

Diritto dell'Internet

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza, prassi sulle nuove tecnologie, privacy, e-government e processo telematico

DIRETTORE SCIENTIFICO:
Giuseppe Cassano

COMITATO SCIENTIFICO:

Michele Ainis
Mario Bessone
Renato Borruso
Renato Clarizia
Giovanni Comandè
Pasquale Costanzo
Astolfo Di Amato
Ugo Draetta
Giovanni Duni
Vincenzo Franceschelli
Aurelio Gentili
Mario Jori
Adelmo Manna
Mario Morcellini
Nicola Palazzolo
Lorenzo Picotti
Giovanni Sartor
Filippo Satta
Paolo Spada
Luigi Carlo Ubertazzi

ANNO IV - MARZO-APRILE 2008
Direzione e redazione
Strada 1 Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

00093020

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE
IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN
L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO


Diritto
dell'Internet
on-line

2
2008

www.ipsoa.it

Risarcimento danni
da ingiustificato distacco
della linea telefonica



**Favoreggiamento
della prostituzione in internet**

**Modello di *due diligence* legale
per l'acquisizione di un portale**



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

SOMMARIO

■ ATTUALITÀ

LA FIRMA DIGITALE ED IL SISTEMA DI CERTIFICAZIONE QUALE NUOVO STRUMENTO DI PUBBLICITÀ LEGALE di <i>Gianluca Navone</i>	113
---	-----

■ NORMATIVA

Osservatorio della normativa italiana a cura di <i>Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito</i> e <i>Enzo Maria Tripodi</i>	121
---	-----

■ GIURISPRUDENZA

Civile

TUTELA CAUTELARE E TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI TELECOMUNICAZIONI Tribunale di Napoli, sez. distaccata di Pozzuoli, 6 giugno 2007 ord.	127
commento di <i>Daniela D'Ulisse</i>	128

DANNO ALL'IMMAGINE E RESPONSABILITÀ DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER Tribunale di Roma, 15 settembre 2007, n. 20383 Tribunale di Milano, 16 luglio 2007	133
commento di <i>Beatrice Cunegatti</i>	134

IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA INGIUSTIFICATO DISTACCO DELLA LINEA TELEFONICA Cassazione civile, sez. III, 8 novembre 2007, n. 23304	141
commento di <i>Andrea Stazi</i> e <i>Claudia Stazi</i>	142

Penale

"MODCHIPS" E TUTELA PENALE DELLE MISURE (TECNOLOGICHE) DI PROTEZIONE DEI DIRITTI D'AUTORE: RITORNO AL PASSATO? Cassazione penale, Sez. III, 3 settembre 2007, n. 33768	149
commento di <i>Roberto Caso</i> e <i>David Terracina</i>	154, 163

SCOMMESSE ON-LINE

Corte Costituzionale 13 luglio 2007, n. 284 Cassazione penale, sez. III, 4 maggio 2007, n. 16928	170
commento di <i>Maria Fini</i> e <i>Federica Resta</i>	173

FAVOREGGIAMENTO DELLA PROSTITUZIONE IN INTERNET PER MEZZO DI MESSAGGI PUBBLICITARI Cassazione penale, Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 39354	181
commento di <i>Lara Trucco</i>	182

Amministrativa

ACCESSO ALLE POSIZIONI GIURIDICHE VIRTUALI RAPPRESENTATE DALLE INFORMAZIONI IMMAGAZZINATE IN SUPPORTI MAGNETICI Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, sez. giurisdizionale, 8 ottobre 2007, n. 927	187
commento di <i>Mattia Pani</i>	189

Osservatorio della giurisprudenza italiana

a cura di <i>Iacopo Pietro Cimino</i> e <i>Francesco Di Ciommo</i>	194
--	-----

Osservatorio di diritto internazionale ed europeo

a cura di <i>Giovanni Mario Riccio</i> , <i>Guido Scorza</i> e <i>Giovanni Ziccardi</i>	197
---	-----

■ ARGOMENTI

LA DIVULGAZIONE DI MAIL PERSONALI SUI MASS MEDIA E DIRITTO ALLA RISERVATEZZA di <i>Elena Falletti</i>	199
--	-----

■ PRASSI

MODELLO DI *DUE DILIGENCE* LEGALE PER L'ACQUISIZIONE DI UN PICCOLO PORTALE

di *Iacopo Pietro Cimino*

207

■ RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

a cura di *Francesco Brugaletta, Carmelo Giurdanella, Andrea Lisi, Giuseppe Vaciago*

211

■ INDICE ANNUALE

AUTORI

213

CRONOLOGICO

213

ANALITICO

214

Diritto dell'Internet

Bimestrale di dottrina, giurisprudenza, prassi sulle nuove tecnologie, privacy, e-government e processo telematico

La rivista si cita: *Dir. Internet*

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milano Assago (MI)

DIRETTORE RESPONSABILE

Donatella Treu

REDAZIONE IPSOA

Manuela Plebani, Isabella Viscardi

INDIRIZZO INTERNET

<http://www.ipsoa.it/dirittoellinternet>

COMITATO DI REDAZIONE

Ercole Aprile, Stefano Aterno, Ernesto Belisario, Francesco Brugaletta, Francesco Buffa, Francesco Giuseppe Catullo, Francesco Celentano, Iacopo Pietro Cimino, Francesco Di Ciommo, Pasquale Fava, Paolo Galdieri, Carmelo Giurdanella, Michele Iaselli, Andrea Lisi, Luca Lupària, Massimo Melica, Giovanni Marco Riccio, Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito, Guido Scorza, Enzo Maria Tripodi, Giuseppe Vaciago, Giovanni Ziccardi

REALIZZAZIONE GRAFICA

Ipsosa

FOTOCOPOSIZIONE

ABCompos Srl
via Pavese, 1/3 - 20089 Rozzano (Mi)
Tel. 02 57789422

STAMPA

Arti Grafiche Stefano Pinelli - Via Farneti, 8
20129 Milano

REDAZIONE

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione

Diritto dell'Internet

Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.831 - telefax (02) 82476.055
e.mail: redazione.internet@wki.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti

Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica
telefono (02) 82.476.999

PUBBLICITÀ:

db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160
fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Spedizione in abbonamento postale - 45% - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Milano
Iscritta al R.O.C. n. 1702 in data 4 settembre 2001

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milano Assago 20090 Assago (MI)
Servizio Clienti: tel. 02 824761
e-mail: servizio_clienti@ipsoa.it
www.ipsoa.it/servizioclienti

INDIRIZZO INTERNET

Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione *on line* della Rivista, consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/dirittoellinternet

ITALIA

Abbonamento annuale 2008: € 120,00
Abbonamento annuale 2008 + codici legali: € 173,00

ESTERO

Abbonamento annuale 2008: € 240,00

MAGISTRATI e UDIATORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsosa di zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta

a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milano Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

MODALITA' DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milano Assago oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 26,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 30.6.2003 n. 196. La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milano Assago, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (Mi).

Servizi di certificazione

La firma digitale ed il sistema di certificazione quale nuovo strumento di pubblicità legale

di Gianluca Navone

1. Il congegno della firma digitale

L'espressione "firma digitale" è comune al linguaggio tecnico-giuridico ed a quello tecnico-informatico; ciò nondimeno, nell'uso linguistico dei giuristi tale locuzione si è ulteriormente specializzata, acquisendo un significato più circoscritto (persino) rispetto a quello comunemente riconosciuto dagli esperti di *computer* e *network security* (1).

Ex lege, infatti, essa designa una specifica tecnica di identificazione dell'autore dei dati contenuti in un documento informatico «basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici» (2).

In altri termini, quindi, il congegno della firma digitale è contrassegnato dall'utilizzazione di due chiavi crittografiche (3): una chiave privata, destinata ad essere cono-

liana, in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, 78 s.; G. Comandé, in G. Comandé e S. Sica, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, spec. 102 ss.

(2) Art. 1, lett. s, del Codice dell'amministrazione digitale (emanato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e successivamente modificato ed integrato dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159). Per l'approfondimento dei profili di natura tecnologica legati all'impiego dei sistemi crittografici a chiave pubblica si veda, per tutti, W. Stallings, *Crittografia e sicurezza delle reti*, edizione italiana a cura di L. Salgarelli, Milano, 2007, spec. 267 ss.

(3) La crittografia è la tecnica che consente la trasformazione di un messaggio in chiaro in un messaggio cifrato, ovvero in una forma incomprensibile ed illeggibile per tutti coloro che non possiedono la chiave segreta per effettuare l'operazione inversa di decifrazione. Di fatti, il termine "crittografia" o "criptografia" deriva dal greco κρυπτός, ossia "nascosto", e γραφειν, nel senso di "scrivere, tracciare segni". La più antica testimonianza letteraria di una primitiva forma di crittografia è già nelle *Vite parallele* di Plutarco ove lo storico racconta di una σκυτάλη inviata dagli efori, i magistrati di Sparta, a Lisandro con l'ordine di tornare in patria. La scitola, in particolare, altro non era che uno ζύλον στρογγύλον, e cioè un pezzo di legno rotondo, lungo la cui superficie si avvolgeva strettamente ad elica, in modo tale da non lasciare spazio alcuno, una striscia di papiro sulla quale veniva ad essere scritto per colonne parallele alla lunghezza del bastone (e lettera per lettera) il testo del messaggio segreto da inviare; una volta tolta la striscia di papiro, il testo del messaggio risultava trasposto ed illeggibile se non con l'utilizzo di un altro pezzo di legno delle medesime dimensioni del primo (al riguardo, cfr. P. Ridolfi, *Dalla "scitola" di Plutarco alla firma digitale*, in *Media duemila*, ottobre 1998, 9 ss. e G. R. Cardona, *Storia universale della scrittura*, Milano, 1986, 107 ss.). Nondimeno, tale sistema di scrittura criptografica pare essere sconosciuto a Tucidide (*Ἱστορία*, I, § 131, 1), a Senofonte (*Ἐγγήρικα*, III.3, 8; V.2, 34 e 37), Aristofane (*Ἀνισιστράτος*, § 991) e Diodoro (XIII, § 106, 9), i quali usano il termine σκυτάλη nel significato di messaggio non in codice; ed inoltre, proprio i casi in cui, secondo Plutarco, gli spartani si sarebbero serviti della scitola per inviare notizie criptate a Lisandro non trovano testimonianza alcuna nei corrispondenti passi di Tucidide (*Ἱστορία*, VIII, § 45, 1) e di Senofonte (*Ἐγγήρικα*, III.4, 27). E sulla base di queste ultime argomentazioni, i recenti studi filologici hanno portato alla conclusione che Plutarco cadde in un equivoco: «l'erronea credenza, che faceva della scitola un sistema di scrittura criptografica, si originò probabilmente tra la fine del quarto secolo a. C. e la metà di quello successivo. Responsabile fu certamente Apollonio Rodio (Ateneo, X 451 d, cfr. III 85 e =Archiloco, 15 T 16 e 16 T 24 Tarditi), il quale a torto ritenne che i termini σκυτάλη e σκύτος ("striscia di cuoio") fossero connessi con il verbo ζύω ("raschio")» (così, L. Piccirilli, *Commento alla "Vita di Lisandro"*, in Plutarco, *Le vite di Lisandro e di Silla*, a cura di M. G. Angeli Bertinelli, M. Manfredini, L. Piccirilli e G. Pisani, Milano, 1997, sub nota 19, 267). In questo senso, altresì, T. Kelly, in *Aa. Vv., The Craft of the Ancient Historian. Essays in Honor of C. G. Starr*, a cura di J. W. Eadie e J. Ober, Lanham-New York-London, 1985, 141 ss., spec. 146 s.; N. Dunbar, *Introduction*, in Aristophanes, *Birds*, Oxford, 1995. Sulla storia della crittografia, in generale, si veda l'ampio studio di C. Cianfrone, *L'evoluzione storica della crittografia*, in *Cyberspazio e diritto*, 2005, fasc. 2, 95 ss.

Note:

(1) Gli esperti di sicurezza dei sistemi informatici tendono ad utilizzare l'espressione "firma digitale" con una certa generosità; spesso come equivalente di "firma elettronica" (cfr. M. Fugini, F. Maio, P. Plebani, *Sicurezza dei sistemi informatici*, Milano, 2001, spec. 50). Diversamente, la legge impone al giurista un maggior rigore. Al riguardo, qui basti tener presente che la locuzione "firma elettronica" (tecnologicamente neutrale), vale a designare un ampio genere all'interno del quale ricadono una pluralità di specie. Più precisamente, essa abbraccia qualsiasi metodologia che consenta la verifica dell'identità dell'autore dei dati contenuti in un documento informatico, pur non individuandone nominativamente e tassativamente alcuna. In argomento, cfr.: A. Gentili, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in *Aa. Vv., I contratti informatici*, a cura di R. Clarizia, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 6, Torino, 2007, 119 ss., spec. 134 ss.; Id., *I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria*, in questa Rivista, 2006, 297 ss., spec. 300; G. Finocchiaro, *Tecniche di imputazione della volontà negoziale: le firme elettroniche e la firma digitale*, in *AA. VV., I contratti informatici*, a cura di R. Clarizia, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 6, Torino, 2007, 201 ss., spec. 208 ss.; E. A. Emiliozzi, *Le firme elettroniche*, Napoli, 2007, spec. 145 ss.; M. E. La Torre, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2004, spec. 278 ss.; S. Sica, *Atti che devono farsi per iscritto (art. 1350)*, in *Commentario Schlesinger* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2003, spec. 133 s.; E. Santangelo e M. Natri, *Firme elettroniche e sigilli notari*, in *Vita not.*, 2002, 1118 ss., spec. 1122; A. Pizzoferrato, *La «nuova» firma digitale nell'esperienza giuridica ita-*

sciuta soltanto dal soggetto titolare (4); ed una chiave pubblica, conoscibile, invece, da chiunque vi abbia interesse (5). Le due chiavi sono "correlate", nel senso che il documento cifrato con la chiave privata può essere decifrato unicamente con la corrispondente chiave pubblica; ed altresì "indipendenti", giacché la conoscenza della chiave pubblica non consente di risalire a quella privata (6).

Il processo di generazione della firma può avvenire secondo due distinte modalità.

Una prima via consiste nel cifrare, con la chiave privata, il documento da autenticare (7). La firma, così apposta, potrà essere verificata eseguendo *sic et simpliciter* l'operazione inversa: decifrando cioè il documento con la chiave pubblica correlata (8).

L'altra strada, assai più praticata, consta di una sequenza scomponibile in due fasi: a) con l'ausilio di una funzione matematica (nota come "funzione di hash") (9), dal documento che s'intende autenticare si estrae un piccolo blocco di *bit* di lunghezza costante (l'impronta, o *fingerprint*) (10), caratterizzato dal fatto di essere "unico" per ciascun documento, nel senso che da documenti anche minimamente diversi si ottengono impronte alquanto differenti; b) creata l'impronta, si provvede a cifrarla mediante la chiave privata. In questo caso, la firma (*id est*, l'impronta crittografata) sarà verificata se si realizza la seguente condizione: il *fingerprint* decifrato con la chiave pubblica di chi appare come autore deve essere identico al *fingerprint* che si ricava applicando la funzione di *hash* al documento in chiaro. (11)

L'utilità dell'uso dell'impronta è duplice. In primo luogo, essa consente di evitare la cifratura dell'intero documento che può richiedere grandi capacità di calcolo e di memorizzazione (12). In secondo luogo, essa permette la generazione di firme digitali separate (in quanto contenute in autonomi *files*), ma pur sempre connesse tramite associazione logica ai dati oggetto di autenticazione. Cosa che, tra l'altro, facilita la possibilità di collegare al medesimo testo una pluralità di firme come avviene (di regola) nell'ipotesi di elaborazione comune di un documento contrattuale (13).

Ma qui preme precisare che la firma digitale, in un modo o nell'altro apposta, adempie ugualmente il suo ufficio, assicurando sia la provenienza sia l'integrità dei dati cui si riferisce (14).

2. I prestatori di servizi di certificazione. Tipologie di certificatori: semplici, qualificati ed accreditati

L'esito positivo del processo di verifica - si è visto - garantisce che una firma digitale è stata generata con la chiave privata corrispondente ad una determinata chiave pubblica, non anche (di per sé) il collegamento fra quest'ultima ed il soggetto che appare come autore del documento. Talché, il discorso va ora completato introducendo una figura essenziale al funzionamento del si-

Note:

(4) Ai sensi dell'art. 1, lett. *aa* del Codice dell'amministrazione digitale, per "titolare" s'intende: «la persona fisica cui è attribuita la firma elettronica e che ha accesso ai dispositivi per la creazione della firma elettronica» Inoltre, a tenore dell'art. 7, comma 3, del d. P.C.M. 31 gennaio 2004, il titolare della coppia di chiavi deve: «a) conservare con la massima diligenza la chiave privata o il dispositivo che la contiene al fine di garantirne l'integrità e la massima riservatezza; b) conservare le informazioni di abilitazione all'uso della chiave privata separatamente dal dispositivo contenente la chiave; c) richiedere immediatamente la revoca dei certificati qualificati relativi alle chiavi contenute in dispositivi di firma difettosi o di cui abbia perduto il possesso».

(5) Ex art. 1, lett. i), del Codice dell'amministrazione digitale, per "chiave pubblica" s'intende: «l'elemento della coppia di chiavi asimmetriche destinato ad essere reso pubblico, con il quale si verifica la firma digitale apposta sul documento informatico dal titolare delle chiavi asimmetriche».

(6) Cfr. E. A. Emiliozzi, *Le firme elettroniche*, cit., 148 ss.; U. Breccia, *La forma*, in Aa. Vv., *Formazione*, a cura di C. Granelli, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, vol. I, Milano, 2006, 465 ss., spec. 608 s.; G. Buonomo, *Processo telematico e firma digitale*, Milano, 2004, spec. 134 ss.

(7) In questo caso, l'intero documento cifrato funge da firma digitale.

(8) In pratica, si è soliti inviare una versione in chiaro del documento insieme ad una versione cifrata con la chiave privata del mittente. Il destinatario decifra il documento con la chiave pubblica del mittente e, se il contenuto dei due documenti risulterà identico, l'esito del processo di verifica potrà considerarsi positivo (così, M. Cammarata ed E. Maccarone, *La firma digitale sicura*, Milano, 2003, 29).

(9) Ex art. 1, lett. e), del d.P.C.M. 31 gennaio 2004, per funzione di *hash* deve intendersi «una funzione matematica che genera, a partire da una generica sequenza di simboli binari (*bit*), una impronta in modo tale che risulti di fatto impossibile, a partire da questa, determinare una sequenza di simboli binari (*bit*) per le quali la funzione generi impronte uguali».

(10) Ex art. 1, lett. d), del d.P.C.M. 31 gennaio 2004, la "impronta" di una sequenza di simboli binari (*bit*) è definita come «la sequenza di simboli binari (*bit*) di lunghezza predefinita generata mediante l'applicazione alla prima di una opportuna funzione di *hash*». Si segnala, inoltre, che nel linguaggio tecnico - informatico l'impronta è altresì denominata "codice *hash*" e "message digest".

(11) Posto quanto precede, è agevole intendere il senso dell'espressione normativa giusta la quale la firma elettronica, oltre che allegata, può essere «conness[a] tramite associazione logica» ai dati oggetto di autenticazione (art. 1, lett. q), del Codice dell'amministrazione digitale). Di fatti, palesemente logico e non fisico è il legame che unisce - per il tramite dell'impronta - la firma digitale al documento giacché la firma, per un verso, attraverso la chiave privata usata per la generazione, si collega al firmatario; per altro verso, mediante l'impronta, si collega al documento autenticato (cfr.: W. Stallings, *Crittografia e sicurezza delle reti*, cit., spec. 332 ss.; Id., *Sicurezza delle reti. Applicazioni e standard*, Milano, 2001, spec. 77 ss.; M. Fugini, F. Maio, P. Plebani, *Sicurezza dei sistemi informatici*, cit., 50 ss.; G. Rognetta, *La firma digitale e il documento informatico*, Napoli, 1999, spec. 104 ss).

(12) Cfr. P. Corsini e E. O. Michelucci, *Sostituire il documento cartaceo con il documento informatico, firmarlo e trasmetterlo via rete*, in questa Rivista, 2006, 311 ss., spec. 314, ove, tra l'altro, si osserva che l'uso dell'impronta «consente l'autenticazione, da parte di una terza persona, della sottoscrizione del documento, senza che questa venga necessariamente a conoscenza del suo contenuto».

(13) In questo caso, ognuna delle parti potrà "sottoscrivere" il documento contrattuale limitandosi a cifrare, con la propria chiave privata, l'impronta da esso estratta.

(14) Ed infatti, la benché minima alterazione del documento (l'aggiunta, la sostituzione o la cancellazione di un solo *bit*), verrebbe ad essere evidenziata dall'esito negativo del processo di verifica.

stema in esame, quella del prestatore dei servizi di certificazione (15).

A tal fine, occorre *in limine* segnalare che al certificatore (o *certification authority*) sono affidati due compiti fondamentali: a) innanzitutto, quello di emettere i “certificati” (16), ossia i documenti elettronici attestanti (tra l’altro) che di una certa chiave pubblica è titolare un determinato soggetto, preventivamente identificato (17); b) in più, quello di tenere un elenco aggiornato delle chiavi pubbliche certificate, accessibile anche per via telematica (ossia da terminali remoti) (18).

Alla stregua della legislazione vigente, inoltre, si ricava la necessità di distinguere tre specie di certificatori: non qualificati (o “semplici”), qualificati e accreditati (19).

Certificatori *tout court* (senza ulteriori qualificazioni), sono i soggetti che prestano «servizi di certificazione delle firme elettroniche o che forniscono altri servizi connessi con queste ultime» (20). L’esercizio di tale attività «in Italia o in un altro Stato membro dell’Unione europea è libera e non necessita di autorizzazione preventiva»; tuttavia, «detti certificatori o, se persone giuridiche, i loro legali rappresentanti ed i soggetti preposti all’amministrazione, devono [...] possedere i requisiti di onorabilità richiesti ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso le banche (21)». (22) Mentre l’accertamento successivo dell’assenza o del venir meno di siffatti requisiti soggettivi «comporta il divieto di prosecuzione dell’attività intrapresa» (23).

Sono “qualificati”, i certificatori che rilasciano “certificati qualificati” (ossia i certificati che contengono per lo meno le informazioni di cui all’art. 28, comma 1, del Codice dell’amministrazione digitale (24)) e che, in aggiunta a quan-

to si vedano, altresì, le notazioni critiche di R. Ricci, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, 134 ss., spec. 139 s., secondo cui il collegamento soggettivo tra firma ed autore non verrebbe meno con riferimento al meccanismo della firma digitale giacché essa - al pari della sottoscrizione autografa - è preconstituita ad arte per consentire la formulazione di una prova critica, cioè una presunzione «basata sull’applicazione di una regola d’inferenza che esprime relazioni d’ordine non necessario, ma probabilistico, che, partendo dalla constatazione dell’avvenuto impiego dei dati e del dispositivo per la creazione della firma attribuita ad un soggetto [...], consente di inferire la scelta personale del titolare in ordine all’apposizione di quella firma e, quindi, la sua adesione al testo firmato». Infine, altri hanno prospettato la possibilità di ristabilire un legame soggettivo “forte” fra il documento informatico ed il suo autore abbinando alla firma digitale un sistema biometrico d’identificazione; ad esempio, il riconoscimento della conformazione retinica del titolare potrebbe essere reso necessario per dare accesso alla chiave privata memorizzata su una *smart card* (cfr. P. Giacalone, *Il riconoscimento biometrico e l’utilizzo della firma digitale*, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 307 s.).

(18) Ex art. 32, comma 3, lett. b), del Codice dell’amministrazione digitale il certificatore (ed in particolare, quello che rilascia certificati qualificati) deve «rendere pubblico il certificato nei modi o nei casi stabiliti dalle regole tecniche». Al riguardo, cfr. G. Pascuzzi, *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, 2006, spec. 80 ss.; G. Ciacci, in R. Boruso e G. Ciacci, *Diritto civile e informatica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, 418 ss.; M. Orlandi, *Il falso digitale*, cit., 63: al «certificatore spetta d’identificare il richiedente, e di associare a lui solo il codice alfanumerico della chiave. Il certificato di titolarità, dal quale l’intitolazione è attestata, diviene opponibile ai terzi attraverso la pubblicazione nel registro all’uopo istituito, e consultabile *on-line* [...]. Il congegno della firma digitale muove dalla certezza giuridica della titolarità, attestata dal certificato; e si serve della doppia chiave: l’una pubblica, oggetto della certificazione; l’altra privata, affidata alla custodia del titolare».

(19) Cfr. A. Ceccarini, *La prova documentale nel processo civile*, Milano, 2006, spec. 369 ss.; A. Vilecco Bettelli, *L’efficacia delle prove informatiche*, Milano, 2004, spec. 98 ss.; L. Neirotti, *Aspetti giuridici della firma elettronica e delle smart cards*, in *Cyberspazio e diritto*, 2003, 305 ss.; F. Sorrentino, *La disciplina sulle firme elettroniche: ultimo tassello?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 801 ss., spec. 810 ss.; G. Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettroniche*, Milano, 2003, 70 ss.

(20) Art. 1, lett. g), del Codice dell’amministrazione digitale.

(21) Di cui all’art. 26 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, approvato con d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, in forza del quale: «i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono possedere i requisiti di professionalità e di onorabilità stabiliti con regolamento del Ministro del tesoro adottato, sentita la Banca d’Italia, ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. Il difetto dei requisiti determina la decadenza dall’ufficio. Essa è dichiarata dal consiglio di amministrazione entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto sopravvenuto. In caso di inerzia la decadenza è pronunciata dalla Banca d’Italia. Il regolamento previsto dal comma 1 stabilisce le cause che comportano la sospensione temporanea dalla carica e la sua durata. La sospensione è dichiarata con le modalità indicate nel comma 2».

(22) Ex art. 27, comma 4, del Codice dell’amministrazione digitale, il Centro Nazionale per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA), operante presso la Presidenza del Consiglio, «procede, d’ufficio o su segnalazione motivata di soggetti pubblici o privati, a controlli volti ad accertare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti previsti dal presente codice e dispone, se del caso, con provvedimento motivato da notificare all’interessato, il divieto di prosecuzione dell’attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l’interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall’amministrazione stessa».

(23) Così, in accordo con la direttiva relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche (ispirata al principio di libertà di accesso al mercato dei servizi di certificazione), dispone l’art. 26, comma 2, del Codice dell’amministrazione digitale.

(24) Analiticamente, trattasi delle seguenti informazioni: «a) indicazione che il certificato elettronico rilasciato è un certificato qualificato; b)

(segue)

Note:

(15) Cfr. A. M. Gambino, voce *Firma digitale* (*dir. civ.*), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, vol. XIV, spec. 4: «indispensabili per il corretto funzionamento del sistema realizzato per le sottoscrizioni digitali sono le c. d. Autorità di certificazione. Per poter affermare che, attraverso la procedura a chiavi asimmetriche, il documento informatico è stato effettivamente sottoscritto con chiave privata intitolata all’apparente dichiarante, il destinatario deve, infatti, considerare affidabile la chiave pubblica, necessaria per la verifica della firma digitale».

(16) Giusta la formulazione dell’art. 1, lett. e), del Codice dell’amministrazione digitale, così come modificato dal d.lgs. 4 aprile 2006 n. 159, per “certificati elettronici” devono intendersi «gli attestati elettronici che collegano all’identità del titolare i dati utilizzati per verificare le firme elettroniche ai titolari e confermano l’identità informatica dei titolari stessi».

(17) Ex art. 32, comma 3, lett. a), del Codice dell’amministrazione digitale il certificatore (in particolare, quello che rilascia certificati qualificati) deve «provvedere con certezza alla identificazione della persona che fa richiesta della certificazione». La differenza principale tra imputazione manuale e imputazione digitale è, dunque, da riporre nella diversa natura del collegamento tra il soggetto e la firma. Al riguardo è stato rilevato che «nei testi manuali, il nesso si stabilisce volta per volta, attraverso la materiale apposizione della sottoscrizione, secondo una immediata e diretta eziologia tra gesto del segnante ed effetto del segnare: ogni volta che scrivo la mia firma, il testo mi è giuridicamente imputato [...]». Nel testo digitale questo materiale nesso tra sottoscrizione e sottoscrittore viene meno [...] risolvendosi in un’estrinseca associazione tra soggetto e chiave pubblica [...]. L’associazione ha carattere artificiale ed esige l’intervento di un terzo, al quale sia attribuiti l’ufficio di congiungere *ab externo* persona e chiave» (M. Orlandi, *Il falso digitale*, Milano, 2003, 61 ss.). In argo-

to prescritto per i certificatori semplici, offrono garanzie di affidabilità (organizzativa, tecnica e finanziaria) adeguate alla natura dell'attività esercitata. A tal fine, si richiede espressamente di «impiegare personale dotato delle conoscenze specifiche, dell'esperienza e delle competenze necessarie per i servizi forniti», di «applicare procedure e metodi amministrativi e di gestione adeguati e conformi a tecniche consolidate», di «utilizzare sistemi affidabili e prodotti di firma [...] che garantiscano la sicurezza tecnica e crittografica dei procedimenti, in conformità a criteri di sicurezza riconosciuti in ambito europeo (25) e internazionale e certificati ai sensi dello schema nazionale» per la valutazione e certificazione nel settore della tecnologia dell'informazione (26) ed ancora, di «adottare adeguate misure contro la contraffazione dei certificati» (27).

L'esercizio dell'attività di certificatore qualificato non necessita di alcuna autorizzazione, ma deve essere preceduta da una dichiarazione di inizio dell'attività al Centro Nazionale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA), «attestante l'esistenza dei presupposti e dei requisiti» prescritti dal Codice dell'amministrazione digitale (28). Mentre al CNIPA, è demandato il compito di procedere «a controlli volti ad accertare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti previsti» disponendo, se del caso, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione degli effetti (29).

Sono «accreditati», infine, i certificatori che hanno ottenuto «il riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato in termini di qualità e sicurezza» ai sensi dell'art. 29 del Codice dell'amministrazione digitale. Tale riconoscimento è concesso, su richiesta del certificatore, dal CNIPA che, a seguito dell'accoglimento della domanda, «dispone l'iscrizione del richiedente in un apposito elenco pubblico, tenuto dal CNIPA stesso e consultabile anche in via telematica» (30).

