

PA E SOFTWARE A CODICE SORGENTE APERTO: IL DIFFICILE CONNUBIO TRA FLOSS, RIUSO E CONCORRENZA.

Gianluca Craia, noze S.r.l. (ufficio legale), via Giuntini 25/29, Navacchio – Cascina (PI),
gianluca.craia@noze.it

Abstract

Il concetto di open source, e più in generale quello di software libero (nel prosieguo per comodità FLOSS), rappresenta una problematica strettamente giuridica slegata da ogni possibile riferimento ad una determinata tecnologia ad un marchio o ad un prodotto.

Ove si prendano FLOSS e software proprietario come i due paradigmi intorno ai quali viene costruito il mondo delle nuove tecnologie, è facile notare che essi si distinguono in ragione del differente contenuto dell'accordo negoziale che detta la loro disciplina: la licenza.

E' proprio la licenza che regola la circolazione giuridica di tali beni e, grazie agli istituti relativi alla normativa sul diritto d'autore, indica sia le operazioni possibili sul codice sorgente sia la disciplina delle opere derivate.

La famiglia delle licenze FLOSS, al contrario del modello proprietario, garantisce ai licenziatari la facoltà di accedere al codice sorgente, eseguire il programma, copiarlo, modificarlo e distribuirlo (di norma) senza alcun costo.

Queste caratteristiche hanno reso possibile il crearsi di molteplici modelli di business, di particolare interesse per le PMI, grazie a due significative caratteristiche: l'assenza di costi di licenza e la facoltà di sviluppare, ogni volta, un prodotto potenzialmente nuovo, dotato di creatività ed originalità, esattamente "cucito" sulle esigenze dell'utilizzatore.

Le stesse caratteristiche di cui sopra rendono il FLOSS un modello di particolare interesse anche per le PA, le quali, acquisendo e utilizzando software rilasciato "open source" possono perseguire, a loro volta, due obiettivi fondamentali: abbattere i costi di acquisizione e svincolarsi dal fornitore.

Se quanto detto finora indica i pregi del modello, l'attuale normativa, in particolare il "Codice dell'Amministrazione Digitale" (CAD), pone significative problematiche interpretative che possono scoraggiare la PA virtuosa dall'acquisizione di software FLOSS.

Sorgono diversi dubbi sia relativamente alla titolarità del software realizzato per conto e spese della pubblica amministrazione sia relativamente all'affiancamento del FLOSS all'istituto del riuso, modelli che, benchè ad una prima analisi appaiano omologhi in quanto a finalità, posto che basano la loro essenza sulla condivisione e la diffusione della conoscenza, sono disciplinati da una normativa disarmonica che rischia di compromettere la loro compatibilità e frustrare il loro ruolo in favore di svantaggiose politiche di acquisizione di software proprietario.

Oltre a quanto sopra l'interesse sempre più marcato delle istituzioni regionali e locali al fenomeno, ha spinto molte Regioni a provvedere ad una normativa di settore che, muovendo dalle previsioni del CAD affermi e promuova il FLOSS come modello non solo alternativo ma più adeguato alle esigenze dell'amministrazione rispetto al software proprietario, sollevando rilevanti problematiche di legittimità costituzionale.

La partita si è quindi spostata dal piano tecnico ed economico a quello politico e normativo.

Nonostante gli indubbi vantaggi in termini di efficienza, efficacia ed economicità dell'agire amministrativo, l'insieme di queste problematiche, strettamente giuridiche, delinea un quadro complesso che rende incerto per la PA e per le imprese l'utilizzo, l'adozione e la promozione del FLOSS come modello preferenziale per l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione italiana.

Parole chiave: FLOSS, APPALTI PUBBLICI, RIUSO, CONCORRENZA, PROPRIETA' INTELLETTUALE

1 LA PA E L'ACQUISIZIONE DI FLOSS: IL CONTESTO NORMATIVO

Secondo le previsioni del D.Lgs. n. 39/1993 (coerentemente con quanto stabilito dalla legge sul diritto d'autore all'art. 11), le applicazioni software realizzate per conto e a spese della pubblica amministrazione sono di titolarità della stessa.

Negli ultimi anni le PA hanno sviluppato un forte interesse all'acquisizione di sistemi software che consentano di offrire servizi migliori ai cittadini, in questo contesto il software libero e open source sta giocando, senza alcun dubbio, un ruolo di rilievo.

