitiva svolta, che supera (ma non tacita) le critiche rivolte alla netta scelta di campo per il diritto d'autore. Il legislatore italiano esegue. Produce un apparato normativo di tutela del software che coscienziosamente trapianta (con un corredo di articoli aggiuntivi) nel corpo della legge di tutela del diritto d'autore.

Invero la Direttiva comunitaria ha conferito margini di discrezionalità consistenti nella individuazione delle tecniche sanzionatorie, di cui non tracciava neppure l'alveo; rimesso agli Stati membri il compito di prevedere misure di tutela per la messa in circolazione e la detenzione a scopo commerciale di copie illecite.

Il legislatore italiano ha, tuttavia, prescelto l'applicazione più severa e ha delineato fattispecie penali, contrassegnate da marcata severità sanzionatoria. Nella dosimetria, ha persino interrotto l'affinità con il diritto d'autore, per ispirarsi piuttosto alla recente normativa speciale — intesa come sistema autonomo della legge sul diritto d'autore — in materia di opere fonografiche e cinematografiche⁵.

3. Già le prime letture della novella sul software — per il vero condotte con notevole lucidità — evidenziavano i nodi problematici, che la recente prassi applicativa (di cui è esempio la sentenza *de qua*) è tenuta a sciogliere⁶.

Sostanzialmente si identificano con le due *rationes decidendi* della decisione pubblicata e si esprimono nelle due componenti fondamentali dell'art. 171-bis: la condotta e l'oggetto.

A) Il perno della normativa speciale — il software — è ovunque menzionato, ma non definito.

Il silenzio normativo non dipende dall'evidenza o notorietà del concetto, ma dal suo opposto. Si tratta di una lacuna deliberata che riversa

NALDI, *La tutela penale del software tra interpretazione estensiva e integrazione analogica*; Cass., 6 luglio 1987, *ivi*, 1987, 696. Inoltre, prima dell'emanazione della legge del 1992: Pret. Roma, 22 maggio 1992, *Dir. aut.*, 1993, pag. 121 con commenti di FORINO e MULLER; Pret. Monza, 27 settembre 1989, *Riv. dir. ind.*, 1991, II, 225.

⁴ In tal senso: Cass. III, 24 novembre

1986, *Foro it.*, 1987, 286 e le altre sentenze dianzi citate.

⁵ E cioè attraverso la legge n. 406 del 1981, la legge n. 400 del 1985 e la legge n. 121 del 1987. Sul punto ALESSANDRI, in *La legge sul software. Commentario sistematico*, a cura di UBERTAZZI, Milano, 1994, pag. 221, part. pag. 227.

⁶ ALESSANDRI, *op. cit.*, *passim*.

sul giudicante l'arduo compito di adattare le concettualizzazioni tecniche agli scopi di tutela⁷.

L'opera definitoria mette a nudo ed illumina, ancora una volta, la rilevata eterogeneità del programma con l'opera tipicamente intellettuale; i canoni decisori per rilevare l'identità fra modello e copia ed affermare il plagio, si divaricano apertamente; è sufficiente considerare che l'identità del software non può essere riconosciuta dal profano.

La S.C. aveva fissato — ancor prima della legge di tutela — le linee direttrici per le protezioni del software: « quando abbia il requisito della creatività, cioè quando, sia pure in misura appena apprezzabile, dia un apporto nuovo nel campo informativo, esprima soluzioni originali di problemi di elaborazione di dati, programmi in modo migliore rispetto al passato determinati contenuti di idee »⁸.

La Direttiva CEE ha individuato l'oggetto di tutela nella « forma di espressione del programma » escludendo le idee e i principi che stanno alla base del programma stesso; la legge ha pedissequamente riprodotto tale esclusione, con una precisazione quanto mai opportuna e necessitata dal principio di libera circolazione delle idee e dei principi, funzionale allo sviluppo del progresso e « pluralismo » tecnologico⁹.

Il legislatore non fornisce criteri definitivi, eccettuato quello residuale. All'interprete è demandato di individuare quali, tra i vari tipi di programma esistenti, siano riconducibili alla norma incriminatrice.

Sono, tuttavia, indicate dalla legge le caratteristiche dei programmi tutelabili:

- 1) creatività (art. 1 e art. 2 n. 8);
- 2) originalità (art. 2 n. 8).

Tale elemento deve ritenersi implicitamente inserito nella fattispecie penalistica — sebbene non richiamato espressamente — sulla base dell'interpretazione sistematica e segnatamente, « in forza della disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 2 n. 8, che opera come chiave di lettura dell'intero microsistema »¹⁰.

Le due condizioni di tutela segnano un fondamentale discrimine: l'emulazione non è consentita; è consentita la creazione di programmi simili, se connotati da variazioni originali rispetto al modello.

Il legislatore ha, dunque, ribadito il doveroso intento di non arrestare, attraverso la privativa intellettuale, l'evoluzione tecnica o tecnologica.

Da qui s'avverte la difficoltà di definire l'originalità in relazione al programma. La dottrina ha prodotto esemplificazioni, rilevando che il requisito:

- non sta nel modulo logico matematico;
- non sta nelle funzioni¹¹.

La dottrina oltre alla non esauriente enucleazione casistica ha proposto criteri di stampo soggettivo che s'incentrano sul gesto creativo. Richiede, infatti, che il programma sia frutto di autonoma e originale creazione¹²

⁷ PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, pag. 196; ALESSANDRI, *op. cit.*, pag. 230.

⁸ Cass. 24 novembre 1986, cit.

⁹ PICA, *op. cit.*, pag. 196; ALESSANDRI, *op. cit.*, pag. 230.