Se a richiedere l'accreditamento è un soggetto privato questi, in aggiunta a quanto prescritto per i certificatori qualificati, deve: a) avere la forma della società di capitali e un capitale sociale non inferiore a quello necessario ai fini dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria; b) garantire il possesso, oltre che da parte dei rappresentanti legali, anche da parte dei soggetti preposti alla amministrazione e dei componenti il collegio sindacale, dei requisiti di onorabilità richiesti ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso le banche. (31)

3. Il sistema di certificazione quale nuovo strumento di pubblicità legale

Tanto chiarito, si può allora fondatamente ritenere che l'intero sistema di certificazione, in quanto meccanismo formalmente deputato ad assicurare la perdurante conoscibilità a terzi di determinati fatti, dà luogo ad un inedito strumento di pubblicità legale (32) organizzato secondo un modello diffuso (anziché accentrato), siccome affidato alla pluralità dei prestatori di servizi di certificazione. Ogni certificatore, infatti, ed in particolare quello che ri-

lascia certificati qualificati ai sensi dell'art. 29 del Codice dell'amministrazione digitale, deve sia «tenere registrazione, anche elettronica, di tutte le informazioni relative al certificato qualificato dal momento della sua emissione almeno per venti anni anche al fine di fornire prova della certificazione in eventuali procedimenti giudiziari» (33), sia «rendere pubblico il certificato elettronico nei modi o nei casi stabiliti dalle regole tecniche»

Note:

(segue nota 24)

numero di serie o altro codice identificativo del certificato; c) nome, ragione o denominazione sociale del certificatore e lo Stato nel quale è stabilito; d) nome, cognome o uno pseudonimo chiaramente identificato come tale e codice fiscale del titolare del certificato; e) dati per la verifica della firma, cioè i dati peculiari, come codici o chiavi crittografiche pubbliche, utilizzati per verificare la firma elettronica corrispondenti ai dati per la creazione della stessa in possesso del titolare; f) indicazione del termine iniziale e finale del periodo di validità del certificato; g) firma elettronica avanzata del certificatore che ha rilasciato il certificato».

(25) In ambito europeo, in linea con quanto prescritto dalla direttiva relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche (1999/93/CE), gli standard di sicurezza generalmente riconosciuti per i prodotti di firma elettronica sono stati precisati nella decisione della Commissione del 14 luglio 2003 (in *Gazz. Uff. dell'Unione europea*, 15 luglio 2003, L. 175).

(26) Di cui all'art. 35, comma 5, del Codice dell'amministrazione digitale: «la conformità dei requisiti di sicurezza dei dispositivi per la creazione di una firma qualificata prescritti dall'allegato III della direttiva 1999/93/CE è accertata, in Italia, in base allo schema nazionale per la valutazione e certificazione di sicurezza nel settore della tecnologia dell'informazione, fissato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, o, per sua delega, del Ministro per l'innovazione e le tecnologie, di concerto con i Ministri delle comunicazioni, delle attività produttive e dell'economia e delle finanze».

(27) Art. 27, comma 2, del Codice dell'amministrazione digitale.

(28) Art. 27, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale.

(29) Art. 27, comma 4, del Codice dell'amministrazione digitale.

(30) Art. 29, comma 6, del Codice dell'amministrazione digitale. Allo stato, l'elenco dei certificatori accreditati è consultabile per via telematica all'indirizzo: www.cnipa.gov.it.

(31) Art. 29, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale.

(32) Cfr. M. Francesca, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, spec. 166 ss.

(33) Art. 32, comma 3, lett. j), del Codice dell'amministrazione digitale; in più, nell'art. 36 del medesimo Codice, è prescritto che il certificatore qualificato o accreditato che intenda cessare l'attività sia tenuto (tra l'altro) ad indicare altro depositario del registro dei certificati e della relativa documentazione.

(34) Art. 32, comma 3, lett. b), del Codice dell'amministrazione digitale. In proposito, va segnalato che la prassi corrente - senz'altro comoda, prevista dall'art. 36 del d.P.C.M., 13 gennaio 2004 - di allegare il certificato (contenente la chiave pubblica) al documento firmato (con la corrispondente chiave privata), non può considerarsi sostitutiva della pubblicazione del medesimo nel registro dei certificati. Per averne riprova, basti notare che i contenuti del certificato ben possono variare nel tempo e che, proprio per questo, soltanto accedendo al registro dei certificati (tenuto costantemente aggiornato a cura del certificatore), il processo di verifica della firma digitale può effettuarsi in modo sicuro. Ma c'è di più. Oltre al destinatario del documento, sono soggetti potenzialmente interessati alla verifica della firma digitale tutta una serie di terzi - non determinabili a priori: aventi causa, creditori, titolari di diritti incompatibili - ai quali parimenti deve essere assicurata la possibilità di procurarsi la conoscenza delle informazioni necessarie per il compimento della verifica in discorso. Dal che, la chiara insufficienza di una comunicazione (ossia, di un'attività sostanzialmente notificativa), indirizzata ad una persona determinata.

(34). Indi (per usare altre parole), a mezzo dell'intrinseca stabilità delle scritturazioni contenute nel certificato e della loro costante accessibilità ad opera del *quavis de populo* cui possano interessare, si attua un'ipotesi di vera pubblicità (35) poiché si utilizza l'organizzazione permanente di un meccanismo predisposto al fine di conseguire un risultato «che non è già la conoscenza effettiva, da parte di uno o più soggetti determinati, bensì soltanto la possibilità di conoscenza, con mezzi legittimi, da parte di qualsiasi soggetto» (36), e in concreto da parte di ogni soggetto che prenda l'iniziativa d'informarsi, consultando il «registro dei certificati» (37).

A tale conclusione, inoltre, non osta il fatto che la prestazione di servizi di certificazione possa essere svolta persino da privati (38). Difatti, se è vero che il compito di provvedere all'attuazione della pubblicità è di solito commesso in via esclusiva a pubblici uffici, è pur vero che al legislatore non può impedirsi di disporre diversamente. Stabilendo (come nel caso di specie) che la predisposizione di un'organizzazione stabile volta a rendere possibile l'acquisizione della conoscenza di determinati fatti ai terzi, possa essere affidata anche a soggetti privati (39).

D'altro canto, qui val bene considerare che il modo di essere e di operare del certificatore - pubblico o privato che sia - deve modellarsi seguendo contorni marcatamente segnati dalle norme dell'ordinamento; ed ancora, che al CNIPA è comunque demandato il compito di procedere a controlli diretti ad accertare la presenza dei presupposti e dei requisiti previsti dalla legge (40) e di disporre, «se del caso [...], il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti» (41). Così da garantire, quantomeno nelle intenzioni del *conditor*, il soddisfacimento dell'interesse mediato sotteso ad ogni strumento di pubblicità legale, e cioè: l'interesse pubblico generico «alla tutela e alla composizione dei molteplici interessi privati, che confluiscono nelle situazioni o si collegano agli eventi» (42) oggetto di *vulgatio* (43).

Note:

(35) A miglior chiarimento della presente trattazione, si rendono necessarie (a margine) alcune puntualizzazioni. Condizione indefettibile per il funzionamento di un sistema di crittografia a chiave pubblica è che questa, come dice il nome, sia resa pubblica: pertanto, almeno i dati identificativi del titolare del certificato ed il codice alfanumerico della chiave pubblica - ossia quelli strettamente necessari alla verifica della firma digitale apposta sul documento -, debbono essere resi conoscibili a chiunque possano interessare. In questo senso, d'altra parte, depone limpidamente la normativa (di rango primario) di cui al Codice dell'amministrazione digitale; in particolare, l'art. 1, lett. i, che definisce la «chiave pubblica» come «l'elemento della coppia di chiavi asimmetriche destinato ad essere reso pubblico», ed ancora, il sopra citato art. 32, comma 3, lett. b, a mente del quale il certificatore deve «rendere pubblico il certificato elettronico» secondo le modalità stabilite dalle «regole tecniche». A fronte di ciò, nella normativa regolamentare recante le cosiddette «regole tecniche», compare una disposizione idonea (*prima facie*) a provocare lo stallo di tutto meccanismo in esame, là dove si stabilisce che «i certificati qualificati, su richiesta del titolare, possono essere accessibili

alla consultazione del pubblico, ovvero comunicati a terzi, esclusivamente nei casi consentiti dal titolare del certificato» (art. 29, comma 2, del d.P.C.M., 13 gennaio 2004). Come a dire che il titolare della coppia di chiavi può impedire - per esempio, quando gli conviene - che altri possano verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico cui è apposta la propria firma digitale, semplicemente «nascondendo» le informazioni necessarie al compimento di tale verifica. Ma si tratta - occorre sottolinearlo - di un evidente *non sequitur* al quale non abboccare. Di fatti, se si afferma che la disposizione regolamentare *tam dixit quam voluit*, ne viene allora che essa è illegittima per contrasto con la sopra citata disciplina avente forza di legge; diversamente, se si sostiene che la disposizione regolamentare *plus dixit quam voluit*, è allora persuasivo concludere che essa non si riferisce a tutte le informazioni che accedono al contenuto del certificato, ma solo a quelle «facoltative», cioè - come meglio si vedrà fra breve - non necessarie alla verifica della firma. D'altro canto, nelle stesse «regole tecniche» si precisa che: «i certificatori che rilasciano certificati qualificati devono fornire ovvero indicare almeno un sistema che consenta di effettuare la verifica delle firme digitali» (art. 10); val quanto dire: i prestatori di servizi di certificazione devono rendere conoscibili i dati necessari al compimento del processo di verifica della firma digitale.

(36) Così, S. Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, vol. I, tomo 1, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, 229. Sulla struttura dei sistemi di pubblicità legale e la loro differenziazione rispetto ad altri strumenti di conoscenza (in specie, rispetto alle notificazioni ed alle pubblicazioni) cfr., altresì, D. Rubino, *La pubblicità come fatto permanente*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, 10 ss.; S. Pugliatti, voce *Conoscenza*, in *Enc. del dir.*, IX, 1961, 45 ss., spec. 128 ss.; G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1957, spec. 153 ss.; R. Corrado, voce *Pubblicità degli atti giuridici*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 518 ss., spec. 521 ss.; G. Giacobbe, voce *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 1 ss., spec. 10; M. Francesca, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, cit., spec. 102 ss.

(37) Ex art. 38, comma 3, lett. p, delle regole tecniche (d. P. C. M., 13 gennaio 2004), il manuale operativo (ove si definiscono le procedure applicate dal certificatore che rilascia certificati qualificati), deve contenere informazioni in ordine alle «modalità di accesso al registro dei certificati».

(38) Sulla possibilità di qualificare il certificatore qualificato come privato esercente potestà pubbliche, s'interroga A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, spec. 395 ss.

(39) Su questa linea, M. Francesca, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, cit., 101, la quale non esclude la possibilità che «l'attuale funzione segnalativa» sia «realizzata anche da strutture non pubbliche».

(40) Al fine di informare in merito alle modalità di svolgimento di tale importante funzione, il CNIPA, nel luglio del 2006, ha pubblicato il primo bollettino dedicato alla vigilanza ed al controllo sull'attività dei certificatori qualificati ed accreditati (consultabile, per via telematica, al seguente indirizzo: www.interlex.it/testi/pdf/cnipa_vig_1.pdf).

(41) Art. 27, comma 4, del Codice dell'amministrazione digitale.

(42) S. Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, cit., 352.

(43) In questa stessa corrente di pensiero si colloca, tra gli altri, P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, edizione a cura di G. P. Cirillo, Milano, 2000, 297 s.: «La pubblicità, nelle varie forme in cui si realizza, serve agli interessi privati, interessi che si collegano alla vita civile della persona, alle attività economiche, alla circolazione dei beni. Ma essa è posta, altresì, al servizio di interessi generali [...]. L'interesse generale pubblico alla conoscenza delle situazioni, giuridicamente rilevanti, delle persone e delle cose è un interesse a sua volta strumentale rispetto ad una finalità più ampia, la *certezza dei rapporti*»; nonché, da ultimo, N. Corbo, *La tutela dei diritti*, Torino, 2006, 27, il quale evidenzia che alla base dei vari meccanismi pubblicitari si pone una funzione tendenzialmente unitaria, e precisamente la seguente: «assicurare la conoscenza o la conoscibilità alla generalità di taluni eventi per rafforzare la sicurezza dei traffici» giuridici.

4. Gli effetti della segnalazione pubblicitaria delle informazioni contenute nei certificati elettronici

Le notazioni che precedono, lasciano emergere un nuovo interrogativo circa la natura della pubblicità (44) attuata offrendo alla generalità la possibilità di procurarsi la conoscenza delle informazioni comprese nei certificati elettronici.

Ed al riguardo, giova all'intelligenza della trattazione che segue, constatare che il Codice dell'amministrazione digitale detta un'articolata disciplina in merito al contenuto dei soli certificati qualificati (45) e che, per tale ragione, soltanto per essi si può fare (o almeno si spera) un discorso sufficientemente ancorato al piano del diritto positivo. Tornando al quesito poc'anzi sollevato, allora, un - sia pur sottile - filo d'Arianna ce lo fornisce l'art. 28, a mente del quale i certificati qualificati "devono" riportare talune informazioni mentre altre, essendo rimesse alla libera determinazione del titolare o del terzo interessato, sono facoltative.

Bene, nell'ambito delle informazioni obbligatorie spiccano - per importanza - i dati identificativi del titolare del certificato (46), unitamente a quelli necessari per la verifica della firma digitale, ossia il codice alfanumerico della chiave pubblica (47). Indi, mediante la certificazione della titolarità, la chiave pubblica è "intitolata": vale a dire, a qualcuno formalmente associata (48). Di tal che, l'adempimento della pubblicità di cui è parola «genera», «determina» il nesso tra chiave e soggetto esplicitando (limitatamente a questo aspetto) funzione di natura costitutiva. (49)

Ed ancor più quest'assunto risulta fondato ove si consideri che un nesso siffatto, pur non essendo sufficiente ad attuare l'articolato meccanismo dell'imputazione digitale, è a tal fine necessario ponendosi, insieme ad altri, alla stregua di un ingranaggio indispensabile al funzionamento dello stesso. (50)

Sul piano strettamente giuridico, ciò equivale a dire che si è innanzi all'elemento costitutivo di una fattispecie complessa. In sua assenza, difatti, non sarebbe possibile firmare elettronicamente un documento avente «l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c.» (51); e, parimenti, la sua mancanza non ammette equipollenti. In altri termini, non potrebbe essere surrogata (52) dalla prova della conoscenza (tratta *aliunde*) di qualsivoglia collegamento tra chiave e soggetto.

Sin qui si è trattato del contenuto obbligatorio del certificato qualificato. In appresso, pertanto, il discorso va completato facendosi carico di considerare quale sia la valenza di quello facoltativo, di cui all'art. 28, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale.

Al riguardo, vale allora osservare che il «certificato qualificato può contenere, ove richiesto dal titolare [...], se pertinenti allo scopo per il quale il certificato è richiesto», un primo gruppo d'informazioni riguardanti le qualifiche specifiche del titolare, «quali l'appartenenza ad ordini o collegi professionali, la qualifica di pubblico uf-

ficiale, l'iscrizione ad albi o il possesso di altre abilitazioni professionali» (53).

Ora, sin da una prima lettura, è del tutto evidente che nei casi da ultimo indicati la realizzazione della pubblicità non condiziona né l'esistenza né l'opponibilità dei fatti che ne formano l'oggetto svolgendo, bensì, una funzione puramente informativa: attraverso l'indicazione delle qualifiche del titolare si propugna, cioè, l'unico scopo di renderle conoscibili ai terzi. In definitiva, si dà corpo ad un'ipotesi di pubblicità notizia.

Empiricamente, e solo in via esemplificativa, basti qui riscontrare che la costituzione dello "status" di avvocato e la sua rilevanza *erga omnes*, sono l'effetto dell'iscrizione all'albo professionale forense (54), di certo, non della relativa menzione all'interno del certificato.

Ciò posto, il discorso deve adesso fermarsi a considerare, con speciale approfondimento, un secondo gruppo d'informazioni che possono accedere al contenuto del

Note:

(44) Di recente, sulla natura degli effetti esplicitati dalle varie forme di pubblicità, cfr. M. Comporti, in Aa. Vv., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2006, 1107 ss.

(45) Sono tali, si rammenta, quelli al cui rilascio sono abilitati sia i certificatori qualificati sia i certificatori accreditati.

(46) Precisamente, l'art. 28, comma 1, lett. d), del Codice dell'amministrazione digitale dispone che i certificati qualificati devono contenere il «nome, cognome o uno pseudonimo chiaramente identificato come tale e codice fiscale del titolare del certificato».

(47) Cfr. art. 28, comma 1, lett. e), del Codice dell'amministrazione digitale.

(48) Cfr. M. Orlandi, *Il falso digitale*, cit., spec. 62; Id., *Iposcritture e iperscritture*, in Aa. Vv., *I contratti informatici*, a cura di R. Clarizia, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 6, Torino, 2007, 169 ss., spec. 182 s.

(49) Si può allora dubitare (e a ragione), che l'attività di "certificazione" della titolarità della chiave pubblica costituisca una certificazione in senso proprio. Al riguardo, qui basti segnalare che il "certificatore" non si limita ad attestare e a rendere noto un dato già esistente, ma immette nel mondo giuridico una realtà (il nesso tra chiave e soggetto), del tutto nuova. In generale, sulla distinzione tra certificazioni ed altri atti affini (in specie: rispetto alle certazioni), si veda A. Stoppani, voce *Certificazione*, in *Enc. del dir.*, VI, 1960, 793 ss.

(50) Cfr. M. Orlandi, *Il falso digitale*, cit., 65: «Il circuito logico dell'imputazione digitale passa attraverso la biunivoca corrispondenza informatica tra le due chiavi e la certificazione della titolarità, che stabilisce il nesso stipulativo tra soggetto e chiave pubblica».

(51) Art. 21, comma 2, del Codice dell'amministrazione digitale.

(52) S'intende, con gli stessi effetti.

(53) Art. 28, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale.

(54) Alla stregua dell'art. 1, del r. d. l. 27 novembre 1933, n. 1578 (cosiddetta legge professionale forense): «nessuno può assumere il titolo, né esercitare le funzioni di avvocato se non è iscritto nell'albo professionale». Ed a riguardo, la dottrina ha ulteriormente precisato che «il provvedimento di iscrizione all'albo è un atto amministrativo di accertamento costitutivo dello status del professionista [...]; ha quindi natura costitutiva [...] gli effetti del provvedimento si producono dalla data del deposito e della pubblicazione del provvedimento del consiglio dell'ordine, e non dalla data della deliberazione, che è atto meramente interno» (R. Danovi, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2003, 48).

certificato qualificato su istanza (a seconda dei casi) del titolare o del terzo interessato.

Su istanza del titolare, il «certificato qualificato può contenere limiti d'uso ovvero un valore limite per i negozi (55) per i quali può essere usato [...], purché i limiti d'uso o il valore limite siano riconoscibili da parte dei terzi e siano chiaramente evidenziati nel certificato» (56). Ne consegue, allora, che in presenza di queste limitazioni - debitamente pubblicizzate - la chiave privata, correlata alla chiave pubblica certificata, possa essere utilmente impiegata: a) per firmare soltanto determinati tipi di atti (ad esempio: il bilancio d'esercizio, l'elenco dei soci e i verbali di nomina delle cariche che - a cura degli amministratori della società cui si riferiscono - devono essere trasmessi per via telematica o presentati su supporto informatico al registro delle imprese) (57); oppure, b) per stipulare contratti il cui valore non ecceda un dato ammontare (in ipotesi, solo acquisti di beni o servizi per un importo non superiore a 250) (58). Ma nell'uno e nell'altro caso il risultato è commensurabile dacché, delimitando le possibilità d'impiego (utile) della chiave privata si riducono, nello stesso torno di tempo, i rischi connessi alla sua abusiva (59) utilizzazione.

Ancora - considerato che il titolare potrebbe essere abilitato a firmare digitalmente atti in nome e per conto di altri - il certificato qualificato può, su istanza del terzo interessato (ossia del *dominus* da cui promana la legittimazione al compimento dell'attività sostitutiva) (60), contenere informazioni relative alle vicende che concernono l'esistenza, le limitazioni, le modificazioni e l'estinzione del potere di rappresentanza (61).

Ma all'esito della ricognizione che precede, rimane pur sempre da chiarire quale sia l'effetto della segnalazione pubblicitaria di questi fatti; ovvero, a che *pro* si richiede che essi siano resi «riconoscibili da parte dei terzi» e «chiaramente evidenziati nel certificato» (62).

Al riguardo, sembra persuasivo ritenere che la pubblicazione delle informazioni sopra cennate, in quanto produttiva della diffusa conoscibilità, le renda opponibili ai terzi (che entrano in relazione con il titolare delle chiavi di sottoscrizione e sui quali grava l'onere di consultare il registro dei certificati), senza che costoro possano eccepire di averle ignorate. Là dove, per contro, l'omessa segnalazione non esclude la possibilità di provare che il terzo, cui i fatti si vogliono opporre, ebbe a conseguirne per altra via la conoscenza effettiva. (63)

Onde, se le proposizioni che si è appena finito di fissare sulla carta sono fondate, è giocoforza concludere che in relazione ai casi da ultimo considerati l'osservanza della pubblicità dispiega effetti di natura dichiarativa.

Possono ora trarsi alcune considerazioni d'insieme. L'analisi della disciplina positiva evidenzia l'esistenza di un *puzzle* complesso, che impedisce la formulazione di una soluzione unitaria, monistica, al quesito sulla natura degli effetti dalla segnalazione pubblicitaria delle informazioni contenute nei certificati elettronici. Tanto che - come si è avuto modo di appurare -, la loro pubblicazio-

ne dà corpo (a seconda dei casi) ad ipotesi di pubblicità, notizia, dichiarativa o costitutiva.

Note:

(55) A tutta prima, questa esplicita menzione della categoria del negozio giuridico potrebbe sembrare un poco incauta: quasi un affronto agli artefici del codice civile italiano del 1942 che, com'è noto, deliberarono di non accoglierla (quantomeno testualmente). Se non che un osservatore pignolo - prendendosi la briga di scrutare negli interstizi delle più svariate normative di settore - ha puntualmente dimostrato come, «in spregio a tutte le aspettative, la categoria negozio giuridico "esiste", "c'è", si "materializza" non poche volte in singole leggi speciali, prima e dopo il codice del 1942» (E. Ferrero, *Sul negozio giuridico*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, tomo II, Milano, 2002, 1005 ss., spec. 1007). Ed ecco, allora, che al lume di questa rivelazione, l'iniziale sussulto del lettore si placa ed il battito del suo cuore diventa, d'improvviso, normale.

(56) Art. 30, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale. Ma a riguardo si veda, altresì, l'art. 28, comma 3, lett. b e c, ove si ribadisce che il certificato qualificato può contenere, ove lo richieda il titolare, informazioni relative ai «limiti d'uso del certificato» ed ai «limiti del valore degli atti unilaterali e dei contratti per i quali il certificato può essere usato».

(57) L'esempio non è figlio del caso; infatti, alla stregua dell'art. 31, comma 2, della legge 24 novembre 2000, n. 340, tutte le società hanno l'obbligo di inviare domande, denunce, atti e documenti al registro delle imprese, esclusivamente per via telematica ovvero su supporto informatico, facendo uso della firma digitale. Tale incombenza, tuttavia, a seguito dell'introduzione dei commi 2 *quater* e 2 *quinquies*, può essere delegata (su incarico dei legali rappresentanti della società) a professionisti iscritti negli albi dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali. In argomento, cfr. G. Ciacci, *Atti societari e firme elettroniche: il registro delle imprese telematico*, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, f. 6, 21 ss.; G. Ceccacci, *Viaggio "on-line" l'invio degli atti societari al registro delle imprese*, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, f. 23, 50 ss.

(58) A tale proposito, osserva A. Gentili, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, cit., 151: «il certificato [...] può contenere tanto limiti di uso quanto limiti di valore. Entrambi i tipi di limitazioni debbono essere riconoscibili da parte dei terzi e rendersi evidenti nel processo di verifica della firma. Con i limiti di uso il certificato sottrae alla firma il valore di sottoscrizione giuridicamente impegnativa [...]. Con i limiti di valore invece il certificato imprime le stesse restrizioni in relazione al valore economico degli atti unilaterali o dei contratti sottoscritti con quella firma digitale».

(59) Cioè, «non autorizzata dal titolare del certificato». A tal proposito, giova infatti ricordare che - ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 2, del Codice dell'amministrazione digitale - il «titolare del certificato di firma è tenuto ad assicurare la custodia del dispositivo di firma e ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno ad altri; è altresì tenuto ad utilizzare personalmente il dispositivo di firma»; nonché, «ad adottare tutte le misure organizzative e tecniche idonee ad evitare danno a terzi».

(60) Cfr. artt. 20 e 24, delle regole tecniche (d.P.C. M., 13 gennaio 2004), ove il «terzo interessato» è testualmente qualificato come il soggetto «da cui derivano i poteri di rappresentanza del titolare».

(61) Cfr. art. 28, commi 3 e 4, del Codice dell'amministrazione digitale.

(62) Art. 30, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale.

(63) Lo stesso è a dirsi per le informazioni contenute nella «lista dei certificati revocati e sospesi» che - al pari del registro dei certificati - il certificatore qualificato ha l'obbligo di tenere aggiornato. Infatti, giusta la lettera dell'art. 21, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale, l'apposizione «ad un documento informatico di una firma digitale o di un altro tipo di firma elettronica qualificata basata su un certificato elettronico revocato, scaduto o sospeso equivale a mancata sottoscrizione. La revoca o la sospensione, comunque motivate, hanno effetto dal momento della pubblicazione, salvo che il revocante, o chi richiede la sospensione, non dimostri che essa era già a conoscenza di tutte le parti interessate».

Novità

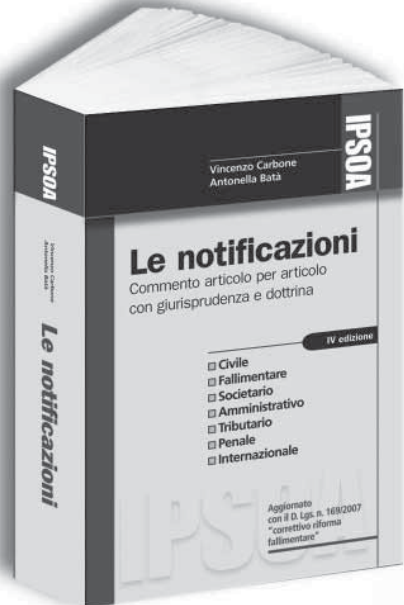
Le notificazioni

Commento articolo per articolo con giurisprudenza e dottrina

Il volume fornisce un quadro completo ed aggiornato delle articolate procedure concernenti le notificazioni nel **procedimento civile, fallimentare, amministrativo, tributario, penale**.

Vengono approfonditi gli aspetti della **notificazione civile** (codice di procedura

civile, fallimento e altre procedure concorsuali, nuovo processo societario, sanzioni amministrative e giudizio di opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione), della notificazione nel **processo amministrativo** (notificazioni in generale, introduzione del giudizio, impugnazioni, ricorso gerarchico e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), nel **processo tributario** (notificazione degli avvisi e altri atti al contribuente, proposizione del ricorso, impugnazione della sentenza, ricorso per cassazione), nel **processo penale** (organi, mezzi, termini, parti - imputato e altri soggetti - impugnazioni)



Autori:

Vincenzo Carbone
e **Antonella Batà**

IV edizione

pagg. 1.248, € 89,00

Avvocati

Commercialisti

Aggiornato con il D.Lgs. n. 169/2007
"correttivo riforma fallimentare"

Compili e invii subito
il coupon al
Servizio Informazioni
Commerciali Ipsoa
via fax allo **02.82476799**
Tel. 02.82476794
Oppure rivolgersi
all'**Agenzia Ipsoa** di zona
www.ipsoa.it/agenzie

Catalogo Ipsoshop
www.ipsoa.it/catalogo

Sì, desidero acquistare il volume:

(00081340) **"Le notificazioni"** a € 89,00

Cognome e Nome _____

Azienda/Studio _____

Via _____ C.a.p. _____ Città _____

Tel. _____ Fax _____ Cod. cliente _____

Partita IVA [] _____ Codice fiscale [] _____

(1002) Pagherò con Bollettino postale Premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a WKI S.r.l. - Gestione abbonamenti

Addebitare l'importo di € _____ sulla mia carta di credito

[] Mastercard (16 cifre) [] American Express (15 cifre) [] VISA (16 cifre) [] Diner's (14 cifre)

n° [] _____ Data di scadenza [] _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma del Cliente _____

Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milano/Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milano/Assago, Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Y54BS LE

Ai sensi dell'art. 13, n. 196 del D.Lgs. 30.6.2003. La informo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs. Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milano/Assago, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Osservatorio della normativa italiana

a cura di Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito ed Enzo Maria Tripodi

■ Diritti d'autore

DIRITTI D'AUTORE: INDICAZIONI LEGISLATIVE SULLA SIAE E SUGLI "USI LIBERI" ATTRAVERSO INTERNET

Legge 9 gennaio 2008, n. 2

«Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori»

(G.U. 25 gennaio 2008, n. 21)

Con la legge n. 2/2008 sono state dettate alcune importanti disposizioni sulla Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE). L'art. 1, nel riconoscere la natura di ente pubblico economico di tipo associativo, stabilisce che la SIAE, oltre alle funzioni di cui alla legge n. 633/1941 (sul diritto d'autore), esercita le altre funzioni ad essa attribuite dalla legge e può effettuare, altresì, la gestione di servizi di accertamento e riscossione di imposte, contributi e diritti, anche in regime di convenzione con pubbliche amministrazioni, regioni, enti locali e altri enti pubblici o privati.

Tra le attività si prevede che, d'intesa con il Ministero per i beni e le attività culturali, si promuovano studi e iniziative volti ad incentivare la creatività di giovani autori italiani e ad agevolare la fruizione pubblica a fini didattici ed educativi delle opere dell'ingegno diffuse attraverso reti telematiche. Si tratta, quindi, di una 'apertura' della SIAE alle potenziali funzioni di promozione che può svolgere Internet, in luogo del tentativo, di questi ultimi anni, di arginare o scoraggiare l'impiego delle reti telematiche.

Le funzioni di promozione vengono però successivamente smentite da quanto prevede l'art. 2 della legge, con il quale si inserisce un nuovo comma nell'art. 70 della legge n. 633/1941. L'art. 70, com'è noto, concerne gli "usi liberi", ossia la possibilità di riassumere, citare e riprodurre (e comunicare al pubblico) brani o parti di opere per finalità di critica e discussione, ovvero di ricerca scientifica e di insegnamento. Il comma introdotto prevede anche "la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro".