Questa categoria di applicazioni, caratterizzata da licenze che concedono ai terzi i diritti di accedere al codice sorgente del programma, copiarlo, modificarlo e distribuirlo senza che (di norma) sia imposto alcun costo, appare immediatamente in contrasto con la normativa di riferimento indicata in apertura.

Infatti l'utilizzo dietro licenza di elementi open source di titolarità di terzi, impedisce la nascita del diritto d'autore in capo all'Amministrazione, posto che mancando all'appaltatore la proprietà dell'opera originaria sarebbe possibile solo la sub-concessione in licenza, non certo una cessione di diritti e quindi, tanto meno, la nascita del diritto a titolo originario.

A complicare ulteriormente il quadro normativo, e' intervenuto il più recente Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. n. 82/2005).

Il legislatore, benché avesse l'occasione di rivedere la normativa, riducendo ad unità le esperienze ed intervenendo direttamente sul tema, ha preferito limitarsi a prendere atto dell'esistente.

Così l'art. 68 del Codice si risolve in una mera elencazione delle modalità con le quali è possibile, per la P.A., dotarsi di programmi per elaboratore, esse sono: a) lo sviluppo di programmi informatici per conto e a spese dell'amministrazione sulla scorta dei requisiti indicati dalla stessa amministrazione committente; b) il riuso di programmi informatici sviluppati per conto e a spese della medesima o di altre amministrazioni; c) l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso; d) l'acquisizione di programmi informatici a codice sorgente aperto; e) l'acquisizione mediante combinazione delle soluzioni precedenti.

Sulla base di tale elenco, la singola Amministrazione, a valle di un'analisi comparativa delle soluzioni disponibili sul mercato in relazione alle proprie esigenze, dovrebbe scegliere la migliore applicazione in termini di funzionalità, prestazioni e facilità d'utilizzo.

Il legislatore non ha però considerato che, con il sistema delineato, la valutazione comparativa che la P.A. è chiamata a svolgere ha natura, prima ancora che tecnica, giuridica.

Essa si fonda necessariamente sugli istituti che disciplinano l'applicazione informatica e, in particolare, sui concetti di titolarità, cessione dei diritti di utilizzazione economica e/o loro concessione in licenza d'uso.

Per cercare di mettere ordine tra le previsioni normative applicabili, pare necessario considerare adeguatamente, l'istituto della titolarità delle opere dell'ingegno di carattere creativo in caso di committenza pubblica.

La norma di riferimento deve senza dubbio essere individuata nell'art. 11 L. n. 633/1941 che prescrive la nascita della titolarità dell'opera dell'ingegno in capo al committente pubblico.

Non vi è dubbio che nel caso di acquisizione di software da parte della PA gli appaltatori realizzino un'opera dell'ingegno protetta ai sensi della legge sul diritto d'autore.

Nel particolare caso della realizzazione di software open source, l'appaltatore sviluppa l'applicazione richiesta dalla PA per elaborazione, partendo da linee di codice sorgente e, in molti casi, da veri e propri moduli software realizzati da terzi, dei quali può disporre in virtù di una licenza FLOSS.

E' evidente che in questo caso la problematica della nascita della titolarità di quanto creato in capo al committente pubblico e' insuperabile con una semplice previsione contrattuale: l'appaltatore non può ricoprire la posizione soggettiva di titolare dei diritti di utilizzazione economica dell'opera originaria.

Essendo un mero licenziatario egli potrebbe, tutt'al più, trasferire in licenza quanto ricevuto ma non certo cederne i diritti a titolo definitivo (come spesso viene richiesto nei bandi di gara) e quindi tanto meno, spogliarsi della qualità di autore in favore della pubblica amministrazione secondo quanto previsto dalla normativa.

2 LA DIFFICILE CONVIVENZA TRA OPEN SOURCE E RIUSO

Se tale é la problematica generale, in una prospettiva più specifica, essa assume particolare interesse, in ragione della previsione di cui all'art. 69 D.Lgs. n. 82/2005, con riferimento all'istituto, di recente introduzione, del riuso di software.

Prima del 2000 non esisteva nell'ordinamento una nozione giuridica di riuso, perciò la sua definizione postula il riferimento ad elementi extragiuridici.

Per riuso deve intendersi la possibilità di utilizzare un modulo o comunque una componente software in una o più applicazioni informatiche diverse.