¹⁰ ALESSANDRI, *op. cit.*, pag. 230.

¹¹ PICA, *op. cit.*, pag. 197.

¹² PICA, *op. cit.*, pag. 198.

ovvero rivela la « labilità dei confini della nozione già in termini puramente tecnici »¹³.

Il tema centrale della sentenza non sta, tuttavia, nella nozione di programma, ma nella riconducibilità alla fattispecie penale del « materiale preparatorio »¹⁴.

Che qui si annidasse un problema, la dottrina lo aveva evidenziato, subito dopo l'emanazione della legge.

I termini della questione sono presto identificati: l'art. 2 n. 8 della legge — ritenuta per altro verso chiave di lettura dell'intero sistema — contempla nella nozione di programma, anche il « materiale preparatorio del programma stesso ».

La norma induce a riflettere se l'esposta accezione normativa di programma valga anche per le disposizioni penali.

La sentenza annotata propone una soluzione negativa — conforme alla lettura formulata dalla dottrina dominante¹⁵ — seppure diversificata da autonome argomentazioni.

La decisione pretorile rileva, infatti, che l'art. 171-*bis* differisce dall'art. 64-*ter* della legge sul diritto d'autore: l'uno per la tutela penale non richiama il materiale preparatorio; l'altro, nell'impostare la tutela civile, lo menziona espressamente accanto al programma.

Correttamente viene segnalata una sensibile differenza tra le due norme e le viene riferita efficacia significativa per sostenere l'interpretazione più circoscritta dell'art. 171-*bis*.

La valenza generale dell'accezione di programma (comprensiva del materiale preparatorio) indicata dall'art. 2 n. 8 è, infatti, manifestamente contraddetta dall'esigenza avvertita dal legislatore di ribadire la tutela di tale materiale nella formulazione dell'art. 64-*ter*. Il silenzio dell'art. 171-*bis* al riguardo si traduce — negata la valenza generale dell'art. 2 n. 8 — nell'esclusione del suddetto materiale dall'orbita della tutela penale.

L'argomento si pone come specificazione di altro esposto dalla dottrina, secondo il quale l'art. 2 n. 8 non ha alcuna valenza integrativa della norma penale.

A sostegno della medesima conclusione si era altresì osservato che la riconduzione alla fattispecie incriminatrice del materiale preparatorio avrebbe posto « intuitivi problemi di equilibrio sistematico, anzitutto con la tutela del segreto industriale, ai sensi dell'art. 623 c.p. Il dislivello del rigore punitivo, accentuato dalla procedibilità a querela della figura codicistica, è del tutto irrazionale, salvo che si voglia affermare una superiorità, concettuale e pratica, della creazione del software rispetto ai traguardi scientifici e tecnologici rilevanti per l'art. 623 c.p.; ma è tesi che si commenta da sola »¹⁶.

Valido anche l'argomento di natura letterale evidenziato nel contempo: le condotte di concessione in locazione e detenzione a scopo commerciale sono « palesemente inconcepibili rispetto al materiale preparatorio », poi-

¹³ ALESSANDRI, *op. cit.*, pag. 229.

¹⁴ ALESSANDRI, *op. cit.*, pag. 230.

¹⁵ PICA, *op. cit.*, pag. 198; ALESSANDRI, *op. loc. cit.*

¹⁶ ALESSANDRI, *op. cit.*, pag. 231.

ché la nozione di programma penalmente tutelata « va calata solo nella misura compatibile con la descrizione del fatto tipico e non oltre »¹⁷.

Si è altresì considerata « l'incoerenza con la logica della fattispecie penale » della tutela del materiale preparatorio, nonché la conseguente indeterminatezza che si trasferirebbe sul modello legale¹⁸.

B) Altro aspetto rilevante sta nella condotta di duplicazione prevista dalla norma incriminatrice, che delinea più fattispecie.

In via generale, va notato che la punibilità della duplicazione produce un'anticipazione della soglia di tutela rispetto alla produzione del danno concreto¹⁹.

Inoltre, l'aver affidato la definizione dell'illiceità allo strumento del dolo specifico è applicazione di una tecnica legislativa ampiamente censurata dalla dottrina²⁰.

Va, quindi, rilevato che il concetto di duplicazione riflette la problematica inerente la nozione di programma.

Se è pacifico che la copia servile integri la condotta, perplessità sussistono per la copia parziale; si soggiunge che per configurare il reato la riproduzione debba, in quel caso, presentare un nucleo autosufficiente²¹.

La sentenza annotata dimostra eloquentemente quale compito il legislatore abbia riversato sul Giudice e quanto della *subiecta materia* sia devoluto alla creatività giurisprudenziale.

GIOVANNA CORRIAS LUCENTE

¹⁷ *Id.*, *op. loc. cit.*, il quale propone, tuttavia — in contrasto con la decisione pubblicata, che ritiene attuabile la sola tutela civilistica — di ravvisare nella duplicazione del materiale preparatorio la violazione dell'art. 622 o dell'art. 623 ovvero « in completo disordine sistematico » dell'art. 171, co. 2 nella parte dedicata alla protezione dell'inedito.

¹⁸ *PICA*, *op. cit.*, pag. 198.

¹⁹ *ALESSANDRI*, *op. cit.*, pag. 232.

²⁰ *Id.*, *op. loc. cit.*

²¹ *PICA*, *op. cit.*, pag. 201; *ALESSANDRI*, *op. cit.*, pag. 233; altra problematica insiste nella qualificazione della differenza esistente tra la copia delle derivazioni di programma e la creazione di un nuovo programma, risolta secondo il criterio che la copia pedissequa con variazioni formali integra il reato, quella che presenta modifiche strutturali ne evade.