La disposizione appare chiara nei suoi confini, tuttavia, per poterne dare operatività si rinvia ad un apposito decreto del Ministro per le attività culturali "sentiti il Ministro della pubblica istruzione e il Ministro dell'università e della ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari com-

petenti". Il decreto, la cui farraginoso genesi procedimentale non promette nulla di buono, dovrebbe definire "i limiti all'uso didattico o scientifico", con un evidente aggravio delle valutazioni quando l'"uso" (libero?) concerne Internet.

La legge ricorda inoltre che l'attività della SIAE è disciplinata dalle norme di diritto privato ma l'ente è sottoposto al controllo congiunto del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per i beni e le attività culturali (per la vigilanza va inoltre sentito il Ministro dell'economia, qualora si tratti di materie di sua specifica competenza). Lo statuto della SIAE, adottato dall'Assemblea, è approvato con un D.P.C.M. Con D.P.R. - su proposta del Presidente del Consiglio di concerto con i ministri per i beni culturali e per l'economia - è invece nominato il presidente della SIAE.

■ E-Government

LEGGE FINANZIARIA 2008: PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E VOICE OVER IP (VOIP)

Legge 24 dicembre 2007, n. 244

«Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)»

(G.U. 28 dicembre 2007, n. 300 - Suppl. ord. n. 285)

La Legge finanziaria per il 2008 - all'art. 2 commi 588-602 - prevede che le pubbliche amministrazioni siano tenute, dal 1° gennaio 2008, e, comunque, a partire dalla scadenza dei contratti relativi a servizi di fonia in corso, ad utilizzare i servizi Voip. Si accenna inoltre anche al risparmio previsto per i prossimi anni: «complessivamente una riduzione di 25 milioni di euro per l'anno 2008, 140 milioni di euro per l'anno 2009 e 286 milioni di euro a decorrere dal 2010».

Per stimolare le amministrazioni pubbliche ad utilizzare questo strumento di risparmio e di razionalizzazione delle strutture si prevede che il mancato adeguamento alle disposizioni relative all'obbligo di implementare il Voip comporta la riduzione, nell'esercizio finanziario successivo, del 30 per cento delle risorse stanziare nell'anno in corso per spese di telefonia.

Nota:

(*) Il testo integrale delle disposizioni illustrate è pubblicato sul sito www.ipsoa.it/diritto dellinternet.

In anticipo di qualche mese, il Ministero degli Esteri ha comunicato di aver ultimato le opere infrastrutturali e di sviluppo del sistema di comunicazioni che rendono possibile la trasmissione di voce, dati e immagini via internet, garantendo prestazioni di alta qualità e riduzione dei costi.

La disposizione ha generato qualche dubbio, che potrebbe rivelarsi un problema non da poco: il territorio italiano, infatti, non gode ancora di una copertura *broadband* ottimale, e per alcune zone della penisola la banda larga rappresenta ancora un futuro. La speranza è che il decreto contenuto nella nuova finanziaria possa essere uno stimolo a risolvere questa situazione, e non si areni al contrario contro di essa.

**FATTURAZIONE ELETTRONICA:
LA LEGGE FINANZIARIA 2008 INTRODUCE
L'OBBLIGO PER LE OPERAZIONI INTERCORSE
CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE,
A PARTIRE DALLA DATA DI ENTRATA
IN VIGORE DI UN APPOSITO REGOLAMENTO**

Legge 24 dicembre 2007, n. 244

«Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)»
(G.U. 28 dicembre 2007, n. 300 - Suppl. ord. n. 285)

L'art. 1, commi da 209 a 214, della legge n. 244/2007 stabilisce che, a partire dalla data di entrata in vigore di un apposito regolamento, l'emissione, la trasmissione, la conservazione e l'archiviazione delle fatture emesse nei confronti delle amministrazioni dello Stato, anche a ordinamento autonomo, nonché con gli enti pubblici nazionali, deve essere effettuata esclusivamente in forma elettronica, con l'osservanza delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 52/2004 e del Codice dell'amministrazione digitale di cui al D.Lgs. n. 82/2005.

A decorrere dal termine di tre mesi dalla data di entrata in vigore del predetto regolamento, le amministrazioni e gli enti interessati non potranno accettare le fatture emesse o trasmesse in forma cartacea né potranno procedere ad alcun pagamento, nemmeno parziale, fino all'invio del documento in forma elettronica.

La trasmissione delle fatture elettroniche avverrà attraverso un Sistema di interscambio istituito dal Ministero dell'Economia e delle finanze e da questo gestito avvalendosi delle proprie strutture societarie.

È inoltre previsto che, entro il 31 marzo 2008, attraverso un decreto del Ministro dell'Economia e finanze verrà individuato il gestore del Sistema di interscambio e ne saranno definite le competenze e attribuzioni, con particolare riguardo al presidio del processo di ricezione e successivo inoltro delle fatture elettroniche alle amministrazioni destinatarie e alla gestione dei dati in forma aggregata e dei flussi informativi anche ai fini della loro integrazione nei sistemi di monitoraggio della finanza pubblica.

Il regolamento che dispone l'entrata in vigore di questo nuovo adempimento sarà varato con decreto del ministro dell'Economia e finanze, di concerto con il ministro per le

Riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione. Per mezzo di tale decreto, verranno definite:

- a) le regole di identificazione univoca degli uffici centrali e periferici delle amministrazioni destinatari della fatturazione;
- b) le regole tecniche relative alle soluzioni informatiche da utilizzare per l'emissione e la trasmissione delle fatture elettroniche e le modalità di integrazione con il Sistema di interscambio;
- c) le linee guida per l'adeguamento delle procedure interne delle amministrazioni interessate alla ricezione e alla gestione delle fatture elettroniche;
- d) le eventuali deroghe agli obblighi di emissione, trasmissione, conservazione, nonché archiviazione delle fatture in forma elettronica, limitatamente a determinate tipologie di approvvigionamenti;
- e) la disciplina dell'utilizzo, tanto da parte degli operatori economici, quanto da parte delle amministrazioni interessate, di intermediari abilitati;
- f) le eventuali misure di supporto, anche di natura economica, per le piccole e medie imprese;
- g) la data, a partire dalla quale decorre l'obbligo di trasmettere le fatture in formato esclusivamente elettronico e il divieto di emettere le fatture in forma cartacea, fermo restando la possibilità di introdurre gradualmente il passaggio al sistema di trasmissione esclusiva in forma elettronica.

**CARTA DI IDENTITÀ ELETTRONICA (CIE):
PROROGA DEI TERMINI PREVISTI DAL CODICE
DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE**

Decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248

«Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria»
(G.U. 31 dicembre 2007, n. 302)

Nell'ambito dell'ormai tradizionale decreto c.d. "milleproroghe", si segnala l'art. 35 del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248. Tale articolo proroga al 31 dicembre 2008 i termini, in materia di carta d'identità elettronica e della carta nazionale dei servizi, di cui all'art. 64, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. n. 82/2005).

■ Informatizzazione della Pubblica Amministrazione

**ACCESSO DEI COMUNI E DI ALTRI SOGGETTI
ASSOCIATIVI COMUNALI ALLE BANCHE DATI
CATASTALE ED IPOTECARIE DELL'AGENZIA
DEL TERRITORIO**

Agenzia del territorio, Decreto 18 dicembre 2007

«Accesso al servizio di consultazione telematica della banca dati catastale ed ipotecaria da parte di comuni, comunità montane ed aggregazioni di comuni, in funzione del processo di decentramento delle funzioni catastali, ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112».
(G.U. del 21 dicembre 2007, n. 296)

L'art. 1, comma 197, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007) ha previsto il decentramento delle funzioni catastali attraverso i comuni. Tale previsione, attuata con il D.P.C.M. 14 giugno 2007, è stata seguita da un protocollo d'intesa tra l'Agenzia del territorio e l'ANCI. Tanto premesso, con il decreto del 18 dicembre 2007, l'Agenzia del territorio ha disposto, senza oneri, l'accesso al servizio di consultazione telematica della banca dati catastale ed ipotecaria da parte dei comuni, delle comunità montane, delle unioni dei comuni, nonché di altre forme associative di comuni. Si tenga conto, tuttavia, che, per la banca dati ipotecaria, l'accesso senza oneri è previsto solo per il raggiungimento degli scopi istituzionali previsti da almeno una delle seguenti norme di esenzione dalle tasse ipotecarie ossia l'art. 11, comma 3, del D.Lgs. n. 504/1992, ovvero l'art. 43, comma 4, del D.P.R. n. 445/2000.

L'accesso al servizio è consentito - per un periodo di dieci anni - previa adesione alle condizioni generali riportate nell'Allegato A al decreto, che deve avvenire esclusivamente in via telematica e mediante sottoscrizione con firma digitale.

Tra le condizioni previste - pena la disabilitazione dal servizio - vi è l'impegno da parte dell'ente interessato ad utilizzare le informazioni assunte e i documenti ottenuti nel rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di protezione dei dati personali ed in tema di riutilizzo commerciale dei dati ipotecari e catastali. "In particolare l'Utente si impegna ad adottare le misure organizzative, fisiche e logiche di cui al D.Lgs. n. 196/2003 e del relativo disciplinare tecnico, necessarie ad assicurare il corretto trattamento dei dati acquisiti in ragione delle presenti condizioni di accesso rispondendo dell'operato dei propri dipendenti, incaricati e collaboratori" (art. 3 delle condizioni generali).

■ Pedofilia e pornografia minorile

ISTITUITO L'OSSERVATORIO E LA BANCA DATI PER IL CONTRASTO DELLA PEDOFILIA E PORNOGRAFIA MINORILE

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Decreto 30 ottobre 2007, n. 240

«Regolamento recante "Attuazione dell'articolo 17, comma 1-bis, della legge 3 agosto 1998, n. 269, in materia di coordinamento delle azioni di tutela dei minori dallo sfruttamento sessuale e dall'abuso e istituzione dell'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile"».

(G.U. 21 dicembre 2007, n. 296)

In attuazione della legge n. 269/1998, con il D.P.C.M. n. 240/2007, è stato istituito, presso la Presidenza del Consiglio, l'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile. L'Osservatorio ha, quale principale compito, di acquisire e monitorare i dati e le informazioni relativi alle attività, svolte da tutte le pubbliche ammini-

strazioni, per la prevenzione e la repressione dell'abuso e dello sfruttamento sessuale dei minori.

Per quanto interessa i lettori della *Rivista* si segnala che l'art. 4 di detto decreto istituisce, presso l'Osservatorio, una banca dati per raccogliere, con l'apporto dei dati forniti dalle amministrazioni, tutte le informazioni necessarie per il monitoraggio del fenomeno dell'abuso e dello sfruttamento sessuale dei minori e della pornografia minorile e delle azioni di prevenzione e repressione ad esso collegate.

Attraverso la stipulazione di specifici accordi tra le amministrazioni e il Ministro delle politiche per la famiglia è predisposto il flusso informativo dei dati e delle informazioni che confluiscono nella banca dati, ad esclusione di dati nominativi. Con apposito D.P.C.M. sono individuati invece i casi in cui sono raccolti dati personali relativi a minori e altre persone coinvolte in episodi di sfruttamento o di abuso sessuale, in aggiunta ai dati presenti nell'Osservatorio e a quelli raccolti nella suddetta banca dati.

■ Publicità radiotelevisiva e televendite

NUOVAMENTE MODIFICATO - SU IMPULSO COMUNITARIO - IL REGOLAMENTO DELL'AGCOM IN MATERIA DI PUBBLICITÀ RADIOTELEVISIVA E TELEVENDITE

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Deliberazione 8 novembre 2007, n. 162/07/CSP

«Modifiche al regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite di cui alla delibera n. 538/01/CSP del 26 luglio 2001»

(G.U. del 11 dicembre 2007, n. 287)

Le modifiche al regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite sono sorte a seguito di una lettera della Commissione europea del 16 marzo 2007, attraverso la quale, dopo aver effettuato un monitoraggio circa l'applicazione da parte degli Stati membri della Direttiva "Televisione senza frontiere" (Direttiva 89/552/CEE, come modificata dalla Direttiva 97/36/CE), è stato contestato al nostro Paese la non attuazione dell'art. 18 bis della Direttiva, concernente le finestre di televendita, nonché la non applicazione agli annunci di autopromozione ed agli annunci di servizio pubblico delle disposizioni della Direttiva in materia di inserimento della pubblicità nei programmi. Detta disposizione prevede - analogamente alla Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera - che le "finestre" di programmazione destinate alla televendita trasmesse da un canale non esclusivamente dedicato a quest'ultima debbano avere una durata minima ininterrotta di quindici minuti. Nel caso di autopromozione e di annunci di servizio pubblico le disposizioni comunitarie prevedono la loro esclusione dalla nozione di "pubblicità" ai soli fini dell'incidenza sui limiti di affollamento giornalieri ed orari. Vale la pena di ricordare che, secondo la citata direttiva, per pubblicità televisiva s'intende "ogni forma di messaggio

televisivo trasmesso a pagamento o dietro altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, da un'impresa pubblica o privata, nell'ambito di un'attività commerciale, industriale, artigiana o di una libera professione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro compenso, di beni o di servizi".

Il problema si pone con riferimento all'art. 2, comma 1, del D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico sulla radiotelevisione), laddove la definizione di "autopromozione" è distinta da quella di "pubblicità", ma questo non può essere inteso come se l'autopromozione sia del tutto esclusa dall'applicazione delle regole in materia di pubblicità. Pertanto, la citata disposizione non osta a che gli annunci di autopromozione e quelli di utilità sociale siano esclusi dalla nozione di "pubblicità" ai soli fini delle disposizioni sui limiti di affollamento giornalieri ed orari, come stabilisce espressamente la direttiva.

Di conseguenza, l'AGCOM ha ravvisato l'opportunità di modificare il regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e di televendite di cui alla delibera 26 luglio 2001, n. 538/01/CSP (come modificato dalle delibere 6 ottobre 2004, n. 250/04/CSP, 8 marzo 2005, n. 34/05/CSP, 28 luglio 2005, n. 105/05/CSP e, infine, 12 luglio 2006, n. 132/06/CSP). In particolare viene introdotta una previsione sulla base della quale, fermi i limiti di cui all'art. 38, comma 6, del D.Lgs. n. 177/2005, "ogni finestra di programmazione destinata alla televendita trasmessa dalle emittenti e dai fornitori di contenuti in ambito nazionale attraverso canali non esclusivamente dedicati alla televendita deve avere una durata minima ininterrotta di quindici minuti".

■ Tutela dei consumatori ed utenti

PUBBLICITÀ E PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: ADOTTATI I REGOLAMENTI PER LE ATTIVITÀ ISTRUTTORIE DELL'AUTORITÀ ANTITRUST

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Deliberazione 15 novembre 2007

«Procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita»
(G.U. 5 dicembre 2007, n. 283)

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Deliberazione 15 novembre 2007

«Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette»
(G.U. 5 dicembre 2007, n. 283)

Si segnalano all'attenzione dei lettori le due deliberazioni "gemelle" emanate dall'Autorità garante della concorrenza per disciplinare le procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e in materia di pratiche commerciali scorrette.

Detti regolamenti sono il frutto dell'attuazione, nel nostro Paese, della direttiva 2005/29/CE avvenuta "spezzando" la disciplina delle pratiche commerciali scorrette a seconda che attengano al rapporto tra due imprenditori, ovvero sia coinvolto un consumatore. Il D.Lgs. n. 145/2007 ha, pertanto, posto fuori dal Codice del consumo la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa che, ora, riguarda solo rapporti tra imprese. Il coevo D.Lgs. n. 146/2007 ha invece inserito, nel citato Codice del consumo, la disciplina delle pratiche scorrette, tra le quali vi figura anche la pubblicità ingannevole e comparativa quando ci si trovi in presenza di un consumatore.

Inutile aggiungere che tali procedure concernono anche le "pratiche" che si sviluppano sulle reti telematiche.

■ Tutela dei dati personali

PROCEDURE AMMINISTRATIVE DI COMPETENZA DEL GARANTE: ADOTTATO IL REGOLAMENTO 1/2007

Garante per la protezione dei dati personali, Deliberazione 14 dicembre 2007, n. 65

«Regolamento n. 1/2007. Procedure interne all'Autorità aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti demandati al Garante»
(G.U. 9 gennaio 2008, n. 7)

Il Codice della *privacy* prevede che, con propri regolamenti, il Garante provveda alla definizione dell'organizzazione e funzionamento dei suoi uffici, soprattutto ai fini dello svolgimento delle proprie attività. Tra queste attività particolari profili di attenzione si presentano con riguardo all'esame dei reclami e delle segnalazioni che pervengono al Garante, nonché all'adozione dei provvedimenti previsti dalla disciplina applicabile al trattamento dei dati personali (art. 154 del Codice).

È stato pertanto adottato - quale allegato alla determinazione n. 65/2007 - il Regolamento n. 1/2007 concernente le procedure interne all'Autorità aventi rilevanza esterna, finalizzate allo svolgimento dei compiti demandati al Garante per la protezione dei dati personali.

In particolare, si segnala l'art. 4, secondo il quale, il Garante determina, con cadenza almeno semestrale, la programmazione dei lavori del collegio, le linee di priorità nell'esame di reclami e segnalazioni da parte dell'ufficio e la programmazione delle attività ispettive.

Il Capo II del Regolamento contiene le procedure di tutela innanzi al Garante, con riferimento ai ricorsi (art. 7), ai reclami (artt. 8-12) ed alle segnalazioni (art. 13).

Il Capo III è dedicato alle attività di controllo e sanzionatorie. Il Garante, valutati gli elementi in suo possesso e anche in assenza di ricorso, reclamo o segnalazione, può avviare d'ufficio un'istruttoria preliminare per verificare la sussistenza di idonei elementi in ordine a possibili violazioni della disciplina rilevante in materia di protezione dei da-

ti personali. L'apertura del procedimento amministrativo è preventivamente comunicata al collegio.

Le attività ispettive sono svolte dal competente dipartimento del Garante (Dipartimento attività ispettive e sanzioni) che, effettuati, in loco, gli accertamenti relativi agli elementi idonei in ordine alle presunte violazioni, inoltra gli atti al segretario generale per l'assegnazione alla competente unità organizzativa, per il seguito di trattazione che concerne profili diversi dall'applicazione di sanzioni per i quali, invece, procede direttamente detto dipartimento, predisponendo la contestazione delle violazioni amministrative di competenza del Garante, in conformità alla legge 24 novembre 1981, n. 689.

Fuori dei casi in cui sono effettuate dal personale operante in sede di controllo, le violazioni amministrative sono contestate con atto sottoscritto dal dirigente del dipartimento attività ispettive e sanzioni o, nei casi di maggiore gravità o che rendono facoltativo applicare una sanzione accessoria ai sensi dell'art. 165 del Codice, dal segretario generale.

Quando non viene effettuato il pagamento in misura ridotta, il dirigente del dipartimento attività ispettive e sanzioni (o il segretario generale nei casi di maggiore gravità secondo quanto anzidetto) dispongono in conformità alla legge l'eventuale archiviazione degli atti a seguito di idonee deduzioni difensive. Infine, l'ordinanza-ingiunzione è adottata dal collegio nei casi in cui la contestazione è stata effettuata dal segretario generale e da quest'ultimo nei casi residui.

**PROCEDURE AMMINISTRATIVE
DI COMPETENZA DEL GARANTE:
DEFINITI I TERMINI E LE UNITÀ ORGANIZZATIVE
RESPONSABILI (REGOLAMENTO 2/2007)**

Garante per la protezione dei dati personali, Deliberazione 14 dicembre 2007, n. 66

«Regolamento n. 2/2007. Individuazione dei termini e delle unità organizzative responsabili dei procedimenti amministrativi presso il Garante per la protezione dei dati personali»

(G.U. 9 gennaio 2008, n. 7)

Con il Regolamento n. 2/2007, il Garante ha individuato i termini entro i quali le unità responsabili debbono definire i relativi procedimenti. Alcuni termini sono fissati dal Codice della *privacy*, ovvero da altre disposizioni legislative. Nei casi in cui non sono stati indicati dei termini per la conclusione del procedimento, vengono fissati dal Regolamento qui segnalato.

Il Regolamento prevede due tabelle: nella Tabella A è riportato il termine entro il quale ciascun procedimento o fase procedimentale deve essere concluso per legge, nonché l'unità organizzativa competente e la fonte normativa di riferimento; nella tabella B è individuato il termine entro il quale ciascun procedimento deve essere comunque concluso e la relativa unità organizzativa competente e, infine, la fonte normativa di riferimento.

Altri procedimenti amministrativi avviati e non indicati nella tabella B si concludono nel termine stabilito da altra fonte normativa o, in mancanza, in quello di novanta giorni ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

I procedimenti amministrativi avviati d'ufficio e per i procedimenti amministrativi relativi alle segnalazioni e ai reclami il termine inizia a decorrere dalla data in cui il procedimento è avviato in conformità al regolamento del Garante n. 1/2007.

Negli altri casi - fatto salvo quanto previsto dalle tabelle - il termine decorre dalla data di ricevimento della domanda, richiesta, comunicazione o del diverso atto di iniziativa, comunque denominato, da parte del dipartimento o altra unità organizzativa competente.

Si tenga conto che il decorso dei termini è sospeso dal 1° agosto al 15 settembre di ciascun anno e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione, salvo i casi in cui sussiste per taluno un pregiudizio imminente e irreparabile. Se il decorso ha inizio durante tale periodo, l'inizio stesso è differito alla fine del periodo medesimo.

Il decorso del termine è inoltre sospeso nelle seguenti ipotesi:

- a) nei casi complessi, o di accertamenti ispettivi o di riunione di procedimenti;
- b) se una fonte normativa prevede la sospensione del procedimento amministrativo o del termine per una decisione da parte del Garante;
- c) per il tempo in cui documenti necessari per la trattazione del procedimento sono indisponibili per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

Codice della strada

Annotato con la giurisprudenza

Ciascun articolo del Codice della strada è annotato con un'aggiornata selezione della giurisprudenza più significativa, civile e penale, nonché con i principali riferimenti bibliografici in materia. L'evidenziazione in neretto di una o più parole chiave consente una consultazione rapida e mirata della massima. Il testo normativo è aggiornato con le ultime modifiche apportate dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 ("Legge finanziaria 2007"); dal D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. "Bersani bis") conv. in L. 2 aprile 2007, n. 40. Il Codice comprende il recente aggiornamento (introdotto dal D.M. 29 dicembre 2006) degli importi delle sanzioni amministrative pecuniarie, evidenziate in neretto, in vigore dal 1° gennaio 2007. L'Opera contiene inoltre la **Costituzione**, una **Tavola di confronto tra il nuovo e il vecchio Codice**, la **Tabella aggiornata dei punteggi** previsti all'articolo 126-bis del Codice (Patente a punti) che consente l'immediata individuazione dell'infrazione commessa e il relativo punteggio, ed un'Appendice comprensiva della **Tabella delle infrazioni**, la **Tabella sinottica dei limiti massimi di velocità**, la **Tabella degli "spazi e tempi di frenatura"**, il **Regolamento di esecuzione e di attuazione** del Codice, con le relative Appendici ed Allegati (segnalazioni stradali a colori), e le altre **leggi complementari** relative alle Voci "Agenzie e pratiche auto", "Assicurazione obbligatoria", "Autotrasporto di animali", "Codice della strada", "Depenalizzazione", "Etilometro", "Misure di limitazione della circolazione", "Patente a punti", "Taxi e noleggio veicoli", "Veicoli fuori uso". L'Opera è corredata da un dettagliato **indice sommario**, e dagli **indici cronologico ed analitico-alfabetico** della giurisprudenza.



a cura di
Francesco Molfese
Diego Molfese

IV Edizione
pagg. 1984, € 69,00

Avvocati
Giudici di pace
Assicurazioni
Periti assicurativi
Scuole guide
Enti Locali

Compila e invia subito
il coupon in busta chiusa a
Ipsoa Editore, Str. 1, Pal.F6,
20090, Milanofiori/Assago
oppure via fax allo
02 82476403,
Servizio Informazioni
Commerciali Ipsoa
tel. 02 82476794
oppure rivolgersi
all'**Agenzia Ipsoa** di zona

www.ipsoa.it

Si, desidero acquistare il volume:

(00090523) "Codice della strada - annotato con la giurisprudenza" a € 69,00

Cognome e Nome Azienda/Studio _____

Via _____ C.a.p. _____ Città _____

Tel. _____ Fax _____ Cod. cliente _____

(3003) Pagherò con bollettino postale sul c.c. n° 583203, intestato a WKI S.r.l. - Gestione incassi

Addebitare l'importo di € _____ sulla mia carta di credito

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo intestatario carta di credito _____

Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 30.6.2003 n. 196. La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Telecomunicazioni

Tutela cautelare e tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni

TRIBUNALE di Napoli, Sez. Dist. di Pozzuoli, Ord. 6 giugno 2007

Servizi di telefonia - Interruzione del servizio - Tutela giurisdizionale in via cautelare - Tentativo di conciliazione - Esclusione

(l. 31 luglio 1997, n. 249 art. 1 comma 11; c.p.c. art. 700; Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni, delibera 182/02/CONS, art. 5)

Il tentativo di conciliazione imposto dall'art. 1, comma 11, l. n. 249/1997, in caso di controversie tra utenti e società erogatrici di servizi di telecomunicazione, è compatibile solo con riferimento alla proponibilità dell'ordinario giudizio di cognizione, altrimenti il tempo necessario per l'esperimento del tentativo potrebbe compromettere definitivamente esigenze cautelari che debbono essere soddisfatte immediatamente.

...*Omissis*...

Rilevato

– che il ricorso è ammissibile, non potendo la disposizione dell'art. 1 comma 11 legge n. 249/1997 leggersi come impeditiva della proposizione del ricorso cautelare urgente in assenza del previo tentativo di bonario componimento;

– che tale lettura della norma è l'unica costituzionalmente coerente con l'art. 3 e 24 Cost., posto che il tentativo di conciliazione è compatibile solo con riferimento alla proponibilità dell'ordinario giudizio di cognizione, altrimenti il tempo necessario per l'esperimento del tentativo potrebbe compromettere definitivamente esigenze cautelari che debbono essere soddisfatte immediatamente, il che pregiudicherebbe in radice la stessa possibilità di adire l'autorità giurisdizionale anche in un secondo momento al fine di ottenere un provvedimento utile;

– che neppure può aver rilievo il fatto che l'art. 5 della delibera 182/2002 (*id est* Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, delibera del Consiglio del 19 giugno 2002, n. 182) prevede che, in pendenza della procedura per l'esperimento del tentativo obbligatorio, su istanza di parte possono essere adottati provvedimenti temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio, posto che ciò attiene al procedimento amministrativo che certamente non può essere equiparato all'esercizio della giurisdizio-

ne, l'unica che garantisce la terzietà e imparzialità per collocazione istituzionale e costituzionale;

considerato

– che la normativa indicata deve essere interpretata restrittivamente, posto che pone relevantissimi limiti - ai confini della tollerabilità costituzionale - all'esercizio del proprio diritto di difesa in giudizio, che viene posticipato obbligatoriamente al previo esperimento della procedura conciliativa di natura amministrativa;

– che, quindi, vista la compressione operata nei confronti del principio *ex art. 24 Cost.* si impone, non solo, una interpretazione restrittiva, ma anche una interpretazione funzionale alla tutela degli interessi giuridicamente rilevanti, in specie quelli del consumatore, la cui figura è oramai al centro della tutela comunitaria oltre che costituzionale;

– che, per quanto detto, la normativa in esame, in tanto può ritenersi compatibile con i principi comunitari e costituzionali, in quanto la si interpreti sì da non pregiudicare in modo eccessivo la posizione del consumatore e, altresì, in modo da costituire per quest'ultimo uno strumento di tutela ulteriore, più celere e più economico di quello giurisdizionale notoriamente costoso e non immediato nella risposta;

– che, quindi, essendo questa la *ratio* prevalente della norma, sarebbe contraddittorio interpretare la stessa nel senso di impedire quella tutela giurisdizionale ve-

loce e cautelare tipica del giudizio *ex art. 700 c.p.c.*, posto che il tentativo obbligatorio e i rimedi esperibili in via urgente come sub procedimento rappresentativo, per quanto detto, un mezzo aggiuntivo rispetto a quello cautelare giurisdizionale: in buona sostanza, il

consumatore, oltre a fruire dell'ordinaria azione cautelare giurisdizionale, può beneficiare, altresì, anche di una procedura paracautelare di tipo amministrativo;
... *Omissis*...

IL COMMENTO

di Daniela D'Ulisse

Nel presente contributo si affronta il problema relativo alla esclusione della operatività del tentativo di definizione stragiudiziale della lite tra imprese fornitrici ed utenti di servizi di telefonia. L'ordinanza in esame merita senz'altro consenso in quanto conferma un univoco orientamento dei giudici del merito nel ritenere operativa l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione unicamente nei giudizi di cognizione e non anche nei procedimenti cautelari.

1. Premessa: il quadro normativo

Da un punto di vista normativo, l'art. 1, comma 11, della legge n. 249/1997, istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito "l'Autorità"), stabilisce che per le controversie che possono insorgere tra utenti o gruppi di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla presentazione della relativa istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.

Tale previsione utilizza il termine "controversie" in senso ampio, demandando all'Autorità garante di specificare e delineare con provvedimenti specifici quali siano le controversie soggette al tentativo obbligatorio di conciliazione.

Difatti, con delibera n. 182/02/CONS (1), l'Autorità, in espressa attuazione del disposto di cui all'art. 1, comma 11, della citata legge n. 249/1997, ha adottato il regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazione e utenti, stabilendo, per quanto qui interessa, che gli utenti, singoli o associati, ovvero gli organismi di telecomunicazione, che lamentino la violazione di un proprio diritto o interesse protetti da un accordo di diritto privato o dalle norme in materia di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'Autorità e che intendano agire in giudizio, sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Co.Re.Com. competente per territorio (2). La proposizione del tentativo obbligatorio

di conciliazione sospende i termini per agire in sede giurisdizionale che riprendono a decorrere dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione. Il ricorso giurisdizionale non può essere proposto sino a quando non sia stato espletato il tentativo di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza (3).

Tali previsioni operano solo dal momento in cui i Co.Re.Com. siano stati istituiti presso le varie Regioni (4).

In difetto di tale organismo, infatti, vi è solo la facoltatività di promuovere un tentativo di conciliazione dinanzi agli organi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla Raccomandazione della Commissione Europea n. 2001/310/CE (5).