Mutuando tale concetto dall'ingegneria del software, l'istituto del riuso trovava la sua prima espressione normativa con la legge n. 340/2000, la quale stabiliva che le P.A. potessero concedere in uso gratuito ad altre amministrazioni le applicazioni informatiche nella loro disponibilità, affinché queste ultime le adattassero alle loro esigenze.

Da sottolineare che, con la predetta normativa, la concessione in uso gratuito ad altre Amministrazioni era solo un'opzione possibile, quindi un'indicazione del legislatore per indirizzare l'azione amministrativa.

Solo con la successiva "direttiva Stanca" del 19 dicembre 2003, dopo essersi ribadito, all'art. 5, l'acquisizione della titolarità delle applicazioni informatiche in capo all'amministrazione appaltante, si ha la prima norma che stabilisca un obbligo per la P.A. di prevedere clausole che favoriscano il riuso e concedere in licenza l'applicazione ad amministrazioni terze che la richiedano.

La normativa contenuta nella direttiva è stata poi la struttura portante della successiva disciplina prevista nel Codice dell'Amministrazione Digitale.

Il CAD, dopo aver individuato all'art. 67 le modalità di sviluppo e acquisizione di applicazioni informatiche e aver imposto con l'art. 68 la valutazione comparativa delle soluzioni da acquisire, disciplina all'art. 69 il "Riuso di programmi informatici".

Con l'odierna previsione la Pubblica Amministrazione, ove richiesta, deve acconsentire a concedere in riuso i software di cui si è dotata e, posto che l'istituto richiede la titolarità in capo all'amministrazione concedente, è necessario che essa abbia acquisito, o comunque in capo a essa sia nata, non la facoltà di fruire del software, come avviene in caso di acquisizione di licenze, bensì la titolarità piena dei diritti di utilizzazione economica sul programma.

Ciò considerato, ove manchi la titolarità, il software non potrà essere "riusabile" nel senso richiesto dalla normativa.

Una parte della dottrina si confronta con tali problematiche rilevando che ciò che è effettivamente richiesto dalla norma non è la titolarità, ma la disponibilità del codice sorgente secondo quanto indicato al comma 3 dell'art. 69.

Una simile impostazione risolverebbe molte controverse questioni posto che, ogniqualvolta la P.A. possa accedere al codice sorgente, ne acquisirebbe la disponibilità .

In sostanza in tutti i casi in cui il software sia open source ovvero, qualora sia proprietario, nel caso in cui sia inserita una clausola che preveda l'accesso al codice sorgente, la P.A. può disporre dell'applicazione e renderla di fatto « riusabile ».

Tale lettura del problema non pare però tenere in considerazione che la disponibilità del codice sorgente è condizione necessaria ma non sufficiente perché possa operare l'istituto del riuso.

Il requisito richiesto dal legislatore (non solo attraverso l'art. 69 CAD, ma alla luce dell'intero impianto normativo) è, e rimane, la titolarità, requisito che contiene in sé la disponibilità del codice.

Tale assunto si basa sul fatto che la legge sul diritto d'autore, agli artt. 64-bis e ss., riserva l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica relativi al software al titolare di essi.

Da ciò consegue che la disponibilità dei programmi ai fini del riuso, portando con sé la necessità di copiare, redistribuire e, se necessario, modificare il programma, non può che presupporre tale titolarità che in caso di software open source parrebbe non potersi costituire in capo all'ente pubblico.

In questo senso il combinato disposto dell'art 11 l. 633/1941 con il D.Lgs 39/1993 parrebbe escludere la compatibilità tra open source e software sviluppato ad hoc per le pubbliche amministrazioni.

3 LA TITOLARITÀ DELLE OPERE DERIVATE IN CASO DI APPALTO PUBBLICO

Per proporre una soluzione cercando di rimanere aderenti al dato normativo, potrebbe richiamarsi la disciplina delle elaborazioni creative di cui all'art. 4 della legge 631/1940.

Di fatto, quando l'amministrazione richiede un'applicazione per soddisfare sue peculiari esigenze, domanda all'appaltatore di realizzare, sulla base di un'opera originale, una nuova applicazione adattata ad un particolare ambiente informatico della PA richiedente.

La prospettiva di osservazione in questo caso cambia radicalmente, la domanda da porsi non è più se possa nascere o meno la titolarità della pubblica amministrazione, ma su che cosa è richiesto che nasca la titolarità della pubblica amministrazione.

Al fine di risolvere la problematica esposta, preliminarmente risulta necessario analizzare in termini generali la tematica della titolarità delle opere derivate nel caso di utilizzo di software open source.

La tutela della proprietà intellettuale mette in gioco, in ordine alle modifiche del prodotto e/o alle singole componenti dell'opera derivata, la possibilità, evidenziata da una parte della dottrina, che si configurino forme di appartenenza collettiva: a fronte del contributo di una collettività di sviluppatori, che sottostanno alle regole imposte dall'adesione a licenze copyleft, si creerebbe una situazione di comunione o, più ampiamente, di contitolarità dei diritti d'autore sul software.

Sorgerebbero quindi nuovi elementi da analizzare al fine di stabilire la titolarità: forme organizzative e gerarchiche di natura informale e accanto ad esse forme associative formalizzate (ad es. fondazioni, come per Mozilla e OpenOffice « ...a hybrid of anarchistic and hierarchical governance...), in una parola le community.

Esse, formalizzate o meno, costituite da un insieme di sviluppatori che realizzano un progetto software autorganizzandosi e basandosi sulle tecniche di sviluppo e le facoltà offerte dalla licenza, si pongono come soggetto in favore del quale i singoli componenti si spogliano dei loro diritti sul codice, tanto che di fatto esse stesse provvedono a governare il progetto, in quanto soggetto, sebbene non di diritto, costituito al fine della realizzazione di un applicativo stabile e fruibile dagli utenti.

In tali casi una volta venuto ad esistenza, il progetto non potrà che essere riferibile a tutti coloro che alla community hanno partecipato e non vi è dubbio che la titolarità di esso nascerà, in modo diffuso, in capo a tutti i soggetti che hanno contribuito alla realizzazione con il loro apporto creativo ed originale (coerentemente con quanto prescritto dall'art. 10 della l. n. 633/1941).

La tesi risulta senza dubbio suggestiva nel momento in cui muove dall'intuizione che il FLOSS si contraddistingue per la peculiarità dei suoi modelli istituzionali, ossia: le licenze, le norme sul diritto d'autore e le forme associative tra privati (spontanee o formalizzate).

L'intreccio di tali strumenti, che reggerebbero i pur eterogenei fenomeni dell'open source e del free software, determinerebbe la creazione di un regime atipico di appartenenza collettiva fondato sul ricorso congiunto alla tutela degli intellectual property rights ed al contratto.

Il modello istituzionale di sviluppo attraverso la community, cui si ispira tale ricostruzione, ha il merito di interpretare compiutamente il momento genetico di un progetto open source, ma non pare poter essere esteso all'interpretazione del suo divenire.

Gli appartenenti alla community infatti pongono in essere atti creativi che danno vita, in combinazione tra loro, alla creazione di un software open source ma, una volta che quest'ultimo è stato realizzato, gli interventi successivi sono spesso mere correzioni di anomalie o ottimizzazioni prive di un apporto creativo tale da porre il problema della titolarità.

L'idea di un'appartenenza collettiva in particolare, non si presta ad essere applicata al caso delle opere derivate (qualora, in un momento successivo alla realizzazione del software, il codice sorgente venga modificato o integrato con nuovi moduli in modo da creare un nuovo prodotto basato sull'opera originaria).

In tal caso infatti mancando la contestualità (intesa non nel senso di contemporaneità, quanto di appartenenza allo stesso contesto informatico) degli atti creativi e la condivisione della finalità con gli autori originari, appare difficile sostenere una contitolarità dei diritti sul software: l'opera derivata infatti in questi casi si distingue da quella originaria.

In questi casi di nuove implementazioni, in presenza di un'attività creativa e originale, può sostenersi che venga ad esistenza un'opera protetta con autonoma titolarità in capo ad nuovo autore.

Questa posizione è avallata anche da una recente giurisprudenza della Cassazione (Cass. Civ. 581/2007).

In tale ultima pronuncia la Suprema Corte ha enunciato il principio secondo cui “...creatività e originalità sussistono anche quando l'opera sia composta da idee e nozioni semplici... comprese nel patrimonio di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purchè esse siano formulate e organizzate in modo autonomo e personale rispetto alle precedenti”

La Corte, mutuando tale principio di diritto da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in tema di originalità e creatività, va però oltre affermando che, per il software, l'innovazione e, quindi, l'originalità e la creatività dell'opera risiedono nell'adattare l'architettura applicativa al caso e all'ambiente tecnologico specifico.