Inoltre, sempre ai sensi della delibera in parola (6), l'utente, contestualmente alla deposizione dell'istanza per l'esperimento del tentativo di conciliazione, o nel corso della relativa procedura, può chiedere al Dipartimento l'adozione di provvedimenti temporanei diretti a garantire l'erogazione del servizio o a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'organismo di telecomunicazioni sino al termine della procedu-

Note:

(1) Delibera n. 182/02/CONS del 19 giugno 2002, recante "Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti", in G.U. n. 167 del 18 luglio 2002. Detta delibera è stata successivamente modificata ed integrata dalla delibera n. 307/03/CONS e n. 137/06/CONS, rispettivamente in G.U.R.I. 25 agosto 2003, n. 196 e G.U.R.I. 3 maggio 2006, n. 101.

(2) Art. 3, comma 1, delibera n. 182/02/CONS "Richiesta di svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione".

(3) Art. 4, delibera n. 182/02/CONS, "Effetti della proposizione del tentativo obbligatorio di conciliazione".

(4) In tal senso, Giudice di Pace di Pozzuoli, sentenza 21 luglio 2004; Giudice di Pace di Trento, sentenza 15 maggio 2006; Giudice di Pace Trento, sentenza 6 agosto 2005, in *Il merito*, 2006, 5, p. 20; Giudice di Pace Paola, sentenza 15 giugno 2005; Giudice di Pace Nola, sentenza 21 settembre 2005; Giudice di Pace Trento, sentenza 6 agosto 2005.

(5) In G.U.C.E. 19 aprile 2001, L109/56. Si pensi, a titolo esemplificativo, agli sportelli di conciliazione istituiti presso le Camere di Commercio.

(6) Art. 5, comma 2, delibera n. 182/02/CONS, "Provvedimenti temporanei in materia di sospensione del servizio".

ra conciliativa, ai sensi dell'art. 2, comma 20, lettera e) della legge n. 481/1995 (7).

In buona sostanza, la legge n. 249/1997 ha introdotto, per una evidente esigenza deflattiva del contenzioso giudiziale in una materia potenzialmente in grado di coinvolgere migliaia di utenti dei servizi di telecomunicazioni, un previo esperimento da parte dell'utente di un tentativo di "soluzione non giurisdizionale della controversia", delegando l'Autorità garante a disciplinare con propri provvedimenti ed in modo più specifico le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie nella materia in questione.

Pertanto, l'Autorità ha codificato un apposito procedimento stragiudiziale deputato ad accogliere il predetto tentativo obbligatorio di conciliazione, contestualmente individuando nei Co.Re.Com. regionali e nelle locali Camere di Commercio gli organi istituzionalmente competenti a tentare la chiusura non giudiziale delle vertenze.

La medesima Autorità ha, altresì, riservato all'utente la facoltà di scegliere di ricorrere al Co.Re.Com. ovvero alla Camera di Commercio territorialmente competente, restando fermo l'obbligo dell'utente di tentare, innanzi all'uno o all'altro organismo, una conciliazione stragiudiziale con la controparte.

A chiusura delle breve disamina del quadro normativo di riferimento, si ricorda che l'art. 700 c.p.c., sulla base del quale nel caso in esame il ricorrente ha richiesto l'emanazione di un provvedimento cautelare contro la società XX s.p.a., disciplina le condizioni per la concessione dei provvedimenti d'urgenza, fattispecie generica di misura cautelare introdotta dal legislatore a chiusura del sistema cautelare stesso ed a garanzia dell'effettiva tutela dei diritti in mancanza di mezzi cautelari tipici.

Trattandosi di misura cautelare *tout court* (8), anche i provvedimenti *ex art.* 700 c.p.c. hanno la precipua funzione di assolvere a quelle esigenze di cautela derivanti da una determinata situazione di ipotetica minaccia del diritto ed hanno, quindi carattere strumentale rispetto all'attività giurisdizionale di cognizione e di esecuzione forzata.

La funzione propria dell'attività cautelare, quindi, consiste nell'ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale, possono comprometterne il risultato ovvero la fruttuosità e l'effettività della tutela giurisdizionale stessa (9).

2. L'ordinanza del Tribunale di Napoli, sez. distaccata di Pozzuoli, del 6 giugno 2007

2.1. Il caso

La vicenda in esame trae origine da un inadempimento contrattuale invocato da parte ricorrente avverso la società XX s.p.a., gestore e fornitore di servizi telefonici, consistente nel grave ritardo nell'attivazione di una linea telefonica fissa.

Di fronte all'introduzione di un procedimento cau-

telare d'urgenza, la società XX s.p.a., convenuta davanti all'autorità giudiziaria, ha eccepito, come ormai da tradizione, l'improcedibilità della domanda per non avere, l'istante, espletato preventivamente il tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dalla normativa vigente, da ritenersi applicabile, a detta di parte convenuta, a qualsiasi fase del processo, ivi compresa quella cautelare.

2.2. Il tentativo obbligatorio di conciliazione e la tutela cautelare

L'ordinanza pronunciata dal Tribunale di Napoli, Sezione distaccata di Pozzuoli, che qui si pubblica, merita senz'altro consenso in quanto, da un lato, affronta uno dei casi maggiormente rappresentativi dei disagi che possono insorgere nei rapporti tra utente e gestori di servizi telefonici; e, dall'altro, in quanto si radica su un univoco orientamento dei giudici di merito finora aditi sul tema, concordemente orientati a ritenere operativo il vincolo di legge, derivante dall'art. 1, comma 11, della legge n. 249/97 e dell'art. 3, comma 1, della delibera 182/02/CONS dell'Autorità, nel solo giudizio di cognizione e non anche in quello cautelare, che persegue altre finalità e trova il suo fondamento in una diversa *ratio*.

Relativamente al primo punto, si rileva che l'impossibilità di utilizzare il servizio telefonico si risolve in un pregiudizio ad un bene essenziale della vita, atteso che non sono immaginabili le situazioni, anche le più urgenti e drammatiche, che possono essere fronteggiate esclusivamente con il funzionamento di una pronta comunicazione, garantita, peraltro, nella sua affidabilità solo dalla telefonia fissa e non anche da quella mobile che, oltre ad una minore stabilità del segnale, espone l'utente a costi eccessivi.

La mancata attivazione del servizio telefonico, pertanto, priva il consumatore di un bene irrinunciabile e può persino tradursi per lo stesso in un danno tanto economico quanto esistenziale (10).

Quanto al secondo profilo, si rileva il sostanziale allineamento della decisione in esame con la giurisprudenza più accreditata, orientata, eccetto qualche ecce-

Note:

(7) Legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità", in G.U. n. 270 del 18 novembre 1995 - Suppl. Ordinario n. 136.

(8) Molto discusso, in passato, era il problema relativo alla natura giuridica di tali provvedimenti. Oggi, comunque, la dottrina e la giurisprudenza sono ormai concordi nell'inquadrarli tra le misure cautelari, e ciò sulla scorta di un rilievo di carattere esegetico (l'art. 700 c.p.c. è inserito nel capo relativo ai procedimenti cautelari), sia considerando i caratteri preminenti della strumentalità e della sussidiarietà che essi presentano sotto il profilo funzionale.

(9) Cfr. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, I, 1998, p. 26 ss.

(10) Cfr. Cajola, Nissolino, *Utenti ed aziende telefoniche tra obblighi contrattuali e risarcimento dei danni non patrimoniali*, in *Ventiquattro Avvocato*, 2005, 11, 25 ss..

zione (11), nel ritenere non necessaria per i provvedimenti cautelari la cosiddetta conciliazione pregiudiziale.

In particolare, il principio di diritto sotteso alla pronuncia in parola ed ormai accolto, come si diceva, dai giudici di merito finora aditi su casi analoghi, consiste nella preminenza dell'urgenza nella decisione che il giudice è chiamato ad adottare.

Ciò posto, il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni, sulla falsariga di altre ipotesi già presenti nel nostro ordinamento giuridico (vedi *infra* § 2.3), si pone come condizione di procedibilità non di qualsiasi iniziativa giudiziale bensì delle sole iniziative giudiziarie a carattere ordinario, ad esclusione della materia cautelare che, per i principi cui è improntata, non può essere genericamente esclusa; ciò per la irrinunciabilità di tale tutela e per il primato dell'urgenza nella decisione (12).

Non può, dunque, ritenersi in siffatta materia ed in assenza di norme specifiche sul punto l'operatività del tentativo obbligatorio di conciliazione anche in sede di provvedimenti d'urgenza poiché ciò significherebbe porre la tutela cautelare, per sua natura urgente ed immediata, ad un meccanismo procedurale extragiuridico.

Ciò con evidente pregiudizio dell'azione cautelare stessa, che sarebbe inevitabilmente frustrata in quanto i più lunghi tempi derivanti dall'esperimento del tentativo di conciliazione rischierebbero di pregiudicare irrimediabilmente il diritto per il quale si agisce in sede cautelare (13).

In buona sostanza, adottando una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di riferimento, quando sorgono particolari esigenze di celerità ed è necessaria un'adeguata ed effettiva tutela dei diritti di una parte, non è possibile imporre preventivamente il tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità dell'azione cautelare.

Diversamente, infatti, si lederebbe l'art. 3 Cost., in quanto dette norme renderebbero "meno uguali" i cittadini che intendono convenire in giudizio società che forniscono servizi telefonici, obbligandoli ad un esperimento dilatorio e defatigante; e ciò anche in considerazione della localizzazione dei Co.Re.Com nei soli capoluoghi di regione e della complessità della materia rispetto alle attese dell'utenza.

Le norme in parola, inoltre, recherebbero *vulnus* anche agli artt. 24 e 25 Cost., in quanto si porrebbero in contrasto con il principio secondo il quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, sia con il principio del giudice naturale precostituito per legge.

La decisione esaminata nel presente contributo prende presumibilmente le mosse dal noto precedente giurisprudenziale del Tribunale di Brindisi (14), il quale ebbe ad evidenziare come la proponibilità della domanda cautelare non sia da ritenersi soggetta al tentativo di conciliazione in quanto la *ratio* dell'istituto è non già quella di sottrarre determinate controversie alla giurisdizione,

quanto, piuttosto, quella di favorire una definizione stragiudiziale delle liti insorte, imponendo una temporanea sospensione dell'esercizio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

In questa lettura, ebbe a sostenere il giudice del merito di Brindisi, non può attribuirsi al tentativo obbligatorio di conciliazione un'efficacia maggiore di quella riconosciuta alla clausola compromissoria che, pur costituendo dopo l'entrata in vigore della legge n. 25/1994 una vera e propria rinuncia alla giurisdizione dello Stato, non aveva e non ha effetto in ordine ai provvedimenti cautelari, la cui emanazione, interdetta agli arbitri, è in ogni caso riservata alla giurisdizione dello Stato, ai sensi dell'art. 669 *quinquies* c.p.c.

Pertanto, la mera sospensione del diritto di adire l'autorità giudiziaria non può produrre un effetto che è precluso perfino alla volontà negoziale diretta, con la clausola compromissoria, a sottrarre la controversia alla giurisdizione statale, essendo evidente come il tentativo obbligatorio di conciliazione rappresenti un *minus* rispetto alla deroga negoziale della giurisdizione statale operata dalle parti su un piano privatistico.

Sul tema in esame si segnala per la sua originalità, infine, una decisione del Tribunale di Roma nella quale il giudice adito dichiara, per la prima volta, di non potersi condividere quella parte di giurisprudenza che esclude il ricorso alla tutela cautelare ed urgente in materia di telecomunicazioni facendo leva sull'interpretazione logico - sistematica e letterale della norma, poiché la previsione di legge contenuta nell'art. 1, comma 11, legge n. 249/97 - resa operativa dalla delibera n. 182/02/CONS dell'Autorità quale fonte secondaria - nell'utilizzare genericamente l'espressione "controversie" non evidenzia una chiara volontà di escludere il ricorso alla tutela cautelare ed urgente; né si può ignorare, si legge ancora nella pronuncia in parola, il fondamentale dato sistematico ovvero la circostanza che, nel nostro

Note:

(11) Trib. Mantova, sentenza 27 dicembre 2005; Trib. Acqui Terme, sentenza 29 aprile 2005; Trib. Forlì, sentenza 23 marzo 2005; Trib. Latina, decreto 6 maggio 2005, in *Il merito*, 2006, 4, p. 43; Trib. Modena, ordinanza 7 giugno 2007, in Trib. Bologna, ordinanza 4 febbraio 2006; Trib. Pescara, ordinanza 25 ottobre 2006. In dottrina si veda Vaccari, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze per l'esercizio dell'attività di telecomunicazione*, in *Giur. di merito*, 2006, 7-8, 1669 ss.

(12) Sul punto Scavonetto, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione tra utenti del servizio telefonico e imprese fornitrici*, in *Giur. di merito*, 2006, 2, 14 ss.

(13) Sul punto Nardelli, *Azione cautelare e tentativo di conciliazione: storia di un rapporto tormentato*, in *Giur. di merito*, 2005, 2327 e ss., secondo il quale la funzione a cui assolve la tutela cautelare è quella di "neutralizzare i danni che possono derivare all'attore che ha ragione, dalla durata del processo a cognizione piena". In tale ottica, prosegue l'autore, "ben si comprende come il suo assoggettamento al previo esperimento di un tentativo di conciliazione sia soluzione incompatibile con la funzione strumentale del provvedimento cautelare".

(14) Trib. Brindisi, ordinanza 18 agosto 2006, in *Corriere del Merito*, 2006, 11, p. 1258 ss..

ordinamento, tutte le norme volte ad introdurre meccanismi preventivi e deflattivi di carattere conciliativo hanno fatto salva la possibilità di adire l'autorità giudiziaria per la tutela immediata e d'urgenza (15).

Anche la possibilità di ottenere in pendenza della procedura conciliativa provvedimenti temporanei in materia di sospensione del servizio (16) non autorizza a ritenere assimilabile tale previsione alla tutela cautelare ed anticipatoria, posto che detti rimedi, di natura amministrativa, pur presentando delle forti analogie con la tutela cautelare, non possono essere giuridicamente assimilati alla stessa né possono essere equiparati ai provvedimenti adottati dal giudice in seguito alla proposizione dell'azione giurisdizionale.

Concludendo, la normativa che regola le modalità per la soluzione non giurisdizionale innanzi ai Co.Re.Com. competenti per territorio delle controversie che possono insorgere tra utenti e gestori di servizi telefonici deve considerarsi di stretta interpretazione, atteso che, introducendo una soglia alla proposizione del ricorso immediato in sede giurisdizionale, non può essere estesa a disciplinare ipotesi non espressamente contemplate dal legislatore, quali i procedimenti cautelari (17).

Merita menzione, infine, sull'argomento un'ulteriore decisione (18) - della quale non si rinvergono precedenti - per aver il giudice adito disatteso per la prima volta l'eccezione, fondata sul mancato esperimento del tentativo di conciliazione, di improponibilità di un ricorso monitorio e per avere escluso l'assoggettabilità a tale procedura preventiva di conciliazione sia del procedimento monitorio che quello di opposizione a decreto ingiuntivo (19).

2.3. Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro: interpretazione analogica dell'art. 412 bis, ult. comma, c.p.c.

Come poc'anzi anticipato, il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni è stato costruito sulla falsariga di altre ipotesi conciliative pregiudiziali già presenti nel nostro ordinamento e, in particolare, del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico.

L'istituto della giurisdizione condizionata, difatti, non è una novità per il nostro ordinamento.

In particolare, si ricorda che l'art. 410 c.p.c. ha introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione da esperire prima di proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c. e che l'art. 410 bis c.p.c. precisa che il tentativo deve essere espletato entro 60 giorni dalla relativa richiesta.

L'art. 412 bis c.p.c. dispone, inoltre, che l'espletamento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità della domanda, stabilendo, altresì, che l'improcedibilità della stessa debba essere eccepita dal convenuto nella memoria difensiva di cui all'art. 416 c.p.c. e possa essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c.

Ma anche in materia di lavoro la scelta di prevedere il tentativo obbligatorio di conciliazione come passaggio indispensabile per intraprendere una controversia di lavoro ha posto il problema di coordinare l'esigenza di tutela immediata propria dei procedimenti cautelari con la necessità del preventivo filtro conciliativo.

Le soluzioni in proposito erano tutt'altro che scontate.

Alcune pronunce giurisprudenziali avevano espressamente affermato che la obbligatorietà del tentativo di conciliazione escludesse la possibilità di concedere provvedimenti cautelari prima della proposizione e della infruttuosa conclusione del tentativo medesimo (20).

Ma evidentemente influenzato dagli ormai prevalenti orientamenti in tema di rapporto tra tutela cautelare e principio di effettività della tutela giurisdizionale (21), il legislatore, seguendo il principio della peculiarità ed irrinunciabilità della tutela cautelare, ha opportunamente ammesso che nelle controversie in parola (*rectius* relative a rapporti di lavoro pubblico o privato) fosse possibile chiedere ed ottenere misure cautelari *ante causam* anche in caso di mancato preventivo esperimento del tentativo di conciliazione.

Infatti, l'art. 412 bis, ult. comma, c.p.c. prevede espressamente che la proposizione delle azioni cautelari debba considerarsi svincolata dall'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione.

In tale prospettiva, l'art. 412 bis, ult. comma, c.p.c. può ritenersi norma di portata generale, applicabile per analogia anche alle controversie in materia di telecomunicazioni.

Note:

(15) Trib. Roma, Sez. VII, ordinanza 27 luglio 2005 in *Giur. di merito*, 2006, 2, p. 11 ss.

(16) Art. 5, comma 2, delibera n. 182/02/CONS.

(17) Trib. Rossano, ordinanza 1° aprile 2005, in *Il merito*, 2005, 11, 48 ss. e in *Il merito*, 2006, 2, 16; Trib. Lamezia Terme, ordinanza 25 marzo 2005, in *Il merito*, 2005, 12, 48 e in *Il merito*, 2006, 2, 16; Trib. Firenze, ordinanza 4 marzo 2005, in *Giur. di merito*, 2005, 11, I, 2323 e in *Il merito*, 2006, 2, 16; Trib. Napoli, ordinanza 3 febbraio 2005, in *Giur. di merito*, 2005, 11, I, p. 2323; Trib. Lamezia Terme, ordinanza 21 dicembre 2004, in *Il merito*, 2006, 2, 16; Giudice di Pace Torre Annunziata, sentenza 14 novembre 2005, in *I contratti*, 2006, 7, 709; Trib. Milano, ordinanza 12 ottobre 2006; Giudice di Pace Lucca, sentenza 3 novembre 2005, in *Giudice di pace*, 2006, 3, 260; Giudice di Pace Gubbio, sentenza 5 ottobre 2005, in *Corriere del Merito*, 2006, 3, 293; Trib. Siracusa, ordinanza 9 giugno 2005, in *Giur. di merito*, 2005, 11, I, p. 2322 ss.

(18) Trib. Torino, ordinanza 2 dicembre 2005, in *Giur. di merito*, 2006, 7-8, 1667.

(19) In dottrina Miccolis, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dagli artt. 410 e ss. c.p.c. nel procedimento d'ingiunzione*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2332, secondo il quale l'obbligo di assoggettamento al tentativo obbligatorio di conciliazione del procedimento monitorio nelle cause di cui all'art. 409 c.p.c. risulterebbe pregiudizievole per le ragioni del ricorrente impedendogli di ottenere la clausola di provvisoria esecuzione.

(20) Trib. Napoli, sentenza 22 ottobre 1993, in *Riv. critica dir. lav.*, 1994, 656; Pret. Roma, 13 maggio 1991, in *Nuovo Dir.*, 1991, p. 972.

(21) Cfr. per tutti Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996, 649 ss.

Ed è proprio in ragione della portata di carattere generale del principio enucleato nel citato articolo 412 *bis* c.p.c. che il menzionato orientamento giurisprudenziale in materia di controversie tra utenti e gestori di servizi telefonici - che ha escluso l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nell'ambito di azioni cautelari - ha trovato il proprio fondamento nel dettato codicistico in materia di lavoro (22).

2.4. Il tentativo obbligatorio di conciliazione e la tutela giudiziale ordinaria

Laddove unanime si presenta ormai la giurisprudenza in materia di esclusione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nei procedimenti cautelari, ancora dibattuta è la posizione delle medesima giurisprudenza con riferimento alla tutela giudiziale ordinaria.

In particolare, da un iniziale orientamento teso a ribadire l'operatività dello strumento conciliativo come condizione di procedibilità della domanda proposta in via ordinaria, si sta assistendo di recente ad un ribaltamento di tale tesi fino all'affermarsi di una posizione diametralmente opposta, culminata con i primi provvedimenti di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale per la questione di legittimità costituzionale della normativa di riferimento (*id est*, art. 1, comma 11, legge n. 249/97) (23).

Più specificatamente, i giudici aditi sul punto hanno rilevato che il tentativo di conciliazione nella materia delle telecomunicazioni costituisce un ingiustificabile onere che viene posto a carico di chi vuol far valere un proprio diritto nei confronti dei soggetti destinatari di licenze o autorizzazioni all'esercizio dell'attività di telecomunicazione.

Verrebbe in tal modo a realizzarsi una disparità di trattamento tra coloro che avviano vertenze in materia di telecomunicazioni e quelli che, ad esempio, instaurano un contenzioso nei confronti di società che erogano servizi diversi (ad esempio, elettricità o gas) risultando lesi i principi enunciati agli artt. 3, 24, 25 e 102 Cost. (24)

A nulla sembrerebbe rilevare, inoltre, la nota pronuncia della Consulta che ha dichiarato la manifesta inammissibilità di un'ordinanza di rimessione degli atti per presunta illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 11, legge 249/97, in quanto la Corte in detta sede si è pronunciata nel senso dell'inammissibilità unicamente in quanto le censure sollevate nel provvedimento di rimessione erano state formulate in modo apodittico e senza fornire alcuna motivazione, non esprimendosi tuttavia nel merito della questione (25), che, ad oggi, risulta ancora priva di una interpretazione ufficiale.

In presenza dei citati precedenti e della costante evoluzione giurisprudenziale sul tema, è ragionevolmente fondato ritenere, pertanto, che la prossima frontiera in materia di controversie tra utenti e gestori dei servizi

telefonici potrebbe consistere nell'esclusione, da parte della giurisprudenza, dell'operatività della norma *ex art. 1, comma 11, legge n. 249/97*, anche nei giudizi ordinari di cognizione oltre che nei procedimenti cautelari *ante causam*.

Note:

(22) Si veda a tal riguardo: Trib. Rossano, ordinanza 1 aprile 2005, *ibidem*; Trib. Firenze, ordinanza 28 febbraio 2005(23); Trib. Torino, ordinanza 2 dicembre 2005, *ibidem*; Trib. Roma, ordinanza 27 luglio 2005, *ibidem*.

(24) Si veda Scavonetto, *op. cit.*

(25) Giudice di Pace Roma, ordinanza 5 maggio 2005, in *Il merito*, 2006, 2, p. 18; Trib. Bolzano ordinanza 28 ottobre 2005.

(26) Corte Cost., ordinanza 24 marzo 2006, n. 125, Pres. Marini A., Rel. Tesauro G.

Responsabilità civile

Danno all'immagine e responsabilità dell'Internet Service Provider

TRIBUNALE di Roma, 15 settembre 2007, n. 20383

Diritto all'immagine - Tutela del trattamento dei dati personali - Pubblicazione in Internet di ritratti a fini pubblicitari - Necessità del previo consenso - Sussistenza - Responsabilità solidale del Content Provider e del titolare del dominio del sito Internet - Sussistenza

(c.c. art. 10; legge n. 633/1941 artt. 96, 97, 98)

Dalla disciplina complessiva derivante dalla legge sulla tutela del diritto all'immagine e dalle norme sulla tutela del trattamento dei dati personali (tra i quali il ritratto rientra) si evince che il consenso espresso dell'interessato costituisce condizione necessaria per l'utilizzazione della propria immagine a fini pubblicitari. Del danno arrecato per l'illecita pubblicazione del ritratto rispondono in via solidale sia il soggetto che ha utilizzato l'immagine per la propria attività promozionale, sia il titolare del dominio del sito Internet nel quale è avvenuta la pubblicazione.

...Omissis...

Motivi della decisione

La domanda è fondata.

Dalla disciplina complessiva derivante dalla legge sulla tutela del diritto all'immagine (art. 10 c.c.; artt. 96-97-98, legge n. 633/1941), dalla legge sulla tutela del trattamento dei dati personali (tra i quali certamente l'immagine rientra) si evince che il consenso espresso dell'interessato costituisce condizione necessaria per l'utilizzazione della propria immagine ed il trattamento dei dati personali.

Fatte queste premesse, nella fattispecie deve ritenersi acquisito che:

- la fotografia riprodotte l'immagine riconoscibile dell'attore (tale deve ritenersi nella specie essenzialmente per la possibilità di ingrandimento dedotta e non smentita da parte convenuta) è certamente da considerarsi quale ritratto nonché dato personale secondo le normative sopra richiamate;
- l'attore non ha espresso il proprio consenso all'utilizzazione della sua immagine (al riguardo è sufficiente precisare che i convenuti sui quali incombeva il relativo onere probatorio non hanno dimostrato la circostanza);
- l'immagine è inequivocabilmente utilizzata a fini pubblicitari, restando esclusi, quindi, quei contesti informativi, di interesse pubblico o sociale che mitigano il rigore della normativa in tema di necessità del consenso;
- il consenso non può essere implicitamente desunto da un pregresso consenso dell'attore relativamente alla

pubblicazione sul quotidiano [omissis], dovendosi presumere, in difetto di prova contraria, che detto consenso sia stato limitato all'occasione, considerati altresì il rapporto di concorrenza tra la società convenuta e la società alle cui dipendenze l'attore presta la propria attività di lavoro nonché le controversie giudiziarie pendenti tra le due imprese.

Deve in conclusione ritenersi verificata la lesione al diritto di immagine sotto il profilo della violazione alla riservatezza lamentata.

La domanda è invece infondata sotto l'ulteriore profilo lesivo del diritto all'onore e alla reputazione, in realtà assai genericamente dedotti, poiché dal contesto della pubblicazione non è desumibile alcuna finalità di discredito o denigratoria della persona dell'attore, l'immagine del quale è chiaramente utilizzata a meri fini pubblicitari.

Non è ravvisabile, cioè, la possibilità che il visitatore del sito operi alcun collegamento sulla persona raffigurata nella fotografia diverso dalla mera dimostrazione della consistenza ed efficacia del prodotto e servizio pubblicizzato.

Così precisato, il danno risarcibile deve essere attribuito ai sensi degli artt. 18 e 29 legge 675/96 unicamente come danno non patrimoniale non avendo l'attore dedotto (e dimostrato) conseguenze patrimoniali e viene equitativamente liquidato nell'importo al valore attuale pari ad euro 10.000,00. Su tale somma decorrono gli interessi legali dalla sentenza.

Del danno devono rispondere entrambi i convenuti, la

società [Alfa] quale utilizzatrice dell'immagine dell'attore per la propria attività promozionale, [Caiò] quale titolare del dominio concernente il sito. Al riguardo, a fronte della precisa individuazione della titolarità effettuata sin dalla fase cautelare sulla base dei riscontri forniti, il convenuto ha del tutto genericamente protestato la sua

estraneità omettendo di produrre documentazione dalla quale poter facilmente evincere quanto dallo stesso dedotto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

...Omissis...

TRIBUNALE di Milano, 16 luglio 2007

Diritto all'immagine - Diritti d'autore e connessi - Pubblicazione non autorizzata in Internet di fotogrammi e ritratti - Intimazione stragiudiziale di rimozione all'intermediario prestatore di servizi di mere conduit - Ritardo nella rimozione - Responsabilità dell'intermediario - Insussistenza

(D.lgs. n. 70/2003 artt. 14, 15, 16, 17; legge n. 633/1941 art. 156 comma 2)

In virtù del regime di responsabilità degli intermediari delineato dagli artt. 14, 15 e 16, d.lgs. n. 70/2003, richiamati in materia di diritto d'autore dall'art. 156, comma 2, legge n. 633/1941, la società che gestisce un motore di ricerca di pagine in Internet può essere tenuta a rimuovere il materiale illecito (nella fattispecie rappresentato da alcuni fotogrammi televisivi e ritratti di personaggi celebri) pubblicato da un utente della rete telematica e/o disabilitarne l'accesso a seguito dell'esecuzione-attuazione del provvedimento giudiziale (di merito o cautelare) contro l'autore dell'illecito; in tale quadro è sostanzialmente non rilevante l'inoltro di diffide stragiudiziali volte a costituire doveri di intervento dell'intermediario, come si desume dalle norme del d.lgs. n. 70/2003 che abilitano unicamente l'autorità giudiziaria (o amministrativa di vigilanza) a disporre la cessazione delle (altrui) violazioni da parte del prestatore, su ricorso giurisdizionale dell'avente diritto.

...Omissis...

Motivi della decisione

Il giudice designato [omissis] letto - in particolare - il ricorso presentato da [Tizia] (titolare dell'impresa [Alfa]) e [Caiò] inteso a conseguire l'inibitoria dell'inserimento in rete di una pagina web (riproducente fotogrammi tratti da una propria produzione televisiva, nonché il ritratto di [Caiò]) raggiungibile attraverso il motore di ricerca Yahoo! oltretutto delle attività commerciali e pubblicitarie connesse a detta riproduzione;

[omissis] rilevato che, su di un piano generale, il decidente deve ribadire (confr. Ordd. 3 giugno 2006 in RG 28389/06 e 12.06.06 in RG 28695/06) la non superabilità in via sistematico-interpretativa dell'esonero da responsabilità dell'intermediario di servizi della società dell'informazione disposto all'art. 14 D.lgs. n. 70/2003, fuori dai casi contemplati dal comma 7 [N.d.A.: *rectius* 1] sub a), b), c), che qui non ricorrono (o non è dimostrato che ricorrano): confr. - altresì - la riserva di cui all'art. 156, comma 2 legge n. d. aut. (nel testo del D.lgs. n. 140/06);

ritenuto - in particolare - che non è utile (alla parte lesa da un illecito, qui in materia autoriale) richiamare istituti generali quali il concorso colposo nell'altrui condotta antiggiuridica, ovvero la violazione di obblighi di vigilanza inerenti all'attività professionale, etc., che - evidentemente - sono estranei al sistema settoriale (art. 17) e alle situazioni derogatorie del principio di irresponsabilità

enunciate dagli artt. 14-15-16 D.lgs. n. 70/03: in tale quadro è sostanzialmente non rilevante l'inoltro di diffide stragiudiziali costituire doveri di intervento dell'intermediario, come si desume univocamente (anche) dal comma 3 dell'art. 14 D.lgs. n. 70/03 che abilita l'autorità giudiziaria (o amministrativa di vigilanza) a disporre la cessazione delle (altrui) violazioni da parte del "prestatore...delle attività di cui al comma 2..." (cioè "...di trasmissione e di fornitura di accesso..."), evidentemente su ricorso giurisdizionale dell'avente diritto (confr. anche art. 16, comma 3 D.lgs. cit.);

ritenuto tuttavia - per quanto sopra detto - che il coinvolgimento del prestatore (intermediario) non responsabile della violazione debba avvenire in fase esecutiva - attuativa del provvedimento giudiziale (di merito o cautelare) contro l'autore dell'illecito, come è desumibile dall'ordinamento processuale italiano (è sufficiente riflettere sul collegamento tra cautelare e merito, come detto non proponibile avverso il prestatore del servizio) trattandosi di questione procedimentale di diritto interno (è perfettamente indifferente all'ordinamento comunitario in che forme processuali la tutela inibitoria si attui);

ritenuto che non incide su tale complessivo quadro esecutivo - nella specie la (confessata) tardiva rilevazione (ad opera della resistente) della violazione delle regole di registrazione dell'utente "Sempronia" che non può valere a concretare un'ipotesi di responsabilità diretta di Yahoo! aggiuntiva e alternativa; la questione poteva

(potrebbe) rilevare su tutt'altro piano, quello del ritardo nella identificazione dell'autore dell'illecito, che qui non viene in considerazione non solo perché all'impeachment della prosecuzione della violazione ha provveduto già l'intermediario senza ordine giudiziale ma - altresì - perché nella diffida stragiudiziale del marzo 2007 (doc. 9/10 ric.) non veniva richiesta la suddetta identificazione dell'utente ma l'interruzione della diffusione dei fotogrammi (e della loro commercializzazione on li-

ne) da parte di Yahoo! per indebito arricchimento e violazione della legislazione d'autore direttamente riferibili al prestatore; ritenuto che da tutto quanto precede discende - ad un tempo - la cessazione della materia del contendere cautelare (in coerenza all'allegazione della resistente) e la compensazione delle spese del procedimento (confr. Verbale 13.07.07 quanto - ancora - all'istanza Yahoo!); ...*Omissis*...

IL COMMENTO

di Beatrice Cunegatti

Nei procedimenti in commento i giudici di merito affrontano questioni attinenti, sotto il profilo sostanziale, al diritto all'immagine, nella sua duplice connotazione di diritto personalissimo, il cui esercizio può essere oggetto di accordo negoziale a contenuto patrimoniale. Più in particolare, mentre la decisione del Tribunale della capitale fornisce lo spunto per alcuni approfondimenti in ordine alla disciplina della tutela dell'immagine, la decisione milanese costituisce l'occasione per ripercorrere le linee sulle quali si è evoluta la normativa europea e nazionale in materia di responsabilità degli Internet Service Providers (ISPs) per gli illeciti commessi dagli utenti della rete telematica.

1. I fatti oggetto di controversia

Nella causa che ha investito i giudici capitolini, i fatti oggetto della controversia erano riferiti all'uso nel sito Internet della Società Alfa di due immagini di Tizio rappresentato nella propria attività lavorativa (svolta per la Cooperativa Beta) intento all'utilizzazione di un macchinario per la pulizia di un muro. Dopo aver ottenuto in sede cautelare la rimozione di detto materiale fotografico, Tizio conveniva in giudizio la Società Alfa e Caio (socio amministratore unico della Società Alfa e titolare-gestore del sito telematico di detta società) per sentirli condannare al risarcimento dei danni, quantificati nella somma complessiva di Euro 20.000, subiti a seguito dell'uso arbitrario di dette due immagini, pubblicate sul sito Internet della Società Alfa a fini pubblicitari e promozionali dell'attività della stessa.

Caio eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva, poiché estraneo a qualsiasi situazione di titolarità in merito al sito Internet della Società Alfa. La Società Alfa chiedeva il rigetto della domanda, assumendo che la fotografia non consentiva l'identificazione della persona riprodotta e che comunque, trattandosi di foto scattata per un giornale quotidiano con il consenso dell'attore a corredo di un articolo di stampa sulla Società

Alfa risalente a un paio di anni prima, l'attore aveva perso il diritto di esclusiva di una fotografia ormai da tempo edita, mentre la Società Alfa aveva lecitamente utilizzato nel proprio sito Internet l'articolo di stampa e la foto a corredo dell'articolo.

Il Tribunale di Milano è stato investito, nella causa in commento, della decisione in ordine all'ammissibilità dell'inibitoria nei confronti del motore di ricerca Yahoo! all'inserimento in rete da parte di un proprio utente di alcune pagine web, raggiungibili attraverso il motore di ricerca stesso, riproducenti alcuni fotogrammi tratti da una produzione televisiva e il ritratto di Caio, nonché delle attività commerciali e pubblicitarie connesse a detta riproduzione.

In sede di memoria costitutiva, la resistente Yahoo! comunicava di aver rimosso spontaneamente la pagina web, per cui le immagini incriminate non erano più reperibili sul sito Internet della convenuta. Per la precisione, Yahoo! comunicava di aver disattivato l'account dell'utente che aveva proceduto alla riproduzione dei fotogrammi televisivi e delle immagini di Caio sulla base della ritenuta violazione delle regole di registrazione dell'utenza che impongono l'indicazione di dati anagrafici veritieri e corretti da parte del soggetto che si registra.

2. La tutela dell'immagine nel codice civile

Come noto, il codice civile tutela l'immagine della persona fisica nell'alveo di quei diritti della personalità cui afferiscono anche il diritto al nome (art. 6 c.c.) e allo pseudonimo usato da una persona in modo che abbia acquistato l'importanza del nome (art. 9 c.c.).

Relativamente alla tutela dell'immagine, l'art. 10 c.c. dispone che "Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni".

La natura personalissima del diritto all'immagine è

unanimemente riconosciuta anche in ambito giurisprudenziale, posto che la Suprema Corte, nell'individuare la natura dei caratteri patrimoniali del consenso, ha avuto più volte modo di ribadire che lo stesso costituisce un negozio unilaterale, avente ad oggetto non il diritto, personalissimo e inalienabile, all'immagine, ma soltanto il suo esercizio. Da ciò discende *de plano* che il consenso, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, "da esso resta tuttavia distinto ed autonomo (ciò che rileva anche ai fini della sua revocabilità, quale che sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita), e che la pattuizione del compenso non costituisce un elemento del negozio autorizzativo in questione" (1).

3. L'immagine come ritratto nella normativa di protezione delle opere dell'ingegno

Tra le ipotesi per le quali la legge consente l'uso dell'immagine, trattando in questa sede di pubblicazioni di persone riconoscibili (ritratti), particolare rilevanza assume la disciplina dettata dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, il cui titolo II, capo VI, sezione II (artt. 96-98) è appunto dedicato ai "diritti relativi al ritratto".

La disciplina delle opere dell'ingegno, in considerazione del supremo interesse - del diritto personalissimo - a controllare la diffusione della propria immagine, in posizione prevalente al diritto esclusivo (d'autore o connesso, a seconda della natura dell'immagine fotografica in questione) vantato dal fotografo (2), all'art. 96, legge n. 633/1941 accoglie il principio per cui il ritratto di una persona "non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa" (3).

Il requisito principe per la liceità della pubblicazione dell'immagine di una persona risiede quindi nel consenso dalla stessa, espresso in ordine alla pubblicazione.

3.1. La forma e i limiti del consenso

È orientamento consolidato che il consenso alla pubblicazione ai sensi dell'art. 96, legge n. 633/1941 non necessita di forme particolari e può essere validamente conferito in ogni forma e in modo anche implicito (4).

Il tema del consenso implicito è stato più volte affrontato anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, la quale ha avuto occasione di precisare che poiché la legge non impone alcuna forma particolare per la manifestazione del consenso, lo stesso può essere anche implicito nell'autorizzazione prestata (eventualmente nell'ambito di un diverso contratto) all'esecuzione di determinate riproduzioni della propria immagine, pur rimanendo il problema dei limiti - oggettivi e soggettivi - in cui il consenso implicito (così come ogni altra forma di consenso) può ritenersi prestato (5).

Sotto il profilo soggettivo, il consenso è valido esclusivamente a favore del soggetto o dei soggetti per i quali fu prestato, mentre, sotto l'aspetto oggettivo, la sua efficacia è limitata dai fini ed eventualmente anche rispetto alle modalità di divulgazione per i quali è stato da-

to (il consenso alla pubblicazione su riviste o solo su una o su determinate riviste, non consentirebbero, ad esempio l'utilizzazione pubblicitaria, o su riviste diverse da quelle autorizzate) (6).

Laddove vi siano, i limiti posti non ne condizionano comunque la validità, ma circoscrivono l'efficacia del consenso - espresso o tacito - alla pubblicazione, che deve essere contenuta nei limiti di tempo, di luogo e per lo scopo e secondo le forme previste all'atto del consenso, se questo è espresso, o determinabile attraverso l'interpretazione del comportamento della persona ritrattata se il consenso è tacito (7), fermo restando che taluni limiti intrinseci sono normalmente desumibili dalle circostanze (8).

3.2. Le deroghe al consenso

In deroga al principio del consenso della persona ritrattata, l'art. 97, legge n. 633/1941 stabilisce che lo stesso non è necessario "quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico".

Le deroghe disposte all'art. 97, legge n. 633/1941 sono riconducibili a due ipotesi fondamentali (alle quali si affianca la riproduzione del ritratto per necessità di giustizia o di polizia, nonché quella giustificata da scopi scientifici, didattici o culturali) nelle quali la pubblicazione è lecita pur in assenza del consenso: l'una in ragione della notorietà del soggetto riprodotto, e l'altra dalla sussistenza di un fatto di interesse pubblico o svoltisi in pubblico allorché la persona cui l'immagine si riferisce non sia celebre.

L'ambito di applicazione delle deroghe di cui alla

Note:

(1) Cass. civ., Sez. I, 17 febbraio 2004, n. 3014, in *Danno e Resp.*, 2004, 11, 1149.

(2) La natura dell'immagine fotografica a termini di opera dell'ingegno ovvero di documentazione protetta da mero diritto connesso, sulla quale non ci si sofferma in questa sede, non incide sulle osservazioni svolte nel testo in ordine all'uso dell'immagine di persone identificabili.

(3) Dopo la morte del soggetto ritrattato, il consenso può essere validamente espresso dal coniuge o dai figli, o, in loro mancanza, dai genitori. Se nessuno di questi soggetti è in vita, il consenso deve essere richiesto ai fratelli e alle sorelle del soggetto ritrattato, e, in loro mancanza, ai suoi ascendenti e discendenti fino al quarto grado. In caso di dissenso tra le persone indicate, la decisione può essere demandata l'autorità giudiziaria.

(4) Cfr. già Cass. civ., 29 novembre 1973, n. 3290 e, da ultimo, in tema di validità del consenso tacito, Cass. civ., Sez. I, 16 maggio 2006, n. 11491, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

(5) Cfr. Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 1997, n. 5175, in *Dir. Autore*, 1998, 500 con nota di Fabiani.

(6) Cfr. Cass. civ., Sez. III, n. 5175/1997, cit.

(7) In questo senso v. Cass. civ., 29 novembre 1973, n. 3290.

(8) Circostanze che sono prese in esame anche dai giudici capitolini nella sentenza in commento.

norma in commento ha subito una forte contrazione a seguito dell'evoluzione giurisprudenziale della Suprema Corte degli ultimi trent'anni, sempre più attenta alla protezione del diritto all'immagine, ormai decisamente collocato tra i diritti della personalità con tutela di rango primario ex art. 2 della Carta Costituzionale dopo la storica svolta interpretativa operata nel c.d. caso Soraya del 1975 (9).

In merito alla pubblicazione di ritratti di persone celebri si è quindi consolidata l'interpretazione che reputa non sufficiente, ai fini della lecita riproduzione dell'immagine a prescindere dal consenso, che la persona ritrattata sia conosciuta al pubblico in ragione della sua notorietà o per l'ufficio pubblico ricoperto, poiché la divulgazione del ritratto di persona nota, in assenza di consenso, diviene lecita non in ragione dell'accertata notorietà del soggetto ritrattato, ma soltanto se e in quanto la diffusione della sua immagine risponda ad esigenze di pubblica informazione, ossia di far conoscere al pubblico le fattezze della persona in questione e di documentare visivamente le notizie che della stessa vengono pubblicate (10). Tale riproduzione è quindi illecita quando, al contrario, il ritratto di una persona celebre sia sfruttato a fini pubblicitari (11), e ciò pur mancando una lesione all'onore o alla reputazione, in quanto la divulgazione non autorizzata del ritratto di una persona può ledere il suo diritto alla riservatezza, producendo l'effetto non desiderato della strumentalizzazione dell'immagine per la penetrazione sul mercato del prodotto o del servizio cui l'immagine medesima viene ricollegata (12).

La stretta correlazione, in rapporto di necessità, tra la deroga disposta dall'art. 97, legge n. 633/1941 al consenso della persona ritrattata e l'esigenza di pubblica informazione è ribadita anche in relazione alla pubblicazione di immagine di persone non celebri, fotografate in contesti di pubblico interesse o svoltisi in pubblico.

In una storica sentenza del 1986, la Suprema Corte ha infatti statuito che l'art. 97, comma 1, legge n. 633/1941, il quale consente la riproduzione dell'immagine, senza il consenso del ritrattato, ove sia collegata a fatti di interesse pubblico o svoltisi in pubblico, trova applicazione in sede di cronaca o rievocazione dei predetti avvenimenti purché vi sia, come situazione giustificatrice, un'esigenza d'informazione socialmente apprezzabile; la predetta norma non può invece giustificare un'utilizzazione che venga effettuata per scopi diversi e senza alcun collegamento con l'accadimento nel corso del quale l'immagine è stata fissata (13).

4. Il pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro

L'art. 97, legge n. 633/1941 dispone da ultimo, al comma 2, che il ritratto "non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla riputazione od anche al decoro nella persona ritrattata", riproponendo il medesimo limite già contenuto nell'art. 10 c.c.

L'esposizione o la pubblicazione dell'immagine altrui è quindi abusiva non soltanto quando avviene senza il consenso della persona o senza il concorso delle altre circostanze espressamente previste come idonee a limitare la tutela del diritto alla riservatezza - quali la notorietà del soggetto ripreso, l'ufficio pubblico dallo stesso ricoperto, la necessità di perseguire finalità di giustizia o di polizia, oppure scopi scientifici, didattici o culturali, o il collegamento della riproduzione a fatti, avvenimenti, cerimonie d'interesse pubblico o svoltisi in pubblico - ma anche quando, pur ricorrendo quel consenso o quelle circostanze, l'esposizione o la pubblicazione sia tale da arrecare pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro della persona medesima (14).

Ne deriva che costituisce illecito civile la pubblicazione che lede anche solo il "decoro" della persona ritrattata, dovendosi riferire il relativo concetto, in contrapposizione a quello di "onore" in senso stretto, a tutte le qualità diverse da quelle morali, come la dignità fisica o intellettuale o professionale di una persona.

Perché da tale pubblicazione discenda anche la punibilità a titolo di diffamazione, è invece indispensabile la lesione della "reputazione" della persona interessata, giacché il reato di cui all'art. 595 c.p. è integrato, appunto, dalla lesione dell'altrui reputazione, dovendosi intendere tale l'opinione sociale dell'onore di una persona (15). Anche la nozione di "pregiudizio all'onore" si ricollega al concetto oggettivo che la collettività ha dei valori tutelati, da determinarsi secondo una concezione media: si tratta, dunque, di una nozione storicamente di-

Note:

(9) Cass. civ., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Mass. Giur. It.*, 1975, 594, la quale, in antitesi alle precedenti decisioni aderenti ad una interpretazione letterale dell'art. 97, legge n. 633/1941, ha statuito che il diritto alla riservatezza "consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti. Esso non può essere negato ad alcune categorie di persone, solo in considerazione della loro notorietà, salvo che un reale interesse sociale all'informazione od altre esigenze pubbliche lo esigano. Tale diritto non solo trova implicito fondamento nel sistema, ma trova una serie di espliciti riferimenti nelle norme costituzionali e ordinarie e in molteplici deliberazioni di carattere internazionale".

(10) Da ultimo, cfr. Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8838, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

(11) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 2 maggio 1991, n. 4785, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 975.

(12) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 16 aprile 1991, n. 4031, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 976.

(13) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 15 marzo 1986, n. 1763, in *Nuova Giur. Civ.*, 1986, I, 726, con nota di Zeno Zencovich.

(14) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2006, n. 21172, in *Mass. Giur. It.*, 2006 che conferma un orientamento consolidatosi fin da Cass. 5 aprile 1978, n. 1557.

(15) Cfr. Cass. pen., Sez. V, 12 ottobre 2004, n. 42643, in *Guida al Diritto*, 2004, 48, 93.

namica in quanto i parametri di valutazione sono destinati a non rimanere fissi nel tempo, bensì a seguire inevitabilmente il mutamento della cultura e dei costumi sociali (16).

5. L'immagine come dato personale nel Codice privacy

Il ritratto fotografico rileva altresì ai sensi della normativa in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice privacy), che definisce dato personale "qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale" (art. 4, comma 1, lett. b), codice privacy).

Da ciò si evince che "dati di carattere personale [...] possono essere contenuti anche in fotografie" (17), almeno in tutti quei casi in cui la fotografia sia idonea a fornire informazioni relative a una persona identificata o identificabile, come ha ribadito la stessa Autorità Garante per la protezione dei dati personali: "è invero pacifico che le fotografie possono contenere immagini e informazioni qualificabili alla stregua di dati personali [...] trattandosi di informazioni relative a persone fisiche identificate o identificabili" (18), aggiungendo poi che la fotografia è potenzialmente idonea a contenere anche dati sensibili: "le fotografie da sviluppare possano contenere informazioni idonee a rivelare particolari condizioni o aspetti della vita privata (es. lo stato di salute, le abitudini sessuali, le opinioni politiche ecc.), per le quali - come è noto - la normativa in materia di tutela della riservatezza assicura una particolare protezione" (19).

La pubblicazione dei ritratti, in quanto contenenti dati personali di persone identificate o identificabili, è quindi regolata anche dalle disposizioni speciali di cui al titolo XII del codice privacy ove posta in essere in contesti giornalistici o di espressione letteraria ed artistica, ovvero dalle norme disposte in via generale dallo stesso codice privacy negli altri casi.

In merito all'uso dei ritratti in contesti giornalistici o di espressione artistica, nel successivo documento "Privacy e giornalismo. Alcuni chiarimenti in risposta a quesiti dell'Ordine dei giornalisti", l'Autorità Garante ha avuto modo di precisare che "di regola, le immagini che ritraggono persone in luoghi pubblici possono essere pubblicate, anche senza il consenso dell'interessato, purché non siano lesive della dignità e del decoro della persona. Come il Garante ha precisato nelle sue pronunce, il fotografo è comunque tenuto a rendere palese la propria identità e attività di fotografo e ad astenersi dal ricorrere ad artifici e pressioni indebite per perseguire i propri scopi".

6. Il regime di responsabilità degli ISP

In ordine alle due vicende giudiziarie da cui abbiamo preso spunto, è utile svolgere alcune osservazioni cir-

ca il regime di responsabilità dell'*Internet Service Provider* (ISP) per gli illeciti commessi dagli utenti della rete. La questione che si pone è, come noto, fondamentale associata all'avvertita necessità di individuare i soggetti responsabili per l'eventuale illecito compiuto o propagato con il mezzo telematico.

Gli artt. da 14 a 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 (di attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno) disegnano il regime giuridico dell'attività esercitata da alcuni specifici prestatori di servizi della società dell'informazione - gli ISP, appunto - per quanto concerne il profilo della loro responsabilità, così intervenendo nella controversia, anche giurisprudenziale, che ha visto contrapposti quanti hanno ritenuto imputabile agli ISP una responsabilità affine a quella designata per gli editori e i direttori di giornale (20), da coloro i quali ne hanno assunto la qualificazione di meri prestatori di servizi di connettività equiparabili ai gestori di reti telefoniche (21).

In effetti, nell'operare la propria scelta normativa, il legislatore, orientatosi ad un principio di assenza di responsabilità speciale in capo al prestatore di servizi, ha opportunamente diversificato (classificandole in tre categorie distinte) le attività riconducibili all'ISP.

L'articolazione funzionale degli ISP in ragione del contenuto del servizio reso e, quindi, della correlata responsabilità - di cui ripercorriamo nei prossimi paragrafi i tratti fondamentali -, aveva già trovato riscontro giurisprudenziale laddove si diversificava l'ipotesi del *provider* che si limiti a fornire la connessione alla rete, dal *provider* che offra servizi ulteriori, il quale è conseguentemente responsabile per l'illecito posto in essere dall'utente allorché l'ISP abbia piena consapevolezza del carattere antigiuridico dell'attività svolta da quest'ultimo. Tale responsabilità si configura alla stregua di una responsabilità soggettiva: colposa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche dell'antigiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire (22).

Note:

(16) Cfr. Ufficio indagini preliminari Milano, 11 maggio 2000, in *Foro Ambrosiano*, 2000, 318.

(17) Decisione del Garante per la protezione dei dati personali, 4 gennaio 2001, in *Cittadini e società dell'informazione*, Bollettino n. 16, 23.

(18) Decisione del Garante per la protezione dei dati personali, 16 maggio 2002.

(19) Decisione del Garante per la protezione dei dati personali, 16 maggio 2002, cit.

(20) In questo senso: Trib. Bologna, 26 novembre 2001.

(21) In questo senso: Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 426.

(22) In questo senso: Trib. Catania, 29 giugno 2004, cit.

6.1. Attività di semplice trasporto (*mere conduit*)

Quale prima categoria di ISPs, il legislatore ha considerato l'attività di semplice trasporto (*mere conduit*) consiste nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione.

L'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 70/2003 dispone che il prestatore di attività di *mere conduit* non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario e non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. Si può notare che, al sussistere di queste tre condizioni, l'attività prestata dall'ISP è sostanzialmente equivalente a quella tradizionalmente esercitata del gestore telefonico. Poiché la trasmissione via rete telematica necessariamente sottende, per il mezzo tecnologico utilizzato, una serie di attività intermedie volte ad assicurare il compimento della comunicazione stessa, il comma 2 del citato articolo, amplia le funzioni esercitabili nel contesto del mero trasporto disponendo che esse "includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo".

Ai sensi dell'art. 14, comma 3, d.lgs. n. 70/2003, l'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza possono esigere, anche in via d'urgenza, che l'ISP impedisca o ponga fine alle violazioni commesse dai terzi.

6.2. Attività di *caching*

Alla seconda categoria, il legislatore riconduce l'ISP che fornisce attività di *caching*, consiste nella memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di informazioni. Il fornitore del servizio pone in essere, in questo caso, attività che si contraddistinguono per la sussistenza di un rapporto di stretta utilità tra la memorizzazione - automatica, intermedia e temporanea - delle informazioni e il funzionamento (più efficiente) della rete quale mezzo di comunicazione.

Il prestatore del servizio di *caching* è tenuto ad agire non appena venga "effettivamente a conoscenza" del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato. Al fine di verificare se tali condizioni si sono avverate, l'ISP è tenuto unicamente a conformarsi alle norme tecniche invalse nel settore (ex art. 15, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 70/2003), non appena - come già nell'ipotesi che precede - un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne abbiano disposto la rimozione o la disabilitazione.

Le autorità aventi funzioni di vigilanza possono esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore impedisca o ponga fine alle violazioni commesse dai terzi mediante l'uso della tecnologia messa a disposizione per la trasmissione in Internet.

6.3. Attività di *hosting*

L'ultima delle categorie di ISPs è costituita dagli esercenti attività di *hosting*, che consiste nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio.

È proprio in relazione all'*hosting provider* che erano sorti i maggiori contrasti circa i profili di responsabilità configurabili.

L'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 70/2003 ha disposto che il prestatore di servizi di *hosting* non sia responsabile delle informazioni memorizzate, a condizione che non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione. Non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso, così che l'omissione o il ritardo dell'ISP divengono cause tipiche di aggravamento del danno conseguente.

Da ultimo, come già nei precedenti artt. 14 e 15, d.lgs. n. 70/03, ha avuto ingresso in ambito nazionale - unicamente - il meccanismo che imputa all'ISP l'obbligo di rimuovere o disabilitare la trasmissione a seguito della richiesta fattane dall'autorità giudiziaria o da quella amministrativa competente, anche in via d'urgenza.

7. Violazione dei diritti d'autore e responsabilità degli ISPs

Le norme relative alla responsabilità degli ISPs in commento hanno una stretta correlazione con l'art. 68 bis, legge n. 633/1941, il quale dispone: "Salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, sono esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali".

L'eccezione al diritto d'autore, come viene meglio chiarito nei considerando introduttivi della Direttiva 2001/29/CE, è finalizzata a rendere possibili, a prescindere dal consenso del titolare dei diritti, le riproduzioni nei nodi della rete telematica qualora siano finalizzate a consentire il trasferimento del materiale protetto dal server d'origine al computer dell'utente finale, così come la fruizione temporanea del materiale da parte dell'utente legittimo.

Per quanto concerne i profili di responsabilità, occorre inoltre ricordare il decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, di attuazione della Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 "sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale" - c.d. "direttiva *enforcement*".

L'art. 2 del d.lgs. n. 140/2006 in parola ha modifi-

cato l'art. 156, legge n. 633/1941 sulle difese e sanzioni civili relative ai diritti di utilizzazione economica, il quale, dopo aver disposto che chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante, oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della

violazione", in relazione alla posizione degli ISPs (intermediari) aggiunge al comma 2: "Sono fatte salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70".

I combinati disposti di cui all'art. 68 bis e 156, comma 2, legge n. 633/1941 riconducono quindi la responsabilità degli ISPs per gli illeciti in lesione ai diritti tutelati dalla stessa normativa in materia di opere dell'ingegno al regime di non responsabilità speciale configurato dal sopra citato d.lgs. n. 70/2003.

RIVISTE

Il Corriere giuridico

Mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione

Direttore scientifico: Piero Schlesinger

Comitato scientifico: Vincenzo Carbone, Mario Cicala, Claudio Consolo, Adolfo Di Majo, Giuseppe Lombardi, Vincenzo Mariconda

Periodicità: mensile



Corriere Giuridico è il mensile di diritto e procedura civile che non trascura gli spunti innovativi offerti dal diritto penale e amministrativo e affronta con tempestività e autorevolezza tutte le problematiche con le quali si misurano gli operatori del diritto. Offre un duplice aggiornamento: segnala in forma sintetica le pronunce della Corte costituzionale, della Corte di giustizia CE, della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte europea dei diritti dell'uomo con note di richiamo ai precedenti e agli orientamenti della dottrina; pubblica per esteso, con approfonditi commenti, le novità legislative e giurisprudenziali di maggior interesse. Trimestralmente Corriere Giuridico viene affiancato da **INT'L LIS**, il prestigio-

so supplemento dedicato al diritto processuale internazionale e all'arbitrato internazionale.

Il **servizio online**, riservato esclusivamente agli abbonati e consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/ilcorrieregiuridico, permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 190,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**

Contratti

Il risarcimento dei danni da ingiustificato distacco della linea telefonica

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 8 novembre 2007, n. 23304 - Telecom Italia Spa c. Sig. C.

Contratto in generale - Fornitura servizi telefonici - Mancata informazione di avvenuto pagamento - Esecuzione del contratto secondo buona fede - Inadempimento contrattuale - Risarcimento del danno - Liquidazione equitativa del lucro cessante

(c.c. artt. 1175-1375, 1218, 1223-1226)

Se la banca, per un disguido, non dà comunicazione al gestore telefonico dell'avvenuto pagamento di una bolletta, è il gestore, non l'utente, che deve attivarsi per verificare se il pagamento sia in effetti avvenuto. È contrario a buona fede il comportamento del gestore che, non avendo ricevuto notizia dalla banca del pagamento, effettui immediatamente il distacco della linea telefonica senza verificare se il pagamento sia stato eseguito.

Svolgimento del processo

Con sentenza 12-25 novembre 2003 la Corte d'Appello di Roma, in parziale riforma della decisione del Tribunale di Rieti del 14 luglio-5 settembre 2000, condannava la Telecom spa a pagare all'appellante Luigi C. la somma di euro 309.870,41 per i danni causati dal mancato funzionamento della linea telefonica.

Avverso tale decisione ha proposto ricorso la Telecom con due motivi di ricorso.

Resiste C. con controricorso, proponendo a sua volta ricorso incidentale, cui resiste Telecom con controricorso.

Motivi della decisione

Devono innanzi tutto essere riuniti i due ricorsi, proposti contro la medesima decisione. Con il primo motivo la ricorrente principale denuncia violazione di legge in relazione all'art. 1375 c.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c. I giudici di appello avevano rigettato l'appello incidentale proposto da Telecom precisando che la società avrebbe dovuto svolgere ulteriori accertamenti in ordine al mancato pagamento della utenza telefonica, essendosi verificato un inconveniente inusuale (consistente nella mancata comunicazione del pagamento del C. da parte della Banca). In tal modo la società non si era comportata secondo i principi di correttezza e buona fede.

Telecom, osserva in contrario la ricorrente principale, è una struttura complessa. Sarebbe stato onere dell'utente, una volta ricevuto l'avviso che non risultava pervenuto il pagamento della bolletta precedente, accertare la veri-

dicità di tale circostanza, ponendo quindi anche la Telecom in condizioni di poter assumere informazioni presso la banca.

Il motivo è privo di fondamento.

Una volta eseguito il pagamento, non si vede quale ulteriore attività avrebbe potuto o dovuto svolgere il C.

Con il secondo motivo la ricorrente principale denuncia violazione di legge in relazione agli articoli 115 e 116 c.p.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c. Non era mai stato dimostrato che le trattative intraprese dal C. con il commerciante coreano, Kim S., avrebbero portato alla stipulazione di un contratto di società tra i due, né che lo stesso avrebbe avuto comunque durata non inferiore a tre anni, né infine che al C. sarebbe stato garantito il guadagno netto annuo minimo di duecento milioni di lire. Le censure sono fondate.