Applicando questo principio di diritto al caso di acquisizione di software da parte della PA, è possibile osservare come nella generalità dei casi di committenza pubblica si abbia una realizzazione che nella pratica si sostanzia in un adattamento di codice rilasciato open source ad un nuovo e diverso contesto informatico e tecnologico.

Se ciò è vero parrebbe corretto affermare che ogni volta in cui l'appaltatore va a creare un quid novi sul quale, in virtù dei principi richiamati, possa nascere un'autonoma titolarità, per gli effetti del d.lgs. 39/993 e degli artt. 4 e 11 della legge 633/1941, essa spetta alla PA committente.

4 FLOSS, SOFTWARE PROPRIETARIO E CONCORRENZA

Se le problematiche di proprietà intellettuale legate al FLOSS e alla sua acquisizione da parte della PA sono molte e di difficile soluzione, non meno rilevanti sono quelle legate alla concorrenza e in particolare al dualismo software proprietario - software a codice sorgente aperto.

Non vi è dubbio infatti che oggi il mercato del software viva questa dialettica in cui, da un lato il regime proprietario ha creato un sostanziale monopolio legale della conoscenza, che tendenzialmente determina un innalzamento dei prezzi ed una riduzione dell'offerta, dall'altro il movimento del FLOSS

propone un modello alternativo basato sulla condivisione della conoscenza quale motore del progresso.

Pure non vi è dubbio che il software rilasciato con modello proprietario abbia negli anni acquisito una posizione di dominanza del mercato rispetto al software open source. Salvo alcune nicchie, il software proprietario è infatti più diffuso, conosciuto e utilizzato. Certo è che il FLOSS presenta vantaggi rilevanti, grazie proprio a quanto previsto nella sua licenza.

Così è iniziato un percorso di scoperta del nuovo modello.

Per prima l'Unione Europea ha mostrato, e mostra tuttora, un forte interesse al fenomeno, si veda ad esempio l' eEurope Action Plan 2005, il recente i2010 Initiative — A single European Information Space, eGovernment Action Plan i2010 e la Comunicazione su "Interoperability for pan-European eGovernment Services" nei quali l'utilizzo dell'open source viene definito fondamentale nell'ottica dello sviluppo dei servizi informatici nell'UE.

Il legislatore italiano invece è rimasto inerte e le regioni, in assenza di normativa nazionale, hanno deciso di muoversi con autonome iniziative per sfruttare i vantaggi offerti dal FLOSS.

La tendenza è stata quella di aprire maggiormente all'utilizzo del FLOSS mettendolo in aperta concorrenza con il software proprietario ed anzi esprimendo una sostanziale preferenza per il modello a codice sorgente aperto come se fossero necessarie delle politiche "pro-concorrenziali" .

Si pensi, ad esempio, all'esperienza della Regione Toscana che ha intrapreso un percorso di introduzione dell'open source nell'amministrazione ed è intervenuta a livello sia legislativo, con la Legge regionale, 26 gennaio 2004, n. 1 (Promozione dell'amministrazione elettronica edella società dell'informazione e della conoscenza nel sistema regionale. Disciplina della Rete telematica regionale toscana), sia di programmazione, con il Programma regionale della Toscana per lo sviluppo della società della conoscenza e dell'informazione 2007-2010, che, tra i principi e i criteri guida, indica, nel richiamare quanto previsto nella Legge n. 1/2004, "... il sostegno e l'utilizzo preferenziale di soluzioni basate su programmi con codice sorgente aperto, in osservanza del principio di neutralità tecnologica, al fine di abilitare l'interoperabilità di componenti prodotti da una pluralità di fornitori, di favorirne la possibilità di riuso, di ottimizzare le risorse e di garantire la piena conoscenza del processo di trattamento dei dati...".

Il percorso del legislatore toscano è culminato nella legge regionale n. 54/2009 (Istituzione del sistema informativo e del sistema statistico regionale. Misure per il coordinamento delle infrastrutture e dei servizi per lo sviluppo della società dell'informazione e della conoscenza), secondo cui "...per assicurare maggiore economicità alle attività della pubblica amministrazione e favorire al tempo stesso la concorrenza nel mercato delle soluzioni informatiche, nelle procedure di valutazione delle gare pubbliche per l'acquisizione di programmi informatici costituisce titolo preferenziale l'uso di codici sorgente aperti o di formati liberi, sulla base di una valutazione di tipo tecnico-economico delle diverse soluzioni disponibili sul mercato e delle esigenze organizzative..."