La liquidazione equitativa del lucro cessante, ai sensi degli artt. 2056 e 1226 cod. civ., richiede comunque la prova, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza, prova in difetto della quale non vi è spazio per alcuna forma di attribuzione patrimoniale (Cass. n. 15676 del 2005). Secondo Cass. n. 1443 del 2003, la liquidazione equitativa del lucro cessante, ai sensi degli artt. 2056 e 1226 c.c., richiede comunque la prova, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza, prova in difetto della quale non vi è spazio per alcuna forma di attribuzione patrimoniale.

Occorre pertanto che dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione futura nella sfe-

ra patrimoniale del soggetto sia certa, e che si traducano, in termini di lucro cessante o in perdita di *chances*, in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, che non sia meramente potenziale o possibile, ma che appaia invece - anche semplicemente in considerazione dell'*"id quod plerumque accidit"* - connesso all'illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità.

Nulla di tutto ciò è possibile rinvenire nella sentenza della Corte d'appello romana, che non svolge alcuna considerazione sul punto della elevata probabilità di perdita di sicuro guadagno da parte del C.

Sotto altro, subordinato, profilo, va ricordato che la valutazione equitativa del danno non equivale, come inve-

ce sembra ritenere la Corte territoriale, a mero arbitrio. Costituisce principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte quello secondo il quale l'esercizio in concreto del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa non è suscettibile di sindacato in sede di legittimità. (Cass. 8807 del 2001, 409 del 2000).

Tale principio, tuttavia, può trovare applicazione solo nei casi in cui il giudice dia conto del criterio equitativo utilizzato, la valutazione sia congruente al caso, la concreta determinazione dell'ammontare del danno non sia palesemente sproporzionata per difetto od eccesso. (Cass. 13066 del 2004).

.. *Omissis*...

IL COMMENTO

di *Andrea Stazi e Claudia Stazi*

È contrario ai principi di correttezza e buona fede il comportamento del gestore telefonico il quale, non avendo ricevuto per un disguido comunicazione dalla banca circa l'avvenuto pagamento della bolletta da parte di un utente, proceda al distacco della linea telefonica senza prima aver eseguito i dovuti accertamenti. Peraltro, ai fini della liquidazione equitativa del lucro cessante è necessario che l'utente fornisca la prova dell'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile - in termini di mancato guadagno - che appaia, anche sulla base di presunzioni, collegato all'illecito in termini di certezza o almeno con un elevato grado di probabilità.

1. I profili principali della decisione della Suprema Corte

La sentenza in commento afferma il principio secondo cui distacco della linea telefonica da parte del gestore di un servizio di telefonia fissa concretizza una ipotesi d'inadempimento contrattuale, quando la decisione non sia stata preceduta dai dovuti accertamenti in ordine al motivo del mancato pagamento della bolletta telefonica. Una condotta siffatta costituisce violazione dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, con la conseguenza che il gestore del servizio è tenuto a risarcire i danni che siano eventualmente derivati alla controparte, a causa della condotta inadempiente posta in essere dalla compagnia telefonica.

Peraltro secondo la Cassazione, il risarcimento del danno da lucro cessante, connesso alla impossibilità per l'utente di fruire del servizio di telefonia, è dovuto sol-

tanto nell'ipotesi in cui il richiedente riesca a fornire la prova, anche per presunzioni, circa la esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile e apprezzabile che risulti conseguenza diretta dell'inadempimento, in termini di certezza o almeno con un elevato grado di probabilità.

La Suprema Corte affronta quindi il tema della valutazione equitativa del danno, chiarendo come - pur essendo un principio consolidato quello per cui l'esercizio del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa non è suscettibile di sindacato in sede di legittimità - tale principio possa trovare applicazione soltanto qualora ricorrano determinati presupposti.

2. L'inadempimento contrattuale da parte della società fornitrice: correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto

L'ambito nel quale è maturata la controversia nell'oggetto del caso di specie è quello del rapporto di fornitura di un servizio di telefonia fissa.

Il gestore telefonico, non ricevendo comunicazione da parte dell'istituto finanziario delegato al pagamento della bolletta telefonica riguardo all'avvenuto pagamento della somma dovuta da parte di un utente, procedeva al distacco della linea telefonica del medesimo.

Il fruitore del servizio di telefonia assumeva di aver subito un pregiudizio economico, in conseguenza della decisione della compagnia telefonica di procedere al di-

Nota:

* Sebbene il commento sia il frutto di una riflessione comune degli autori, ad Andrea Stazi vanno attribuiti i paragrafi 1 e 7, a Claudia Stazi i paragrafi da 2 a 6.

stacco della linea telefonica, e richiedeva il risarcimento del danno (1).

La prima considerazione concerne la individuazione della responsabilità. Nella fattispecie si è verificato un inconveniente inusuale: la banca ha omesso di comunicare alla compagnia telefonica che il cliente aveva regolarmente versato l'importo dovuto per il pagamento della bolletta telefonica. Si pone quindi il problema di individuare in capo a chi sia configurabile l'onere della prova circa la veridicità o meno dell'avvenuto pagamento.

La compagnia telefonica, nella veste di ricorrente principale, assumeva che sarebbe stato onere dell'utente, una volta ricevuto l'avviso che non risultava pervenuto il pagamento della bolletta precedente, accertare il motivo della mancata comunicazione al gestore telefonico dell'avvenuto versamento dell'importo dovuto, e quindi informare la compagnia telefonica dell'inconveniente verificatosi. Al contrario, la Corte di Cassazione ha ritenuto del tutto infondato l'assunto della ricorrente, chiarendo come risulti piuttosto configurabile in capo alla società un onere di compiere ulteriori accertamenti in ordine al motivo del mancato pagamento, prima di procedere al distacco della linea telefonica. I giudici di legittimità hanno difatti precisato che l'unica attività cui l'utente sia tenuto è il pagamento della bolletta (2). La decisione di procedere al distacco della linea, senza preventivamente eseguire i dovuti accertamenti in ordine al mancato pagamento della bolletta, viola il principio di correttezza sancito all'art. 1175 c.c., nonché della buona fede nella esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c., con la conseguenza che risulta configurabile una ipotesi d'inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c. (3).

L'esistenza di una ipotesi d'inadempimento contrattuale determina il sorgere di un'obbligazione di natura risarcitoria in capo al debitore (nel caso di specie il gestore telefonico), in base all'art. 1218 c.c. (4). Secondo tale norma il debitore è tenuto ad eseguire esattamente la prestazione dovuta; in mancanza, egli è inadempiente. L'inadempimento dell'obbligazione determina a carico del debitore l'obbligo di risarcire i danni arrecati al creditore (5).

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, si pone il problema del *quantum* che la compagnia telefonica debba corrispondere al soggetto danneggiato a titolo di risarcimento del danno. In particolare, viene in evidenza la questione dell'onere probatorio in relazione agli eventuali danni che siano derivati all'utente/creditore a titolo di lucro cessante (6), in quanto nella fattispecie, viene lamentata la perdita di ingenti guadagni determinata dalla impossibilità di utilizzare il servizio telefonico. Tale circostanza, secondo quanto assunto dal richiedente, avrebbe condotto ad un epilogo infruttuoso delle trattative in corso per la stipulazione di un contratto di società, con la conseguenza di generare un pregiudizio economico per costui, in termini di mancato guadagno; ciò in quanto la società, secondo quanto sostenuto dall'utente danneggiato, gli avrebbe assicurato un guadagno

Note:

(1) In questo senso, del resto, si era orientata in precedenza la giurisprudenza. Cfr., in proposito, le sentenze dei Giudici di Pace di Cascina e di Pisa, rispettivamente del 6 ottobre 2005 e del 20 luglio 2006, i quali hanno dichiarato illegittimo l'arbitrario distacco della linea telefonica, successivo alla presentazione di un reclamo. La compagnia aveva proceduto a sospendere il servizio, senza aver preventivamente comunicato al cliente l'esito del reclamo stesso, come invece stabilito nelle Condizioni generali di abbonamento. Da evidenziare come, nella sentenza di Cascina, il consumatore si sia visto riconoscere dal Giudice di Pace il danno esistenziale patito nella vicenda. Tali decisioni sono consultabili sul sito *web* <http://www.confconsumatori.com/news>. Per un approfondimento sull'eventuale risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dall'inadempimento contrattuale da parte del gestore di un servizio telefonico, si veda la recente sentenza del Giudice di Pace di Bologna del 4 maggio 2007, con nota di A. Mascia, in questa *Rivista*, 6, 2007, 557.

(2) A tal proposito, si veda: R. Bocchini, *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006, 156. L'A. precisa come la controprestazione principale a carico dell'utente sia la corresponsione del prezzo. Vi è poi una obbligazione secondaria, che consiste nel tenere una condotta ispirata a correttezza e buona fede.

(3) R. Bocchini, *I contratti di somministrazione di servizi*, op. cit., 174. Nello studio condotto dall'A., concernente la possibilità di qualificare il contratto di prestazione del servizio telefonico come contratto di somministrazione - che invece ad una interpretazione *ictu oculi* della relativa normativa sembrerebbe far riferimento esclusivamente ai contratti aventi ad oggetto cose - si profila l'ipotesi dell'applicabilità delle norme in tema di somministrazione e, soltanto in quanto compatibili con queste, delle norme sull'appalto. Da ciò discende che risulterebbero applicabili al contratto di prestazione di un servizio di telefonia, in particolare, gli artt. 1667 e 1668 c.c. Tali norme prevedono la garanzia per difformità e vizi della prestazione, ed al riguardo si segnala come gli eventuali disservizi del somministrante siano oggetto usualmente di contestazioni da parte dell'abbonato/somministrato. L'A., ancora, sottolinea come il somministrante - in virtù dell'applicabilità delle norme sull'appalto all'ipotesi di prestazione di un servizio di telefonia - sia tenuto, a seguito della conclusione del contratto con la conseguente attivazione del servizio, a garantire che il servizio venga prestato continuamente e in modo corretto.

(4) Per un'analisi minuziosa delle differenze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale v. G. Visentini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, 4 ss.

(5) Il debitore può evitare la responsabilità che il mancato adempimento dell'obbligazione fa sorgere a suo carico - secondo quanto previsto dall'art. 1218 - soltanto qualora sia in grado di dare la prova che "l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Cfr. sul tema, A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, 584, secondo il quale la responsabilità per inadempimento delle obbligazioni sarebbe costituita dalla colpa, cioè dal comportamento del soggetto valutato secondo il criterio del buon padre di famiglia. *Contra* G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, 593 ss. L'A. sostiene che il debitore è tenuto al risarcimento del danno per il solo fatto obiettivo di non adempiere o di tardare ad adempiere, mentre la colpevolezza del suo comportamento viene in questione soltanto quando l'inadempimento dipenda dall'essere divenuta impossibile la prestazione: soltanto tale impossibilità può eliminare la responsabilità del debitore, sempre che non sia imputabile a sua colpa.

(6) Secondo quanto previsto dall'art. 1223 del codice civile, i danni patrimoniali che il debitore deve risarcire sono tanto il danno emergente quanto il lucro cessante. La medesima disposizione traccia un limite invalicabile all'applicazione della stessa, chiarendo che il risarcimento è dovuto per le sole conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento cui il debitore è responsabile. Per un approfondimento su questo tema, v. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, op. cit., 593, ove l'A. evidenzia che nella produzione dei danni possono entrare in campo ulteriori cause estrinseche, e spesso si troverà il concorso del creditore che non ha provveduto ad evitare il prodursi dei danni. Esempio classico è quello del venditore che non ha provveduto alla consegna del grano secondo l'obbligo

(segue)

netto annuo minimo di duecento milioni di lire per l'intera durata della società, prevista come triennale.

Secondo un orientamento oramai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, la liquidazione equitativa del lucro cessante, ex artt. 2056 e 1226 c.c., richiede comunque la prova da parte del richiedente, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza; prova in difetto della quale non vi è spazio per alcuna attribuzione patrimoniale (7).

Nel caso di specie, viceversa, non è stato dimostrato che le trattative intercorse fra l'utente e un commerciante coreano avrebbero portato alla stipulazione di un contratto di società in quanto non è stato prodotto a sostegno di tale tesi alcun documento scritto. Non è stata, inoltre, fornita alcuna prova a sostegno dell'assunto secondo cui il contratto avrebbe avuto comunque durata non inferiore a tre anni, né infine che dalla futura attività di commercio di preziosi sarebbe comunque derivato, come invece asserito dal richiedente, un guadagno netto annuo pari a duecento milioni di lire.

I giudici di legittimità, pertanto, hanno ritenuto fondate le ulteriori censure della compagnia telefonica avanzate in relazione alla mancata prova del danno da lucro cessante, nonché alla liquidazione del danno in via equitativa.

Con riferimento al primo profilo, la Corte di Cassazione ha rilevato come non sia stata fornita alcuna prova circa l'effettiva produzione di un pregiudizio economico che appaia, anche in base all'*"id quod plerumque accidit"*, connesso all'illecito in termini di certezza o almeno con un elevato grado di probabilità.

Per quanto concerne la liquidazione equitativa del danno, la Corte ha censurato la sentenza del giudice di merito in quanto la Corte d'Appello ha invocato, inammissibilmente, il fatto notorio sotto forma dell'*"id quod plerumque accidit"* con riguardo alla durata del contratto di società, e quindi ai guadagni che ne sarebbero conseguiti, per giustificare il riconoscimento all'utente di un risarcimento esorbitante, pari addirittura a trenta volte la somma liquidata dal giudice di primo grado.

3. L'applicazione del principio di buona fede

Un primo profilo che risulta opportuno esaminare è rappresentato dall'applicazione del principio di buona fede. I giudici di appello avevano rigettato il ricorso proposto dalla compagnia telefonica, precisando che la società avrebbe dovuto svolgere ulteriori accertamenti in ordine al mancato pagamento della bolletta, prima di procedere al distacco della linea. La società, secondo quanto statuito dai giudici di secondo grado, avrebbe violato i principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175-1375 c.c. Essa avrebbe dovuto assumere informazioni circa la causa del mancato pagamento prima di procedere al distacco della linea telefonica, in quanto, come precisano i giudici di merito, non sarebbe configurabile un onere in capo all'utente di accertamento delle cause che hanno impedito la comunicazione al gestore del ser-

vizio dell'avvenuto pagamento. Tale assunto viene confermato dai giudici di legittimità, i quali si premurano di chiarire come l'unico obbligo configurabile in capo all'utente risulti essere l'adempimento della prestazione risultante dal contratto, ossia il pagamento della bolletta telefonica.

In particolare, deve rilevarsi come fra le norme del codice civile che richiamano i principi di correttezza e buona fede sia opportuno soffermare l'attenzione essenzialmente sull'art. 1375 c.c., poiché esso contiene una norma che risulta strettamente funzionale ad esprimere un precetto circa la condotta dei contraenti nella fase di esecuzione del contratto (8).

D'altronde, occorre considerare come la norma in esame, pur contenendo una clausola generale che deve orientare la condotta delle parti nella fase dell'esecuzione del contratto, si esaurisca nel richiamo ad un principio assiologico: la buona fede; da ciò, derivano problemi di carattere interpretativo.

La dottrina e la giurisprudenza, difatti, il più delle volte, si sono orientate a svolgere un ruolo di individuazione dei contenuti regolamentari e dei parametri valutativi implicati dalla norma contenuta nell'art. 1375 c.c., piuttosto che un intervento interpretativo del suo enunciato (9). Allo stesso modo, anche nella fattispecie

Note:

(segue nota 6)

assunto, egli dovrà pagare il prezzo della merce e rimborsare le altre spese che furono necessarie al creditore per procurarsi altrove il grano sul libero mercato, ma non dovrà risarcire il danno della perdita di quei servi che, non avendo ricevuto dal padrone il grano pur da lui acquistato, sono morti di fame! Per una disamina completa della disciplina collegata, si consulti altresì l'art. 1225 c.c., ove è previsto che quando l'inadempimento è colposo, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi quando è sorta l'obbligazione; se invece il debitore ha agito con la cosciente volontà di violare l'obbligo, dovrà risarcire altresì i danni imprevisi e imprevedibili. Per un approfondimento dell'applicabilità di tale articolo all'ipotesi di risarcimento del danno derivante da responsabilità aquiliana v. G. Visentini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, op. cit., 4. Secondo l'A., nell'ottica di una tesi di parziale vanificazione delle consistenti differenze di disciplina tra le due forme di responsabilità, la formulazione dell'art. 1225 c.c. consentirebbe, nonostante il suo mancato richiamo ad opera dell'art. 2056 c.c., l'estensione della norma anche all'illecito aquiliano sulla base della sussistenza dell'identità di ratio. In senso negativo, si veda: R. Scognamiglio, in *Novissimo digesto italiano*, XV, voce *Responsabilità civile*, Torino, 1968, 672 ss.

(7) Cass. Civ., sent. n. 15676 del 2005; ancora, si veda sent. n. 1443 del 2003.

(8) Il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al codice civile «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore», operando quindi come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli «*inderogabili doveri di solidarietà sociale*» imposti dall'art. 2 della Costituzione. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da specifiche disposizioni di legge. Cfr.: Cass. Civ., sent. n. 12310 del 1999.

(9) Sul punto, v.: A. D'angelo, *Il principio generale di buona fede e la disciplina del contratto*, consultabile sulla rivista giuridica on line "Jei - Jus e internet", <http://www.jei.it>, ottobre 2004.

in esame, la Corte si è concentrata sulla individuazione delle condotte che risultano idonee a concretare una violazione del principio di buona fede, senza però svolgere preventivamente un'operazione che risulta invece propedeutica alla possibilità di ricondurre una condotta fra quelle contrarie a buona fede: ossia l'esplicitazione del concetto stesso di buona fede.

D'altronde, di recente, la Suprema Corte è giunta alla definizione del concetto di buona fede nella esecuzione del contratto, fornendo in tal modo un modello interpretativo per i casi a venire (10).

I giudici della Suprema Corte hanno finito per riconoscere nella buona fede, intesa in senso etico come requisito della condotta, uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni, oggetto di un vero e proprio dovere giuridico. La condotta delle parti contrattuali appare così censurabile non soltanto nel caso in cui una di esse abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche nel caso in cui il suo comportamento non sia stato comunque improntato, «alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale». Correttezza e solidarietà, in questo modo, finiscono con l'essere i principi cardine della buona fede contrattuale.

Il concetto in esame, inoltre, si è ulteriormente ampliato alla luce dei principi costituzionali, ed è stato inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale previsti dall'articolo 2 della Costituzione (11). Sembra, pertanto, configurabile in capo alle parti del contratto un dovere di agire in modo da preservare ognuna gli interessi dell'altra; ciascuno deve cioè cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte. La Corte ha precisato, da ultimo, come anche la mera inerzia cosciente e volontaria, che si ripercuota negativamente sul risultato, contrasti con i doveri di correttezza e buona fede (12).

4. La valutazione del lucro cessante e l'onere della prova

Nel motivare la propria decisione, la Corte di Cassazione ha ripreso alcuni importanti principi in materia di liquidazione equitativa del lucro cessante, onere della prova e fatto notorio già enunciati nelle sentenze n. 1443 del 2003 e n. 15676 del 2005.

In particolare, nelle sentenze richiamate dalla Corte, è stato chiarito che la liquidazione equitativa del lucro cessante, ai sensi degli artt. 2056 e 1226 c.c., richiede comunque la prova, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza, prova in difetto della quale non vi è spazio per alcuna forma di attribuzione patrimoniale.

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, ribadisce la necessità che «dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione futura nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa, e che si traducano, in termini di lucro cessante o in perdita di chances, in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, che non sia meramente potenziale o

possibile, ma che appaia invece - anche semplicemente in considerazione dell'*id quod plerumque accidit*» - connesso all'illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità».

La Corte precisa, quindi, che ai fini della liquidazione equitativa del lucro cessante è necessario che l'utente fornisca la prova, *in primis*, dell'esistenza di elementi oggettivi di carattere lesivo che si ripercuotano inequivocabilmente nella sfera giuridica del soggetto, ed inoltre che tale circostanza dia luogo ad un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile - in termini di mancato guadagno - che appaia, anche sulla base di presunzioni, collegato all'illecito in termini di certezza o almeno con un grado elevato di probabilità (13).

Al contrario, nella fattispecie in esame, non è stata addotta alcuna prova concreta a sostegno dell'assunto secondo cui il mancato funzionamento della linea telefonica avrebbe impedito un epilogo fruttuoso delle trattative in corso. Come evidenziato dai giudici di legittimità, la Corte d'Appello non aveva svolto alcuna considerazione sul punto della elevata probabilità di perdita di sicuro guadagno da parte del richie-

Note:

(10) Cass. Civ., sent. n. 3185 del 4 marzo 2003. Si veda in proposito: D. Alberici, *Contratti, la Cassazione fa il punto sul concetto di buona fede nell'esecuzione di un contratto: una corretta esecuzione del contratto prescinde dagli obblighi contrattuali specifici e dal dovere extracontrattuale del neminem laedere*, consultabile sulla rivista giuridica on line "Diritto&Diritti", <http://www.diritto.it>, marzo 2003.

(11) Come sottolineato da parte della dottrina, la cooperazione del creditore all'adempimento è oramai considerata dalla giurisprudenza espressione del principio di solidarietà. Si veda: G. Alpa, *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede, diritto giurisprudenziale*, consultabile sul quotidiano d'informazione giuridica on-line "Altalex", <http://www.altalex.com>, giugno 2003. *Contra* L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 49, secondo il quale il concetto di correttezza che affiora da alcune clausole generali del nostro codice civile non può essere ricondotto al principio di solidarietà affermato dalla Costituzione. Per un approfondimento sul principio solidaristico altresì in ambito extracontrattuale, v.: F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, 94.

(12) Sul tema della buona fede, risulta indispensabile richiamare la tradizionale distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva. Quest'ultima, definita altresì psicologica poiché presuppone uno stato di ignoranza della situazione giuridica (situazione psicologica di ignoranza dell'altrui lesione), si differenzia dalla buona fede oggettiva o etica, richiesta come dover essere, quale dovere di comportamento. La buona fede che in questa sede viene in rilievo è da intendersi in senso oggettivo e non soggettivo; quest'ultima accezione, infatti, trova spazio come presupposto normale nel diverso ambito della disciplina dell'errore o dell'ignoranza di fatti o norme ed implica la convinzione di attenersi ad un comportamento conforme al diritto. Per qualificare un comportamento come rispondente a criteri di buona fede oggettiva, invece, deve farsi riferimento a generali regole di condotta valutando il contegno assunto tanto dal debitore quanto dal creditore nell'esecuzione della prestazione. Sul tema v.: G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 83; U. Brecchia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 6.

(13) Cfr. art. 1223 c.c., in base al quale: «Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenze immediata e diretta».

dente. Pertanto, la Suprema Corte ha giudicato insussistente il diritto dell'utente al risarcimento del danno da lucro cessante, discostandosi pertanto dalle conclusioni cui erano pervenuti i giudici dei precedenti gradi di giudizio.

5. La liquidazione equitativa del giudice

L'art. 1226 c.c. prevede che quando il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare esso sia liquidato dal giudice con valutazione equitativa. Costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui l'esercizio in concreto del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa non è suscettibile di sindacato in sede di legittimità (14). La Corte ha tuttavia precisato che, pur restando fermo tale principio, devono comunque censurarsi le ipotesi nelle quali la valutazione e la liquidazione del danno in via equitativa si traducano in decisioni ispirate a mero arbitrio.

La Corte, pertanto, ha chiarito che il principio può trovare applicazione solo nei casi in cui il giudice dia conto del criterio equitativo utilizzato, la valutazione sia congruente al caso, e la concreta determinazione dell'ammontare del danno non sia palesemente sproporzionata per difetto o eccesso (15).

Al contrario, nella motivazione del giudice di secondo grado non vi è una congrua spiegazione circa le ragioni per le quali dalla futura attività di commercio di preziosi sarebbe comunque derivato un guadagno netto annuo, per il richiedente il risarcimento, pari a duecento milioni di lire. Ancora, nella sentenza del giudice di merito non sono riportati i motivi per i quali il giudice ha accolto la tesi del richiedente secondo cui la società avrebbe avuto durata non inferiore ai tre anni.

La Corte d'Appello ha ritenuto di riconoscere un risarcimento particolarmente ingente, pari a trenta volte la somma originariamente liquidata; ciò, da un lato, sulla base di una testimonianza "de relato" che riferisce di favolosi guadagni perduti dall'utente soltanto a causa del momentaneo distacco della linea telefonica, dall'altro, in virtù dell'assunzione a fatto notorio della circostanza che una società avente ad oggetto preziosi ha durata, secondo ciò che generalmente accade, non inferiore ai tre anni.

I giudici di secondo grado, pertanto, si sono limitati a invocare - in maniera giudicata inammissibile dalla Corte di Cassazione - il fatto notorio sotto forma dell'"*id quod plerumque accidit*", ed a fare riferimento a una testimonianza *de relato* al fine di determinare in via equitativa il risarcimento del danno. Dal momento che i giudici di secondo grado, nella determinazione del risarcimento dovuto, non hanno rispettato i criteri *supra* richiamati che devono essere seguiti dal giudice nella liquidazione del danno in via equitativa, tale decisione è stata censurata dai giudici della Suprema Corte.

6. Il cosiddetto fatto notorio

Nella caso di specie, al fine di giustificare la scelta di riconoscere un risarcimento notevolmente superiore rispetto alla somma originariamente liquidata, la Corte d'Appello ha invocato il cosiddetto fatto notorio (16), sotto forma dell'"*id quod plerumque accidit*". I giudici di secondo grado non si sono soffermati sulla spiegazione delle ragioni per le quali hanno ritenuto di dover liquidare un risarcimento pari a trenta volte la somma liquidata dal giudice di primo grado. Tale scelta è stata motivata in particolare, come accennato *supra*, sulla base delle dichiarazioni di un teste, il quale riferiva di avere incontrato casualmente la controparte contrattuale del richiedente il risarcimento, la quale, in tale occasione, gli avrebbe assicurato che dall'attività avente ad oggetto preziosi, sarebbe derivato un guadagno netto per il richiedente di oltre duecento milioni di lire annui. A fronte di tale dichiarazione, nonché basandosi sul fatto assunto come notorio che la durata di un contratto di società avente ad oggetto preziosi non ha, secondo l'"*id quod plerumque accidit*", durata inferiore ai tre anni, la Corte si è determinata a riconoscere un risarcimento di oltre trecento mila euro a titolo di lucro cessante. Ciò, sulla base di un'operazione matematica, ossia la moltiplicazione della cifra che sarebbe derivata al richiedente il risarcimento annualmente - secondo quanto riferito dal teste - per la durata presunta del contratto di società.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha richiamato sul punto una precedente decisione in cui era stato affermato che "il ricorso alle nozioni di comune esperienza (fatto notorio), comportando una deroga al principio dispositivo e al contraddittorio, in quanto introduce nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati, va inteso in senso assolutamente rigoroso, e cioè come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile. Di conseguenza, non si possono reputare rientranti nella nozione di fatti di comune esperienza, intesa quale esperienza di un individuo medio in un dato tempo e in un dato luogo, quegli elementi valutativi che implicano cognizioni particolari, o anche solo la pratica di determinate situazioni, né quelle nozioni che rientrano nella scienza privata del giudice, poiché questa, in quanto non universale, non rientra nella categoria del notorio, neppure quando derivi al giudice mede-

Note:

(14) Cass. Civ., sent. n. 8807 del 2001, nonché sent. n. 409 del 2000.

(15) Cass. Civ., sent. n. 13066 del 2004.

(16) Cfr. art. art. 115 del c.p.c.: «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

simo dalla pregressa trattazione d'analoghe controversie" (17).

Viceversa, la Suprema Corte sottolinea come i giudici di secondo grado abbiano del tutto ignorato le indicazioni che emergono dalle decisioni della giurisprudenza di legittimità con riferimento a tale punto, cassando quindi la sentenza del giudice di secondo grado altresì in relazione a tale profilo.

7. L'ingiustificato distacco della linea telefonica e le garanzie per gli utenti: una tutela sempre più ampia dal sapore di "nuovo diritto"

La Corte di Cassazione è intervenuta su una tematica la quale, per la delicatezza degli interessi sui quali incide e dei profili giuridici coinvolti, non cessa di creare fastidi all'utenza e questioni interpretative agli operatori del diritto.

In linea generale, il Codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. n. 259/2003, all'art. 54 (18), dispone che: «Qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa alla rete telefonica pubblica e di accesso da parte degli utenti finali ai servizi telefonici accessibili al pubblico in postazione fissa è soddisfatta quanto meno da un operatore. Il Ministero vigila sull'applicazione del presente comma».

Ciò, precisando quindi altresì il contenuto del diritto attribuito agli utenti, con la previsione secondo cui: «La connessione consente agli utenti finali di effettuare e ricevere chiamate telefoniche locali, nazionali ed internazionali, facsimile e trasmissione di dati, nel rispetto delle norme tecniche stabilite nelle Raccomandazioni dell'UIT-T, e deve essere tale da consentire un efficace accesso ad Internet» (19).

Per quanto concerne più specificamente il tema del distacco della linea telefonica, poi, all'Allegato 4 del Codice si dettano previsioni *ad hoc* per i casi di mancato pagamento delle fatture, in base alle quali all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (20) è attribuita la facoltà di autorizzare l'applicazione di misure specifiche per la riscossione delle fatture non pagate per l'utilizzo della rete telefonica pubblica in postazione fissa, misure che sono rese pubbliche e ispirate ai principi di proporzionalità e non discriminazione (21).

Tali misure, salvi i casi di frode, ripetuti ritardi di pagamento o ripetuti mancati pagamenti e per quanto tecnicamente fattibile, garantiscono che sia interrotto solo il servizio interessato: la cessazione del collegamento per mancato pagamento delle fatture può avvenire solo dopo che l'abbonato ne sia stato debitamente avvertito (22).

Una simile disposizione, vietando in principio la sospensione di servizi rientranti nell'ambito del servizio universale diversi da quello che specificamente formi oggetto della mora o dell'inadempimento (salvi i casi di frode o di ripetuti ritardi o inadempimenti), consente quindi al cliente di fruire delle prestazioni "minime" ga-

rantite dalla normativa comunitaria e nazionale vigenti sul servizio universale.

Come risulta anche da queste articolate previsioni, la tematica della eventuale sospensione - nel caso di mancato o ritardato pagamento da parte del cliente del conto addebitatogli per l'utilizzo della linea telefonica, ovvero per singoli servizi (23) - dell'intera prestazione di fornitura del servizio di telecomunicazione da parte dell'operatore rappresenta evidentemente una delle questioni più rilevanti nei rapporti fra operatori e utenti dei servizi di telecomunicazione.

In particolare, la problematica può presentarsi sotto il duplice profilo: a) della sospensione da parte del cliente del pagamento dovuto per un servizio, richiesto o eventualmente da lui contestato; b) della eventualità che l'operatore, in caso di ritardato o mancato pagamento, sospenda servizi diversi da quello specificamente interessato dalla mora o dall'inadempimento.

Sotto il primo profilo, rimane salva la possibilità per il cliente di sospendere il pagamento del singolo servizio oggetto di contestazione; fermo restando che, qualora la sua contestazione abbia esito negativo, egli potrà essere tenuto al pagamento di quanto dovuto con le eventuali

Note:

(17) Cass. Civ. n. 4862 del 2005. Nella fattispecie *de quo*, era stato assunto come fatto notorio dal datore di lavoro, nella veste di controricorrente, la circostanza della diminuzione dell'organico nel periodo estivo a causa delle ferie; ciò a sostegno della piena legittimità del contestato contratto a tempo determinato di un lavoratore, in quanto giustificato dalla necessità di sostituire dipendenti in ferie. Il datore di lavoro assumeva di poter provare che l'assunzione del dipendente con contratto a termine era stata determinata esclusivamente per necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie. A sostegno di ciò adduceva il "fatto notorio" della diminuzione dell'organico durante il periodo estivo. La Corte ha chiarito che il ricorso alle nozioni di comune esperienza (fatto notorio), va inteso in senso assolutamente rigoroso, e cioè come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile. Di conseguenza, nel caso sottoposto all'esame della Corte, non rientrava nell'ambito della "nozione di comune esperienza" il fatto che nel periodo del rapporto di lavoro del ricorrente esistesse, presso la filiale della società in cui il ricorrente aveva prestato la sua opera, una carenza di organico causato dalle assenze per ferie del personale in servizio. Si vedano, sul punto, altresì le sentenze Cass. Civ. n. 3160 del 1986 e n. 3829 del 1982.

(18) Rubricato: «Fornitura dell'accesso agli utenti finali da una postazione fissa».

(19) Inoltre, agli articoli seguenti, il Codice prevede una serie di specifiche previsioni ulteriori riguardo a: elenco abbonati e servizi di consultazione; telefoni pubblici a pagamento; misure speciali destinate agli utenti disabili; accessibilità delle tariffe; controllo delle spese; qualità del servizio fornito.

(20) Di seguito anche "AGCom".

(21) In particolare, esse devono garantire che l'abbonato sia informato con debito preavviso dell'interruzione del servizio o della cessazione del collegamento conseguente al mancato pagamento (cfr.: Allegato 4, parte A, lettera e).

(22) Prima della totale cessazione del collegamento, l'Autorità può autorizzare un periodo di servizio ridotto durante il quale possono essere effettuate solo le chiamate che non comportano un addebito per l'abbonato (ad esempio chiamate al 112).

(23) Richiesti o a maggior ragione oggetto di contestazione da parte sua.

indennità di mora che i singoli operatori abbiano legittimamente contemplato nelle loro condizioni generali di contratto.

Sotto il secondo profilo, deve considerarsi che sussiste un insieme minimo di servizi i quali, rientrando nell'ambito del servizio universale (come definito nella normativa vigente), deve comunque essere di regola garantito a tutti gli utenti.

Se in astratto una sospensione di altri servizi dedotti in contratto, congiuntamente alla sospensione del servizio specificamente interessato dalla mora o dall'inadempimento, potrebbe trovare in ipotesi una giustificazione nella libertà dell'impresa di scegliere le proprie strategie commerciali, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica non potrà d'altronde sospendere la propria prestazione avente ad oggetto l'insieme minimo dei servizi forniti, a fronte del mancato o ritardato pagamento, poiché una misura simile non risulterebbe proporzionata all'inadempimento e contrasterebbe con i principi della normativa vigente.

È esclusa, dunque, la possibilità della sospensione di quei servizi i quali forniscano le prestazioni minime che devono in ogni caso, nel rispetto della disciplina sul servizio universale, essere garantite. L'utente telefonico moroso o inadempiente deve comunque avere la possibilità di continuare a fruire di quell'insieme minimo di servizi che rientrano nel servizio universale, i quali non possono essere sospesi dall'operatore per l'inadempimento o il ritardo nel pagamento, se non nelle specifiche e tassative ipotesi indicate dal citato Allegato 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

Sul piano regolamentare, poi, l'AGCom ha di recente emanato la delibera n. 664/06/CONS (24), la quale è volta, fra l'altro, a raggiungere l'obiettivo di far sì che l'operatore continui a garantire la fornitura del servizio telefonico rientrante nell'ambito del servizio universale nel caso di mancato o ritardato pagamento di singoli prodotti o servizi, in coerenza e in attuazione dell'Allegato 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche (25).

La delibera n. 664/06/CONS dell'AGCom, inoltre, non limita la garanzia ai servizi rientranti nell'ambito del servizio universale, ma riguarda anche i "servizi complementari", ai quali pure si estende, quindi, la tutela assicurata all'utenza dalla disciplina dettata nella delibera (26).

Ciò, salvo ove ricorrano determinate condizioni che consentono all'operatore di sospendere il servizio, previste come detto dall'Allegato 4 del Codice, nonché dalle delibere dell'Autorità adottate in attuazione dell'allegato medesimo (27).

La garanzia di continuità nella fruizione del servizio telefonico da parte dell'utente, basata sul divieto di sospensione dello stesso a fronte del mancato o ritardato pagamento (nei limiti accennati), dunque, parrebbe sempre più atteggiarsi - in considerazione dei suoi crescenti presidi normativi sia legislativi che regolamentari,

e volendo utilizzare un concetto, enucleato dalla migliore dottrina, che risulta di notevole interesse nell'attuale scenario tecnologico - quale un vero e proprio "nuovo diritto".

Un simile diritto del resto troverebbe il suo fondamento costituzionale, *in primis*, nell'art. 15 della Costituzione, ed in particolare nella previsione dell'inviolabilità della libertà di corrispondenza attraverso ogni forma di comunicazione, ivi inclusa quindi quella telefonica (28).

Questa libertà, poi, nel sistema legislativo e regolamentare vigente è declinata nella facoltà degli utenti, dietro "richiesta ragionevole", di ottenere la connessione in postazione fissa alla rete telefonica pubblica e l'accesso ai servizi telefonici su questa offerti.

Un simile inquadramento di principio, infine, contribuirebbe a fornire la chiara evidenza che l'illiceità di ogni ingiustificato distacco della linea, con il conseguente diritto al risarcimento dei danni, rappresentano "effetti naturali" del contratto di fornitura del servizio di telefonia fissa.

Note:

(24) In generale, il regolamento per la tutela degli utenti in materia di contratti a distanza conclusi per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica, ha introdotto maggiore trasparenza e certezza giuridica per questo tipo di contratti al fine di contrastare l'attivazione di servizi non richiesti da parte del consumatore o la modificazione delle condizioni inizialmente pattuite.

(25) Sul punto, si prevede quindi l'applicabilità del presidio sanzionatorio sancito all'art. 98, comma 16, prima parte, del Codice, che contempla in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 60 una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 58.000 ad euro 580.000, in quanto questo rappresenta con il suo rinvio all'art. 60, che a sua volta rimanda all'allegato n. 4 parte A del Codice la norma speciale della materia. In particolare, l'art. 60 prevede che: «1. Le imprese designate ai sensi dell'articolo 58, nel fornire le prestazioni e i servizi aggiuntivi rispetto a quelli di cui agli articoli 54, 55, 56, 57 e 59, comma 2, definiscono le condizioni e modalità di fornitura in modo tale che l'abbonato non sia costretto a pagare prestazioni o servizi che non sono necessari o che non sono indispensabili per il servizio richiesto. 2. Le imprese designate soggette agli obblighi previsti dagli articoli 54, 55, 57 e 59, comma 2, forniscono le prestazioni e i servizi specifici di cui all'allegato n. 4, parte A, di modo che gli abbonati possano sorvegliare e controllare le proprie spese ed evitare una cessazione ingiustificata del servizio».

(26) Ciò in virtù della facoltà specificamente riconosciuta all'Autorità dall'art. 79, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche.

(27) Testualmente ai sensi dell'art. 4, comma 1, del Regolamento allegato alla Delibera 664/06/CONS: «In caso di mancato o ritardato pagamento di un singolo servizio, oggetto del contratto, l'operatore non può sospendere la fornitura di altri servizi, anche supplementari, dedotti in contratto, se non nei limiti specificamente ammessi dall'Allegato 4, Parte A, del Codice e comunque nel rispetto delle misure adottate dall'Autorità ai sensi di tale allegato». L'art. 4, comma 2, puntualizzando che la sospensione del pagamento da parte dell'utente è possibile ove quest'ultimo abbia presentato un formale reclamo e fino alla definizione della relativa procedura. Ciò non toglie, però, che l'utente nel corso degli ulteriori eventuali sviluppi della vicenda possa richiedere misure di tutela anche interinale nei confronti dell'operatore.

(28) Sull'opportunità di ricondurre i "nuovi diritti" alle previsioni costituzionali, si veda per tutti: F. Modugno, *La tutela dei "nuovi diritti"*, in F. Riccoboni (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, 89 ss.

Diritto d'autore

“Modchips” e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?

CASSAZIONE PENALE, Sez. III, 3 settembre 2007, n. 33768 - Pres. Vitalone - Rel. Marini

Diritto d'autore - Videogiochi - Tutela delle misure di protezione - Produzione di microchips modificati per console di videogiochi - Successione di leggi nel tempo - Reato - Sussistenza

(l. 22 aprile 1941, n. 63, artt. 171 ter comma 1 lett. d), 171 ter comma 1, lett. f) bis)

Posto che i videogiochi costituiscono opere dell'ingegno differenti dai programmi per elaboratore e sono qualificabili come opere multimediali, la detenzione e la messa in commercio di *microchips* modificati (c.d. “*modchips*”) di una console per videogiochi, i quali consentano all'utente della console di aggirare le protezioni apposte dal fabbricante mettendo l'apparecchio in grado di leggere ed utilizzare anche supporti non originali contenenti videogiochi riprodotti in modo illegale e privi di contrassegno SIAE, che siano avvenute prima dell'introduzione nella legge 22 aprile n. 633 dell'art. 171 ter, comma 1, lett. f) bis, integrano il reato previsto dalla norma, oggi non più in vigore, dell'art. 171 ter, comma 1, lett. d) della medesima legge, il quale punisce, se il fatto è commesso per uso non personale, chiunque a fini di lucro produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi.

...Omissis...

Rileva

Il Sig.D. fu tratto a giudizio avanti il Tribunale di Bolzano per rispondere del reato previsto dall'art. 171 ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, lett. d), per avere - quale socio e legale rappresentante della “H.S. Distribuzione di D. O. & C: s.n.c.” con sede in Salorno (BZ) - detenuto per la vendita e posto in commercio dei “*modchip*” destinati ad alterare il prodotto “Playstation 2” e consentire la fruizione di videogiochi masterizzati, operando attraverso il sito *internet* da lui gestito *www.hardstore.com*. I fatti erano stati accertati dalla Guardia di Finanza di Viterbo presso un cliente destinatario dei prodotti della “HS Distribuzione”.

Il Tribunale, ritenuto che sussista perfetta continuità tra l'iniziale contestazione e il reato previsto dalla lett. f) bis del medesimo art. 171, come modificato successivamente alla contestazione stessa e ritenuto ipotesi più favorevole all'imputato, ha condannato il Sig. D. in relazione a tale ultima disposizione stabilendo la pena di mesi 6 di reclusione e Euro 6.000,00 di multa, condizionalmente sospesa.

Avverso tale decisione il Sig. D. ha presentato appello, chiedendo l'assoluzione dall'imputazione a lui ascritta.

Con la decisione impugnata la Corte di Appello di Bolzano ha riformato la sentenza di primo grado ed assolto il Sig. D. ha ritenuto la Corte di Appello che la disciplina contenuta nella citata lett. f) bis dell'art. 171 ter, introdotta specificamente con il d.lgs. del 2003, sia del tutto innovativa rispetto a quella contenuta nella lett. d) del medesimo art. 171 ter e preveda per la prima volta la sanzionabilità di condotte come quelle addebitate al Sig. D., condotte che restano invece estranee alle disposizioni in vigore nel 2002.

Afferma, infatti, la sentenza impugnata, che lo stesso giudice di prime cure aveva ritenuto applicabile la citata lett. f) bis e non si era soffermato sulla contestata lett. d). Ciò in quanto, con riferimento alla disciplina introdotta nel 2003, “lo stesso Giudice ha riconosciuto che tale normativa è quella pensata essenzialmente per la tutela delle consolle e delle playstations, e pertanto, con il raffronto della normativa in vigore al momento del fatto, si può agevolmente vedere che si è venuto a colmare un vuoto normativo, non essendo stata considerata dai produttori di videogiochi e strumenti dedicati a giocare con

gli stessi efficace la tutela precedente, che considerava i videogiochi da sussumere nella categoria ampia del software senza differenziare. È condivisibile quanto afferma il Giudice di Primo Grado, alla luce della legislazione vigente, che attualmente i videogiochi possono essere considerati categoria a sé; non lo era all'epoca del fatto contestato ali "imputato".

La conseguenza di tale ragionamento è che la condotta contestata del Sig. D. non risultava all'epoca dei fatti riconducibile ad alcuna ipotesi criminosa, salvo ipotizzare l'applicazione dell'art. 171 *bis* della legge n. 633 del 1941, peraltro non contestata, con conseguente assoluzione con la formula più ampia.

Osserva

1. I fatti addebitati al ricorrente

I fatti storici addebitati la ricorrente possono ritenersi pacifici e non sono oggetto di contestazione. Egli era all'epoca dei fatti legale rappresentante della "H.S. Distribuzione di D. O. & C. s.n.c." con sede in Salorno (BZ), società che risulta avere detenuto per la vendita e posto in commercio dei "modchip", e cioè componenti elettronici in grado di modificare la funzionalità dell'apparato prodotto con marchio Sony e denominato "Play Station 2" (di seguito PS2). In particolare, i "modchip" permettevano all'utente di aggirare le protezioni apposte dal fabbricante e consentivano all'apparato PS2 di leggere ed utilizzare anche supporti non originali contenenti videogiochi, con conseguente possibilità di leggere ed utilizzare videogiochi "masterizzati" e cioè riprodotti in modo illegale e privi di contrassegno SIAE.

Va detto che i medesimi "modchip" ampliano anche altre funzionalità dell'apparato PS2, in sé legittime.

2. La disciplina interna applicabile ai fatti

Più complessa appare la ricostruzione e l'interpretazione della normativa interna applicabile ai fatti in esame, anche considerando che in epoca successiva agli stessi è entrata in vigore, con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, una rilevante modifica della legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore.

L'originaria contestazione mossa al ricorrente aveva riferimento all'art. 171 *ter*, lett. d) della citata legge n. 633 del 1941. Tale disposizione, introdotta con la legge 18 Agosto 2000, n. 248, punisce: «Chiunque produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad eludere, decodificare o rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi».

È opportuno ricordare subito che altra e diversa è la disposizione che tutela i diritti esistenti sui programmi informatici, o software; essa è contenuta nel precedente art. 171 *bis* della medesima legge, secondo il quale risulta vietato «qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un pro-

gramma per elaboratore» (disposizione introdotta dall'art. 10 del d.lgs. 20 dicembre 1992, n. 518, in attuazione della Direttiva del Consiglio n. 250/1991, e quindi più volte modificata fino al testo attuale che è stato fissato dall'art. 13 della legge 18 agosto 2000, n. 248).

Tale disciplina, esistente nel periodo di commissione dei fatti oggetto del presente procedimento, è stata successivamente modificata dal legislatore, anche in attuazione dei principi contenuti nella Direttiva 2001/29/CE del Parlamento e del Consiglio (in data 22 maggio 2001) sulla protezione della proprietà intellettuale, che invitava i Paesi membri ad adottare forme più incisive di tutela. Con d.lgs. 9 aprile 2003 n. 68 sono così state apportate significative modifiche alla disciplina in vigore, riducendo l'ambito di applicazione della citata lett. d) dell'art. 171 *ter* ai casi di tutela non riconducibili alla previsione dei mezzi di tutela previsti dall'art. 102 *quater*, ed introducendo in tale articolo la lett. f) *bis*, che sottopone a sanzione penale: «Chiunque...per uso non personale e a fini di lucro, fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di protezione di cui all'art. 102 *quater*, ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere o facilitare l'elusione delle predette misure...».

A sua volta, il richiamato art. 102 *quater* (introdotto anch'esso con il decreto legislativo del 2003) prevede in via generale che: «1. I titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi... possono apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendano tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti. 2. Le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo anti accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione. 3. Resta salva l'applicazione delle disposizioni relative ai programmi per elaboratore di cui al capo IV, sezione VI, titolo I».

Per ragioni di completezza e con riferimento alla disciplina dei ed. "videogiochi" (v. *infra*) è opportuno ricordare le disposizioni contenute nell'art. 71 *sexies* della medesima legge sul diritto d'autore, n. 633 del 1941. Il comma primo, infatti, mentre autorizza l'acquirente di fonogramma o videogramma a fare una copia dello stesso "per uso esclusivamente personale", vieta in via generale la prestazione di servizi finalizzati alla riproduzione di tali prodotti se effettuata a scopo di lucro o per fini direttamente o indirettamente commerciali.

3. La motivazione della sentenza impugnata

Il percorso argomentativo della Corte di Appello può sintetizzarsi come segue:

- a) La disciplina in vigore attualmente, che è stata erroneamente applicata dal primo giudice ai fatti anteriori contestati all'imputato, è stata introdotta nel 2003 per porre rimedio al deficit di tutela delle console e della stessa PlayStation offerto dalla precedente normativa.
- b) Solo a seguito della introduzione degli artt. 102 *quater* e della lett. f) *bis* dell'art. 171 *ter* i videogiochi hanno perduto la qualificazione generica di software per divenire una categoria a sé, dotata di specifica protezione
- c) Quella introdotta dall'art. 171 *ter*, lett. f) *bis* costituisce, dunque, una fattispecie incriminatrice nuova e non rapportabile a quella prevista dall'art. 171 *ter*, lett. d) nel testo in vigore al momento dei fatti
- d) Quest'ultima disposizione non conteneva alcuna tutela penale in favore dei videogiochi, ancora considerati come programmi per elaboratore e non riconducibili nell'ambito di tutela della citata lett. d), con la conseguente non sussistenza dell'ipotesi contestata al Sig. D.
- e) A tale conclusione deve giungersi anche considerando che la lett. d) dell'art. 171 *ter* puniva le alterazioni apportate ai "supporti" su cui l'opera tutelata risulti incisa o contenuta, e non quelle apportate all'apparato che può leggerli ed utilizzarli.

4. La natura dei videogiochi come programma per computer o come opera contenente sequenza d'immagini in movimento

Alla luce del percorso motivazionale della sentenza impugnata, appena ricordato, questa Corte ritiene opportuno rimuovere subito un possibile motivo di malinteso e chiarire le ragioni per cui assume che al caso di specie non possa in alcun modo applicarsi la disposizione contenuta nell'art. 171 *bis* della legge. La più recente giurisprudenza di legittimità, infatti, ha chiarito che i cd. "Videogiochi" utilizzati sui personal computer o sulle console non costituiscono meri "programmi per elaboratore", e cioè un software in senso proprio, bensì un prodotto diverso e più opportunamente riconducibile alla categoria dei supporti contenenti sequenze di immagini. In questo senso si veda la sentenza n. 2304 della Terza Sezione Penale del 15 dicembre 2006 - 24 gennaio 2007, Moumeni, la cui massima (RV 235651) recita: «In materia di diritto d'autore, la detenzione per la vendita o la distribuzione di CD contenenti videogiochi duplicati o riprodotti abusivamente configura il reato di cui all'art. 171 *ter* lett. b) della legge n. 633 del 1941, anche se commesso in epoca antecedente l'entrata in vigore delle legge n. 248 del 2000, in quanto costituiscono supporti contenenti sequenze di immagini in movimento, ai sensi della lett. a) del citato art. 171 *ter*, per i quali la semplice detenzione per la vendita risultava già sanzionata penalmente nel testo introdotto dall'art. 17 del d.lgs. 16 novembre 1994 n. 685, come modificato dal d.lgs. 15 marzo 1996 n. 204».

In particolare, in motivazione, dopo un ampio excursus normativo, si legge: «...Ai sensi del vecchio testo della l. n. 633/1941, art. 171 *ter* (precedente alle modifiche apportate dalla l. n. 248/2000), la semplice detenzione ai fini di vendita di musicassette e supporti audio privi del contrassegno S.I.A.E. ed abusivamente riprodotti, non integrava il reato di cui al comma 1, lett. e) perché questo puniva soltanto la vendita o il noleggio e non anche la detenzione al fini di vendita e di noleggio, e neppure integrava il reato di cui allo stesso comma 1, lett. b) perché questo, pur contemplando anche la detenzione ai fini di vendita o di noleggio, riguardava però soltanto le opere cinematografiche o audiovisive abusivamente duplicate o riprodotte, mentre le musicassette o i supporti audio sono diversi dalle videocassette o dalle opere cinematografiche o televisive e dai "supporti analoghi" previsti dalle lett. a) e b), proprio in quanto hanno contenuto musicale e non cinematografico, ferma restando la configurabilità del tentativo. È configurabile il delitto di cui alla l. n. 633/1941, art. 171 *ter*, comma 1, lett. b), nel testo anteriore alla l. n. 248/2000 contestato al capo A, per i soli CD contenenti videogiochi di cui l'imputato è stato trovato in possesso e questa Corte ha già evidenziato (sia pure con riferimento alle videocassette) che per esse, costituenti supporti contenenti "sequenze di immagini in movimento" di cui all'art. 171 *ter*, comma 1, lett. a), anteriormente alle modifiche introdotte dalla l. n. 248 del 2000, già era espressamente vietata, dalla successiva lett. b) della menzionata norma, la detenzione per la vendita (vedi Cass. Sez. III, 18 giugno 2004, ric. Di G.).»

Il principio così affermato costituisce il punto di arrivo di una evoluzione che ha visto la Corte muovere dall'originaria attenzione alla disciplina dei software (tra tutte, III Sez. Pen., sentenza n. 8236 del 4 luglio-8 settembre 1997, Lapeschi, RV 208957) e quindi prendere atto delle peculiari caratteristiche dei "Videogiochi", la cui complessità ideativa e tecnica è andata aumentando esponenzialmente. Di tale evoluzione dà conto indirettamente la sentenza n. 1716 del 6 - 24 maggio 1999, PM in proc. Bonetti (RV 213761) con cui la Terza Sezione Penale, con decisione in tema di sequestro, ritenne che occorresse attribuire all'autorità giudiziaria procedente la possibilità di valutare la sussistenza dell'ipotesi di reato prevista dalla legge) dell'allora vigente art. 171 *ter* nella considerazione che i "videogiochi" potrebbero essere considerati non semplici "programmi per elaboratori", ma supporti costituiti da "sequenze di immagini in movimento".

Questa Corte ritiene di condividere solo in parte l'approdo cui è giunta, sia pure con motivazione assai sintetica, la giurisprudenza citata.

Va premesso che la disciplina europea, che sarà in seguito meglio esaminata, non fornisce una chiara ed univoca definizione dei "Videogiochi" e della disciplina ad essi applicabile. Tale lacuna rende non semplice individuare il regime giuridico cui sottoporre, sul piano penale, le

condotte che li riguardano e che riguardano gli apparati destinati alla loro utilizzazione.

Pur in questo contesto la Corte ritiene sia oramai evidente che i “videogiochi” rappresentano qualcosa di diverso e di più articolato rispetto ai programmi per elaboratore comunemente in commercio, così come non sono riconducibili per intero al concetto di supporto contenente “sequenze d’immagini in movimento”. Essi, infatti, si “appoggiano” ad un programma per elaboratore, che parzialmente comprendono, ma ciò avviene al solo fine di dare corso alla componente principale e dotata di propria autonomia concettuale, che è rappresentata da sequenze di immagini e suoni che, pur in presenza di molteplici opzioni a disposizione dell’utente (secondo una interattività, peraltro, mai del tutto libera perché “guidata” e predefinita dagli autori), compongono una storia ed un percorso ideati e incanalati dagli autori del gioco. Ma anche qualora lo sviluppo di una storia possa assumere direzioni guidate dall’utente, è indubitabile che tale sviluppo si avvalga della base narrativa e tecnologica voluta da coloro che hanno ideato e sviluppato il gioco, così come nessuno dubita che costituiscano opera d’ingegno riconducibili ai loro autori i racconti a soluzione plurima o “aperti” che caratterizzano alcuni libri. In altri termini, i videogiochi impiegano un software e non possono essere confusi con esso. Appare, dunque, corretta la definizione che una parte della dottrina ha dato dei “videogiochi” come opere complesse e “multimediali”: vere e proprie opere d’ingegno meritevoli di specifica tutela anche sotto la formulazione dell’art. 171 *ter*, lett. d) nella formulazione in vigore all’epoca dei fatti.

5. La natura della PS2 quale console per videogiochi

Escluso che i videogiochi siano riconducibili alla categoria giuridica del programma per elaboratore, assume rilievo ai fini della decisione, come vedremo, definire le caratteristiche essenziali e la natura dell’apparato PS2. Esso rappresentava nel 2002 una marcata evoluzione delle già avanzate *consoles* in commercio fino a poco tempo prima, quali la stessa Play Station immessa sul mercato dalla soc. Sony negli anni ‘90. La PS2 è dotata di un sistema operativo e di possibilità di utilizzo e di espansione (compreso l’impiego di operativi scritti in linguaggio “Basic” oppure “Linux”) che l’avvicinano molto alle funzionalità di un personal computer (si vedano, in particolare, la struttura e le caratteristiche tecniche come accertate dalla Corte di Giustizia, Tribunale di primo grado, Terza Sezione, con la sentenza del 30 settembre, Sony CEE Ltd contro Commissione, nella causa T-243/01, su cui torneremo). Tuttavia essa è priva di video (così che deve essere necessariamente collegata ad altro apparato video) e di tastiera, che peraltro può essere acquistata separatamente e collegata all’apparato. Risulta, dunque, pacifico, che la PS2 rientra tra le “macchine automatiche per l’elaborazione dell’informazione”, mentre occorre verificare se essa possa essere quali-

ficata come “personal computer” invece che come “console”. A tale proposito deve rilevarsi che la sentenza 30 settembre 2003 sopra citata ha preso atto che l’originaria classificazione doganale dell’apparato PS2, contro cui la Sony CEE Ltd. ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi, ricomprendeva l’apparato tra gli “oggetti per giochi di società” e in particolare nella sottovoce “videogiochi dei tipi utilizzabili con un ricevitore della televisione”. Sulla richiesta della Sony CEE Ltd. di diversamente classificare il prodotto, il Tribunale di primo grado afferma (punto 111) che, con riferimento agli apparati per videogiochi, «devono essere considerati tali tutti i prodotti destinati ad essere utilizzati, esclusivamente o essenzialmente, per l’esecuzione di videogiochi, quand’anche essi potessero essere utilizzati ad altri fini», ed aggiunge (punto 112): “Ora, è innegabile che, sia per il modo in cui la console PlayStationR 2 è importata, venduta e presentata al pubblico, sia per la maniera in cui la stessa è configurata, la console PlayStationR 2 è destinata ad essere utilizzata essenzialmente per l’esecuzione di videogiochi...”, cosa che (punto 113) è confermata dai documenti che accompagnano il prodotto e che dimostrano che essa “viene commercializzata e venduta ai consumatori essenzialmente come console per videogiochi, anche potendo essere altresì utilizzata per altri fini” e dal fatto che alcune unità, quali tastiera, mouse e video, non sono fornite originariamente e debbono eventualmente essere acquistate a parte.

In conclusione, questa Corte ritiene che la citata sentenza del Tribunale di primo grado, indipendentemente dal successivo giudizio relativo alla non correttezza della classificazione doganale, abbia manifestato con chiarezza un giudizio positivo circa la circostanza che la PS2 ha carattere essenziale di apparato destinato all’impiego di videogiochi e che questa caratteristica ne contraddistingue la natura e l’immagine presentata al pubblico.

6. La tutela dei prodotti dell’ingegno

Rileva la Corte che non vi dubbio che l’art. 171 *ter*, lett. f) *bis* - così come riconosciuto dalla sentenza impugnata - punisca le alterazioni apportate agli apparati al fine di accedere alla fruibilità di prodotti protetti, così come deciso dalla Terza Sezione Penale con la sentenza n. 28912 del 7 aprile-2 luglio 2004, Campana, la cui massima (RV 229417) recita: «La fabbricazione e la detenzione per la distribuzione, a fini di lucro, dei dispositivi “*sharer*” e di “*kit sharer*” - apparati idonei a condividere abusivamente tra più utenti il messaggio decodificato per l’accesso ad un servizio televisivo criptato - non integrano il reato di cui all’art. 171 *octies* della legge 22 aprile 1941 n. 633 e successive modificazioni, che incrimina condotte analoghe poste in essere in riferimento ad apparecchi atti alla decodificazione, ma quello previsto dall’art. 171 *ter*, lett. f) *bis* della stessa legge, introdotto con il d.lgs. n. 68/2003; tale fattispecie penale assume carattere di specialità rispetto alla fattispecie di illecito amministrativo di cui agli artt. 1, 4 e 6 del d.lgs. n. 373 del 2000, perché,

essendo successiva a quella, manifesta la chiara “*voluntas legis*” di criminalizzare quelle condotte per il loro maggiore disvalore; del resto rientra nella discrezionalità del legislatore punire più severamente la condotta di aggiramento fraudolento dei sistemi di protezione dei servizi televisivi, caratterizzata dal dolo specifico di lucro, rispetto a quella di palese violazione dei sistemi di accesso condizionato predisposti dall'emittente televisiva».

Tale pronuncia, che esprime un principio applicabile anche alla diversa condotta oggetto del presente giudizio, rappresenta un approdo della evoluzione normativa che si accompagna all'evoluzione delle misure tecnologiche poste a difesa del diritto d'autore.