Queste espressioni di preferenza, nonostante siano dettate da una coscente valutazione dei due modelli proprietario ed open, destano non poche perplessità in tema di conflitto di competenza Stato-Regione in materia di concorrenza e non solo.

Di particolare rilievo sono, ai fini dell'argomento trattato, le considerazioni contenute nella recente pronuncia della Corte Costituzionale n° 122/2010 relativa all'illegittimità costituzionale della legge della Regione Piemonte 26 marzo 2009, n. 9 (Norme in materia di pluralismo informatico, sull'adozione e la diffusione del software libero e sulla portabilità dei documenti informatici nella pubblica amministrazione).

La Corte al paragrafo 6 analizza la richiesta di declaratoria di illegittimità costituzionale relativa agli articoli 6 comma 1 e 2, 4 comma 1 e 5 comma 1 nella parte in cui essi prevedono l'utilizzo, ad opera della Regione, di programmi per elaboratore a sorgente aperto, per la diffusione di documenti soggetti all'obbligo di pubblicità e l'utilizzo di programmi per elaboratore a sorgente aperto per il trattamento dei dati personali di quei dati la cui diffusione a terzi non autorizzati può comportare pregiudizio per la pubblica sicurezza.

La questione era stata sollevata dalle osservazioni della difesa dello Stato la quale aveva fatto presente che le norme indicate sarebbero costituzionalmente illegittime in quanto “invasive del principio di concorrenza, come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea e recepito nel nostro ordinamento nella materia dei contratti pubblici con il codice dei contratti.

E' escluso, infatti, che possa ricondursi nell'ambito delle materie afferenti alla potestà esclusiva o concorrente delle Regioni il potere di normare in modo autonomo, imponendo alle amministrazioni locali l'acquisto di software esclusivamente a codice sorgente aperto, considerando che siffatte disposizioni verrebbero a collidere con quanto disposto dall' art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, ai sensi del quale la materia della “tutela della concorrenza” rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Osserva, inoltre la difesa dello Stato che un diverso assetto avrebbe portato ad una “differenziazione territoriale della disciplina dei vari mercati e settori economici” determinando una regolamentazione anticoncorrenziale, con conseguenze negative per l'economia nazionale”

All'analisi della Corte la questione è risultata non fondata posto che con la normativa non viene imposta alcuna scelta ma l'utilizzo di software libero viene indicato solo come possibile alternativa e comunque la disposizione limita la sua applicazione all'organizzazione degli uffici della sola Regione.

Deducendo a contrario dalle argomentazioni della Corte, se nella parte analizzata la legge della Regione Piemonte ha superato il vaglio di costituzionalità, qualche dubbio in più dovrebbe permanere per quelle disposizioni normative (come quelle contenute nella Legge Regione Toscana 54/2009 citata) che individuino nell'open source titolo preferenziale per la partecipazione o per l'aggiudicazione della gara o che attribuiscono punteggi superiori ovvero che richiedano una motivazione ova non si acquisisca software con licenza FLOSS, imponendo tali principi non alla sola amministrazione regionale ma anche agli enti locali.

Ad una prima analisi infatti tali valutazioni di preferenza assegnate ai formati a codice sorgente aperto sembrano introdurre un criterio di tipo normativo e non tecnico andando oltre la previsione neutra dell'art. 68, comma 1 e in contrasto anche con l'art. 4 del Codice Dei Contratti pubblici.

Se infatti la stessa Corte ribadisce che la scelta di uno dei due modelli non riguarda la tecnologia ma il tipo contrattuale e, in questo senso, essa è demandata all'utente-amministrazione, quest'ultima dovrebbe essere messa in condizione di svolgere una comparazione strettamente tecnica ed economica delle soluzioni offerte sulla base di criteri neutri, senza essere costretta a riferirsi ad un criterio estraneo (il tipo di licenza) che diriga la sua possibilità di scelta e incida negativamente, in questo caso sì, sulla concorrenza, dotando gli operatori che adottano lo schema di licenza FLOSS di una posizione di vantaggio competitivo rispetto a coloro che adottando schemi proprietari verrebbero esclusi dalla gara a priori, la scelta sarebbe così forzata verso un'applicazione non necessariamente migliore da un punto di vista tecnico e/o economico.

5 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come evidenziato nella trattazione, l'attuale impianto normativo pone molti interrogativi relativamente all'adozione di FLOSS da parte delle pubbliche amministrazioni.

Le tematiche di proprietà intellettuale lasciano spazio aperto a più soluzioni interpretative evidenziando le lacune di cui è preda il sistema. La conseguenza è l'incerto utilizzo di un modello di particolare interesse per l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione e in questo senso, auspicabile sarebbe un intervento del legislatore che, preso atto di quanto fino ad oggi emerso, provveda ad eliminare dal campo i principali dubbi interpretativi.

Diverso invece l'approccio alle problematiche concorrenziali.

La pronuncia della Corte richiamata pare cristallizzare un principio di particolare rilievo: software open source e software proprietario non sono modelli tecnologici distinti ma modelli giuridici alternativi che identificano due diverse applicazioni del diritto d'autore.

In questo senso la scelta dell'uno o dell'altro modello è libera e demandata all'utente finale.

La domanda da porsi è quindi se sia, non tanto legittima, quanto necessaria una normativa regionale che integri quella statale contenuta nel Codice dell'Amministrazione Digitale indicando titoli preferenziali.

In fin dei conti il FLOSS, potendo sfruttare il meccanismo della condivisione della conoscenza, è da un punto di vista tecnico ed economico una soluzione migliore del software proprietario per l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione, già questo dovrebbe essere sufficiente a dirigere la scelta su applicazioni a codice sorgente aperto, proprio ai sensi dell'art. 68, comma 1, del CAD.

In conclusione, nonostante le molte problematiche sollevate in relazione alla sua compatibilità con l'ordinamento vigente, non può esservi dubbio che il FLOSS rappresenti non una semplice alternativa al modello proprietario, ma la più adeguata risposta alle esigenze di efficienza, efficacia ed economicità dell'agire amministrativo.

Bibliografia

- A. Rossato, *Diritto ed architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, Padova, 2006, spec. 165 ss.
- A. Sponzili, *Le politiche di incentivazione del software libero nell'ordinamento francese*, in *Cyberspazio e diritto*, 2002, 185 ss.
- L. Lessig, *Il futuro delle idee*, trad. it. L. Clausi, Milano, 2006
- V. Zeno Zencovich-F. Mezzanotte, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. Inf.*, 2008, 141 e ss.
- M. Valimaki, *Dual Licensing in Open Source Software Industry*, in *Systemes d'Information et Management*, 2003.
- Boschiero, *Le licenze FLOSS nel diritto internazionale privato: il problema delle qualificazioni*, in *AIDA*, 2004, 176 e ss.
- G. Ziccardi, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2001
- N.F. Ruju, *L'acquisizione e il riuso del software nella P.A.*, Napoli, 2009.
- F. Bravo, *La licenza pubblica dell'UE per il rilascio di software open source*, in *Contr.*, 2008, 1063 ss.
- C. Flick-G.A. Cignoni-V. Ambriola, *Il riuso del software nella Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Internet*, 2008, 85 ss.
- A. Pioggia, *Sviluppo, acquisizione e riuso di sistemi informatici nelle pubbliche amministrazioni. Commento agli artt. 67-70 del D.Lgs. n. 82/2005*, in E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'Amministrazione Digitale: commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Rimini, 2005, 399 ss.
- M. Atelli-S. Aterno-A. Cacciari (a cura di), *Codice dell'Amministrazione Digitale. Commentario*, Roma, 2008
- F. Bravo, *Software « open source » per la P.A. tra diritto d'autore, appalti pubblici e diritto dei contratti. La licenza pubblica dell'UE per i programmi con codice sorgente aperto*, in *Dir. inf.*, 2008, 865 ss.;
- G. Scorza, *L'open source nella Pubblica Amministrazione. Aspetti giuridici*, in F. SARZANA, *e-Government. Profili teorici ed applicazioni pratiche del governo digitale*, Piacenza, 2003, 255 ss.
- Markus, M.L. e Robey, D. (1988). *Information technology and organizational change: Causal structure in theory and research*. *Management Science*, 34 (5), 583-598.

LICENZA

L'autore mette l'articolo sopra esteso a disposizione dei terzi che ne vorranno fruire secondo quanto indicato nella “**CREATIVE COMMONS PUBLIC LICENCE**” Attribuzione - Condividi allo stesso

modo 2.5 -ITALIA- (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/it/legalcode>) , i cui termini sono da intendersi qui per esteso richiamati.