Le “misure tecnologiche di protezione” (o MTP) si sono, infatti, aggiornate ed evolute seguendo le possibilità, ed i rischi, conseguenti allo sviluppo della tecnologia di comunicazione, ed in particolare della tecnologia che opera sulla rete. Una parte significativa degli strumenti di difesa del diritto d'autore sono stati orientati ad operare in modo coordinato sulla copia del prodotto d'autore e sull'apparato destinato ad utilizzare quel supporto, tanto che qualche commentatore si è chiesto se, ormai, le forme di tutela facciano de “la macchina la risposta alla macchina”. Le disposizioni sulle misure tecnologiche di protezione trovano un primo fondamento nei trattati “WIPO” adottati il 20 dicembre 1996 e nel rinvio da essi operato ai contenuti della Convenzione di Berna secondo quanto convenuto nei lavori conclusi a Parigi il 24 luglio 1971. A quelle disposizioni fanno richiamo sia la Direttiva 1991/250/CE del Consiglio datata 14 maggio 1991 (relativa alla tutela dei programmi per elaboratore) sia la Direttiva 2001/29/CE del Parlamento e del Consiglio (in tema di armonizzazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione). È su questa base che il legislatore italiano ha introdotto nella legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore l'art. 102 *quater* che consente l'adozione di misure di protezione e vieta le condotte che ne eliminano o eludono l'efficacia e permettono un utilizzo abusivo delle opere da esse tutelate. Non è questa la sede per affrontare la questione dei “diritti digitali” (o DRM, dall'espressione anglosassone “Digital Rights Management”), ma la Corte non può esimersi dal sottolineare la delicatezza dei temi coinvolti dall'esigenza di assicurare tutela alle opere dell'ingegno in un contesto in cui i titolari dell'opera e dei suoi diritti possono sommare la qualità di titolari esclusivi anche degli strumenti tecnologici indispensabili all'utente per fruire del prodotto, con il rischio, a tutti evidente, della creazione di limitazione dei diritti dell'individuo e del consumatore potenzialmente spro-porzionata. Da questo punto di vista, ad esempio, qualche perplessità sorgono a seguito delle pratiche, adottate da alcune multinazionali, tra cui la stessa Sony, di frazionamento del mercato, così come meriterebbero ulteriore attenzione i rischi di posizione dominante o di compressione della concorrenza derivanti dall'obbligo di acquistare unicamente specifici apparati (di costo rilevante) che viene

imposto al consumatore che intenda utilizzare un'opera di ingegno contenuta in un supporto che necessita di quel tipo di apparato per poter essere fruita e “consumata”.

E tuttavia, l'attualità dei rischi ricordati (rischi che dovranno trovare in altre sedi istituzionali le eventuali opportune risposte) non può avere influenza sul giudizio circa le condotte che comportano violazione delle misure poste a protezione del diritto d'autore nel settore dei prodotti digitali.

*7. L'applicabilità ai fatti in esame
(contestati per Fanno 2002) della lett. d)
dell'art. 171 ter della legge n. 633 del 1941*

La Corte ha fin qui escluso che i videogiochi siano riducibili a semplici programmi per elaboratore e che l'apparato PS2 sia da considerarsi, ai nostri fini, qualcosa di diverso da una consolle destinata prioritariamente all'utilizzo dei videogiochi.

Secondo la ricostruzione del sistema normativo vigente, poi, la Corte ha ritenuto che la tutela delle misure tecnologiche di protezione trovi fondamento nell'art. 102 *quater* della legge n. 633 del 1941 e che le violazioni o elusioni di tali misure siano oggi sanzionate in via generale dall'art. 171 *ter*, lett. f) *bis*) (che così viene per tale via a tutelare l'abusiva fruizione delle opere dell'ingegno tra cui rientrano i videogiochi), mentre il comma primo dell'art. 171 *bis* può essere considerata una norma specifica di tutela dei programmi per elaboratore.

Va così escluso che alla condotta attribuita al Sig. D. sia applicabile la (peraltro non contestata) violazione prevista dall'art. 171 *bis* della citata legge n. 633 del 1941.

Sulla base di tali considerazioni la Corte deve stabilire se detta condotta rientri oppure no nella previsione della lett. d) dell'art. 171 *ter*, disposizione che la sentenza impugnata ha ritenuto non ricomprendere la contestazione mossa al ricorrente.

Sul punto la sentenza della Corte di Appello di Trento, Sezione distaccata di Balzano merita di essere censurata, con conseguente suo annullamento.

Appare evidente a questa Corte che la lett. f) *bis* dell'art. 171 *ter* legge n. 633/1941 ha inteso introdurre un elemento di chiarezza rispetto ad una formulazione che poteva prestarsi ad una lettura non più al passo con l'evoluzione tecnologica e dei diritti “digitali”, ma non ha affatto introdotto una fattispecie incriminatrice del tutto nuova. Con la conseguenza che non può affatto ritenersi che prima della sua introduzione non sussistesse alcuna fattispecie incriminatrice delle condotte di elusione o violazione delle misure tecnologiche di protezione poste a tutela dei prodotti dell'ingegno contenuti e commercializzati su supporto informatico, il testo originario dell'art. 171 *ter*, lett. d), in vigore al momento dei fatti, non sembra lasciare in proposito alcun dubbio. Esso, come già ricordato, recita: «Chiunque produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad elu-

dere, decodificare o rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi».

Per le ragioni in precedenza esposte, questa Corte ritiene che tale formulazione ricomprenda anche l'elusione e la rimozione dei sistemi di protezione integrati fra supporto informatico e apparato destinato ad es-

sere utilizzato, con la conseguenza che erroneamente la Corte territoriale ha escluso che le condotte poste in essere nel 2002 dal Sig. D. fossero in allora disciplinate dall'art. 171 *ter*, lett. d) della legge n. 633 del 1941.

...*Omissis*...

IL COMMENTO

di Roberto Caso

Con la sentenza in epigrafe la Corte di legittimità torna sulla modificabilità delle console per videogiochi concludendo che la detenzione e la messa in commercio di modchips costituiscono reato. La pronuncia si riferisce a fatti avvenuti nel 2002 ed applica la vecchia formulazione della lett. d) del comma 1 dell'art. 171 *ter* della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore. Essa, dunque, non rappresenta un precedente sull'applicazione dell'171 *ter*, comma 1, lett. f) bis della medesima legge, ma gli obiter dicta relativi all'interpretazione di quest'ultima norma, che rappresenta il cardine della tutela delle misure tecnologiche di protezione, sollevano molte questioni. All'analisi critica di tali questioni riguardanti la classificazione del videogioco nonché la definizione delle categorie poste alla base della tutela delle misure tecnologiche di protezione è dedicato il commento che segue.

1. Introduzione

I *modification chips* - conosciuti comunemente con il nome di *modchips* - sono componenti hardware destinate a modificare le funzionalità originarie delle console per videogiochi. I produttori di console infatti costruiscono i loro apparecchi limitandone le funzionalità (1). La limitazione delle funzionalità risponde principalmente ai seguenti scopi:

a) impedire che possano funzionare giochi diversi da quelli prodotti (o la cui produzione è stata autorizzata mediante contratti di licenza) dal costruttore della console o che possano funzionare copie dei supporti "originali" dei giochi (non autorizzate dal medesimo costruttore);

b) impedire che possano funzionare supporti di giochi che hanno un codice regionale (e.g., Nordamerica, Europa, Asia, etc.) differente da quello imposto dal costruttore della console per l'area geografica di riferimento.

La liceità dei *modchips* è attualmente discussa in vari paesi occidentali. I produttori di console sostengono che le limitazioni di funzionalità costituiscono *Technological Protection Measures* (TPMs) o misure tecnologiche

di protezione (MTP) - da alcuni impropriamente identificate con i sistemi di *Digital Rights Management* (DRM) (2) - dei diritti di *copyright* sui videogiochi.

Le MTP sono protette dalle leggi che hanno dato attuazione ai *World Intellectual Property Organization* (WIPO) *Treaties* (il *WIPO Copyright Treaty* e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty*) del 1996 (3). I legislatori statunitense ed europeo hanno eseguito il mandato internazionale emanando rispettivamente il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998 e la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, trasposta in Italia con d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il quale ha pesantemente novellato la legge 22 aprile, n. 633, sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Semplificando, il nucleo comune delle norme americane ed europee sta nel triplice divieto:

a) di elusione delle misure tecnologiche poste a protezione dei diritti;

Note:

(1) Per una descrizione tecnica si veda la voce *Modchip* della versione inglese di Wikipedia disponibile all'URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Mod_chip

(2) L'utilizzo, senza specificazioni di *Digital Rights Management* come sinonimo di misure tecnologiche di protezione è improprio. L'accezione precisa di DRM identifica un'architettura digitale (hardware, software e reti) che risponde a standard in grado di consentire la distribuzione di informazioni digitali con modalità predeterminate dai titolari delle medesime informazioni. Le principali componenti dei sistemi di DRM sono: a) le MTP basate principalmente sulla crittografia digitale, ma anche su altre tecnologie come il *watermarking* (marchiatura) ed il *fingerprinting* (rintracciamento) digitali; b) I metadati che accompagnano il contenuto che sono in grado di descrivere in un linguaggio che è comprensibile al computer: il contenuto; il titolare del contenuto; l'utente; le regole per l'utilizzo del contenuto (se esso può essere copiato, stampato, ridistribuito etc., dove può essere fruito, con quali apparecchi può essere fruito), espresse in linguaggi che vengono denominati *Rights Expression Languages* (REL), come l'*eXtensible rights Markup Language* (XrML) che è uno degli standard di maggiore successo.

Sul punto v. R. Caso, *Digital rights management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004, 5 ss., la cui ristampa digitale (Trento, 2006) è disponibile all'URL: <http://www.jus.unin.it/users/caso/pubblicazioni/drm/home.asp?cod=roberto.caso>

(3) V. anche gli art. 2, 3 e 6 della *Convention on Cybercrime* del 2001.

b) di produzione o diffusione di tecnologie "principalmente finalizzate" all'elusione delle MTP;

c) di rimozione o alterazione delle informazioni sul regime dei diritti.

Sulla base del divieto sintetizzato al punto b), la Sony, produttrice di una delle console di maggiore successo (denominata Playstation), ha scatenato - con alterne fortune - un'offensiva giudiziaria su scala globale, muovendo causa, in vari paesi, ai fabbricanti di *modchips* (4). L'esempio della Sony è stato seguito da altri produttori.

2. La fattispecie ed i precedenti

Un filone di controversie riguarda l'Italia. Poiché nel nostro ordinamento la violazione del divieto di produzione di tecnologie prevalente elusive costituisce reato (5), è toccato al giudice penale giudicare la fattispecie.

I giudici di Bolzano sono stati chiamati più volte a pronunciarsi sulla liceità dei *modchips*. Questi ultimi rappresenterebbero componenti hardware principalmente finalizzate ad eludere misure tecnologiche efficaci poste a protezione di diritti su opere dell'ingegno (i videogiochi originali prodotti dalla Sony o dai suoi licenziatari).

I *modchips* in discussione aggirano le limitazioni di funzionalità sopra descritte, che con riguardo alla Sony Playstation si basano sull'interazione tra hardware della console (un *boot ROM chip*) e codice del videogioco originale. Quest'ultimo consiste in un codice di accesso incorporato in forma criptata in una porzione del supporto (CD-ROM/DVD-ROM) contenente il videogioco. Si tratta in buona sostanza di una stringa di caratteri che può essere letta solo dalla *boot ROM* della Playstation. I supporti che non contengono il codice di accesso non possono funzionare sulla Playstation.

Delle pronunce edite due si sono espresse nel senso della liceità (6), una in senso contrario (7). I provvedimenti si concentrano sull'interpretazione dell'art. 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis* della legge n. 633/1941, introdotto dal d.lgs. n. 68 del 2003 - ma uno di essi si sofferma anche sulla lettura dell'art. 171 *bis* aggiunto dall'art. 10, d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 di attuazione della direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, e più volte modificato - della legge n. 633/1941, interpretazione sulla quale si era già pronunciata, a proposito di fattispecie riguardanti tecnologie (*splitty* o *sharer kit*) per la distribuzione su più apparecchi televisivi del segnale della TV satellitare protetta, anche la Cassazione (8).

Con la sentenza in epigrafe la Corte di legittimità torna sulla materia con riguardo ad uno dei procedimenti bolzanini (quello che in primo grado aveva affermato l'illiceità della condotta (9)). Rovesciando la pronuncia della Corte di appello di Trento Sezione distaccata di Bolzano (a quanto consta, inedita) che aveva concluso per l'insussistenza dell'illecito, il Supremo collegio afferma che la detenzione e la messa in commercio di *modchips* costituiscono reato. Ma il riferimento non è al rea-

to previsto dell'art. 171 *ter* lett. f) *bis*, bensì a quello contemplato, all'epoca della commissione dei fatti oggetto del procedimento (anno 2002), dall'art. 171 *ter* lett. d) nella formulazione derivante dalla l. 18 agosto 2000, n. 248 ("nuove norme di tutela del diritto d'autore"), formulazione oggi non più in vigore a seguito del d.lgs. n. 68/2003 (v. l'art. 26, comma 1).

3. La motivazione della Cassazione

Rispetto al suo precedente più vicino (o meno lontano) (10), la pronuncia in epigrafe appare corredata di una motivazione maggiormente approfondita. Tuttavia, anche in quest'occasione le conclusioni a cui giungono i giudici di legittimità e le argomentazioni che le supportano sono, da più punti di vista, criticabili.

Prima di addentrarsi nelle critiche, conviene ripercorrere brevemente il percorso motivazionale della Suprema corte. Tale percorso è suddiviso in quattro tappe:

a) qualifica dei videogiochi come opere multimediali;

Note:

(4) Negli Stati Uniti v. *Sony Computer Entertainment of America, Inc. v. GameMasters*, 87 F. Supp. 2d 976 (N.D. Cal. 1999) disponibile all'URL: <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/DVD/cases/sonyvgamemasters.html>; in Australia v. *Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58 6 October 2005 disponibile all'URL: http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/2005/58.html; nel Regno Unito v. *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Ball* [2004] EWHC 1738 (Ch), disponibile all'URL: <http://www.hmcourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j2680/sony-v-ball.htm>

(5) L'Italia non è l'unico Stato membro dell'Unione Europea ad aver scelto la strada della sanzione penale. V. G. Westkamp, *Part II - The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, in L. Guibault *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 2007, disponibile all'URL: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf, 75 ss.

(6) Trib. Bolzano 20 dicembre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 269, con osservazioni di M. Ferrari, *L'incerto cammino della tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: recenti orientamenti in materia di modifica di console per videogiochi*, nonché in *Dir. ind.*, 2006, 389, con nota di S. Spagnolo, in *Giur. merito*, 2006, 1748, con nota di C. Rabazzi, ed in *Foro it.*, 2006, II, 398, con nota di richiami; Trib. Bolzano ord. 31 dicembre 2003, in *Foro it.* 2004, II, 259, con nota di M. Chiarolla, nonché in *Giur. it.* 2004, 1452, con nota di M. Ricolfi, *Videogiochi che passione! Console proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana* ed in *Giur. merito* 2004, 552, con nota di L. Rosa Bian, *Modifica di «playstation» e reato di commercializzazione d'opera modificata*.

(7) Trib. Bolzano 28 gennaio 2005, in questa *Rivista*, 2006, 269 con osservazioni di Ferrari, cit., nonché in *Dir. ind.*, 2006, 389, con nota di Spagnolo, cit., in *Foro it.*, 2006, II, 398, con nota di richiami, cit.

(8) Cass. 12 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 260; 7 aprile 2004, *id.*, 2004, II, 479, con nota di G. Colangelo, nonché in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 28, 22, con nota di N. Natalini. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Trento 3 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, II, 375, con osservazioni di G. Colangelo.

(9) V. Trib. Bolzano 28 gennaio 2005, cit.

(10) Cass. 12 ottobre 2004, cit., in materia di tecnologie per la distribuzione su più apparecchi televisivi del segnale della TV satellitare protetta.

b) qualifica della Playstation come console per videogiochi;

c) *ratio* della disciplina delle misure tecnologiche di protezione;

d) applicazione dell'art. 171 *ter*, comma 1, lett. d).

e) La qualifica del videogioco come software, come supporto contenente sequenze di immagini in movimento o come opera multimediale è rilevante.

Infatti, se il videogioco è qualificato come programma per elaboratore, la norma applicabile è il 171 *bis*, comma 1, il quale punisce con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni chiunque "importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione" [...] "qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore".

Se viceversa è qualificato come supporto contenente sequenze di immagini in movimento o come opera multimediale, in base a quanto affermato dal Supremo collegio, la norma applicabile dal 2000 al 2003 è il 171 *ter*, comma 1, lett. d) il quale punisce, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire "chiunque a fini di lucro [...] produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi"; mentre dal 2003 in poi è il 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis*, il quale punisce, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire "chiunque a fini di lucro [...] fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102 *quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure [...]".

Le differenze tra le tre formulazioni sono più d'una. Quelle più importanti attengono al criterio che serve a discriminare tra tecnologia lecita e tecnologia illecita.

Nella norma del 1992 è illecito qualsiasi mezzo inteso "unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale" di "dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore". Nella norma del 2000, non più in vigore, sono illeciti i sistemi "atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere" le "misure di protezione" del diritto d'autore o dei diritti connessi. Nella norma del 2003 sono illeciti "le attrezzature, i prodotti o le componenti ovvero i servizi" che abbiano la "prevalente finalità" o "l'uso commerciale" [?] (11) di eludere "efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102

quater" ovvero siano "principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione" di predette misure.

La Cassazione ritiene che il videogioco non possa essere qualificato come software. Tale conclusione sarebbe confortata dalla più recente giurisprudenza di legittimità la quale ha affermato "che i c.d. 'videogiochi' utilizzati sui personal computer o sulle *consolles* non costituiscono meri 'programmi per elaboratore', e cioè un software in senso proprio, bensì un prodotto diverso e più opportunamente riconducibile alla categoria dei supporti contenenti sequenze di immagini".

Tuttavia, a differenza di quest'ultima giurisprudenza che classifica il videogioco come opera audiovisiva la pronuncia in epigrafe propende per un inquadramento nella categoria dell'opera multimediale.

In particolare, la corte ritiene che, pur mancando una chiara definizione di videogioco nel diritto europeo, "i 'videogiochi' rappresentano qualcosa di diverso e di più articolato rispetto ai programmi per elaboratore comunemente in commercio, così come non sono riconducibili per intero al concetto di supporto contenente 'sequenze d'immagini in movimento'. Essi, infatti, si 'appoggiano' ad un programma per elaboratore, che parzialmente comprendono, ma ciò avviene al solo fine di dare corso alla componente principale e dotata di propria autonomia concettuale, che è rappresentata da sequenze di immagini e suoni che, pur in presenza di molteplici opzioni a disposizione dell'utente (secondo una interattività, peraltro, mai del tutto libera perché 'guidata' e predefinita dagli autori), compongono una storia ed un percorso ideati e incanalati dagli autori del gioco. Ma anche qualora lo sviluppo di una storia possa assumere direzioni guidate dall'utente, è indubitabile che tale sviluppo si avvalga della base narrativa e tecnologica voluta da coloro che hanno ideato e sviluppato il gioco, così come nessuno dubita che costituiscano opera d'ingegno riconducibili ai loro autori i racconti a soluzione plurima o 'aperti' che caratterizzano alcuni libri".

a) La Cassazione muove dalle seguenti considerazioni. La Playstation 2 (PS2) rientra pacificamente "tra le 'macchine automatiche per l'elaborazione dell'informazione', mentre occorre verificare se essa possa essere qualificata come '*personal computer*' invece che come 'console'".

I giudici di legittimità ritengono di rinvenire un elemento decisivo per la classificazione in termini di console in una sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità Europee, Terza Sezione, del 30 settembre 2003,

Note:

(11) Secondo un'interpretazione letterale la prevalenza sembra riferita solo alla finalità e non all'uso commerciale. Tuttavia, un'interpretazione maggiormente aderente al testo della norma comunitaria (v. art. 6, par. 2, lett. b): "[...] non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere" e tesa a conferire (un minimo di) razionalità alla norma porta a concludere nel senso che la prevalenza si riferisca anche all'uso commerciale.

causa T-243/01, in materia di classificazione di merci per l'applicazione di tariffa doganale comune. Nella motivazione di quest'ultima sentenza si rileva, tra l'altro, che la PS2 "è destinata ad essere utilizzata essenzialmente per l'esecuzione di videogiochi" ed inoltre che essa "viene commercializzata e venduta ai consumatori essenzialmente come console per videogiochi, anche potendo essere altresì utilizzata per altri fini".

b) Il passaggio più rilevante a margine della *ratio* della disciplina delle misure tecnologiche di protezione è il seguente.

"Non è questa la sede per affrontare la questione dei 'dritti digitali' (o DRMs, dall'espressione anglosassone 'Digital Rights Management'), ma la Corte non può esimersi dal sottolineare la delicatezza dei temi coinvolti dall'esigenza di assicurare tutela alle opere dell'ingegno in un contesto in cui i titolari dell'opera e dei suoi diritti possono sommare la qualità di titolari esclusivi anche degli strumenti tecnologici indispensabili all'utente per fruire del prodotto, con il rischio, a tutti evidente, della creazione di limitazione dei diritti dell'individuo e del consumatore potenzialmente sproporzionata. Da questo punto di vista, ad esempio, qualche perplessità sorgono a seguito delle pratiche, adottate da alcune multinazionali, tra cui la stessa Sony, di frazionamento del mercato, così come meriterebbero ulteriore attenzione i rischi di posizione dominante o di compressione della concorrenza derivanti dall'obbligo di acquistare unicamente specifici apparati (di costo rilevante) che viene imposto al consumatore che intenda utilizzare un'opera di ingegno contenuta in un supporto che necessita di quel tipo di apparato per poter essere finita e 'consumata'. E tuttavia, l'attualità dei rischi ricordati (rischi che dovranno trovare in altre sedi istituzionali le eventuali opportune risposte) non può avere influenza sul giudizio circa le condotte che comportano violazione delle misure poste a protezione del diritto d'autore nel settore dei prodotti digitali".

c) Nell'ultima tappa del ragionamento la Cassazione afferma quanto segue. "Appare evidente a questa Corte che la lett. f) *bis* dell'art. 171 *ter* legge n. 633/1941 ha inteso introdurre un elemento di chiarezza [*sic!*] rispetto ad una formulazione che poteva prestarsi ad una lettura non più al passo con l'evoluzione tecnologica e dei diritti 'digitali', ma non ha affatto introdotto una fattispecie incriminatrice del tutto nuova. Con la conseguenza che non può affatto ritenersi che prima della sua introduzione non sussistesse alcuna fattispecie incriminatrice delle condotte di elusione o violazione delle misure tecnologiche di protezione poste a tutela dei prodotti dell'ingegno contenuti e commercializzati su supporto informatico. Il testo originario dell'art. 171 *ter*, lett. d), in vigore al momento dei fatti, non sembra lasciare in proposito alcun dubbio".

Dunque, tecnicamente la pronuncia in epigrafe non rappresenta un precedente sull'applicazione dell'171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis*, ma i suoi *obiter dicta* re-

lativi all'interpretazione di quest'ultima norma non lasciano sperare, per il futuro, in un orientamento più illuminato. Vediamo perché.

4. Classificazione dei videogiochi: software o altra opera dell'ingegno?

Il punto di partenza di qualsiasi discorso interpretativo sulla legge n. 633 del 1941 è la constatazione della devastante e sconsolante opera di distruzione del tessuto sistemato operata con rara pervicacia dalle ultime novelle. La qualità del *drafting* legislativo, si sa, è probabilmente ai minimi storici in ogni settore giuridico. Ma nelle modifiche alla legge sul diritto d'autore si è forse superato ogni record negativo.

Le modifiche in tema di classificazione delle opere dell'ingegno (e dei supporti che le incorporano) e di regole attinenti alla produzione di tecnologie illecite (si contano dal 1992 almeno quattro differenti regimi (12)) sono esempi lampanti di quanto testé denunciato. La confusione comincia a livello europeo (13), ma è in questa sede parzialmente giustificata dalla necessità di trovare un compromesso tra numerosi differenti ordinamenti, ed è spesso amplificata dal legislatore nostrano.

Una tale confusione è tanto più grave, nel momento in cui il nostro Stato decide di brandire, ad ogni pie' sospinto, la spada onerosa (e spuntata?) della sanzione penale per contrastare le violazioni del diritto d'autore (14).

Sulle spalle del giudice penale si rovescia, così, il compito ai limiti della "missione impossibile" di governare mediante fumose clausole generali e nomenclature incoerenti il confine tra tecnologie lecite e tecnologie illecite, cioè uno dei terreni dove ci si gioca il progresso tecnologico nonché economico e sociale (15).

Note:

(12) Oltre ai tre regimi discussi nel testo vi è quello previsto dall'art. 171 *ter*, comma 1, lett. f) che riguarda "dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto"

(13) V., fra i tanti, P. B. Hugenholtz, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, [2000] *EIPR* 11, 501, disponibile all'URL: <http://www.ivir.nl/publications/hughholtz/opinion-EIPR.html>, il quale, tra l'altro, rileva che: "[t]he Directive is a badly drafted, compromise-ridden, ambiguous piece of legislation. It does not increase 'legal certainty', a goal repeatedly stated in the Directive's Recitals (Recitals 4, 6, 7 and 21), but instead creates new uncertainties by using vague and in places almost unintelligible language. What, for example, to make of article 6.4 (1), a provision that is presumably intended to reconcile the interests of rights owners employing technical protection measures with the interests of users wishing to benefit from copyright limitations?"

(14) Una tendenza fomentata dagli organi comunitari. Si veda, da ultimo, la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM (2005) 276 - 1 (il cui dossier è disponibile all'URL: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=it&DossierId=193131)

(15) Cfr. il severo giudizio sull'attuazione delle direttiva 29/2001 in Italia espresso da Westkamp, *Part II - The Implementation of Directive*

(segue)

Ora, la qualifica dei videogiochi è controversa in dottrina e giurisprudenza (16). D'altra parte, è indubbio che, come rilevato dalla pronuncia qui riportata, la Casazione ultimamente si sia mostrata contraria alla classificazione in termini di programmi per elaboratore (17).

Occorre però domandarsi se questo orientamento abbia senso.

L'inquadramento (quello preferito dalla sentenza in epigrafe) in termini di opera multimediale - che è categoria di origine dottrinale soltanto nominata e non definita dalla legge n. 633/1941 (18) - o in termini di supporto contenente sequenze di immagini in movimento si basa sull'individuazione di elementi estetici e culturali del videogioco (nelle parole della sentenza riportata: "le sequenze di immagini e suoni che, pur in presenza di molteplici opzioni a disposizione dell'utente, compongono una storia ed un percorso ideati e incanalati dagli autori del gioco") e ne trascura l'essenza tecnologica (19).

I videogiochi come tutti gli altri software sono scritti in codice informatico. Nel mercato del software proprietario viene commercializzato solo il codice oggetto, mentre il codice sorgente viene secretato. Questa prassi è alla base sia dell'eccezione al diritto d'autore sul software in base alla quale, al ricorrere di determinati presupposti, è possibile procedere alla decompilazione delle parti di codice necessarie a conseguire l'interoperabilità (art. 64 *quater* della l. n. 633/1941), sia del diverso e più blando regime di tutela delle misure tecnologiche poste a protezione dei programmi per elaboratore (art. 171 *bis*, comma 1), il quale in buona sostanza salva dall'illiceità la tecnologia che sia suscettibile anche di un solo uso legittimo.

Ebbene, l'esigenza di preservare la possibilità di conseguire l'interoperabilità vale tanto per le console ed i videogiochi, quanto per ogni altro tipo di computer e di software (multimediale, come è per molti applicativi di ultima generazione, o no). Tant'è che la direttiva 29/2001 esplicitamente sottrae al campo di applicazione della nuova disciplina di protezione delle MTP le norme sui programmi per elaboratore ("considerando" n. 50 (20)) e richiama l'attenzione degli Stati membri e degli altri interpreti sul fatto che "[t]ale protezione giuridica dovrebbe rispettare il principio della proporzionalità e non dovrebbe vietare i dispositivi o le attività che hanno una finalità commerciale significativa o un'utilizzazione diversa dall'elusione della protezione tecnica" ("considerando" n. 48).

Paradossalmente la migliore prova dell'esigenza di preservare l'interoperabilità è fornita proprio dalla strategia commerciale della Sony. Quest'ultima creando una compatibilità blindata tra la propria piattaforma (console) ed i beni complementari dalla stessa prodotti (videogiochi) esclude l'interoperabilità con piattaforme e beni complementari prodotti da altri al fine di rafforzare il proprio potere di mercato sia nel settore della vendita di console sia in quello del commercio dei videogiochi (21).

A poco vale la sensibilità dimostrata dall'estensore della sentenza in epigrafe, nel passaggio in cui rileva che "qualche perplessità sorgono a seguito delle pratiche, adottate da alcune multinazionali, tra cui la stessa Sony, di frazionamento del mercato, così come meriterebbero ulteriore attenzione i rischi di posizione dominante o di compressione della concorrenza derivanti dall'obbligo di acquistare unicamente specifici apparati (di costo rilevante) che viene imposto al consumatore che intenda utilizzare un'opera di ingegno contenuta in un supporto che necessita di quel tipo di apparato per poter essere fruita e 'consumata'". Se la conclusione è: "[...] tuttavia, l'attualità dei rischi ricordati (rischi che dovranno trova-

Note:

(segue nota 15)

2001/29/EC in the Member States, cit., 296, il quale rileva che "[t]he systematic structure of the Italian solution to implement Article 6 EUCD leaves a number of problems. The rigidity of prohibitions, coupled with a wide permission for right holders to pre-empt limitations by contractual agreements, not only makes it difficult for beneficiaries to gain access but may also have a detrimental effect on the development of technologies". E ancora (p. 299): "Article 6 has been transposed in a rather unique fashion by introducing a general criminal offence for certain types of using circumvention technologies, which is related to a rather unclear provision permitting right holders the use of such technologies. The Act is not clear on whether the circumvention must ensue in an infringement of copyright, though given that the possession by a user (for non-commercial purposes) is prohibited it would appear that this is the case. Conversely, commercial dealings, dealt with in a different chapter, require commercial purposes, with the effect that a seller for non-commercial purposes is not liable whereas a private buyer of circumvention technology is".

(16) V., per alcuni riferimenti, Ferrari, *L'incerto cammino della tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: recenti orientamenti in materia di modifica di consoles per videogiochi*, cit.

(17) V. Cass., Sez. III, 24 gennaio 2007, n. 2304, citata nella motivazione della sentenza in epigrafe; 6 maggio 1999, in *Riv. pen.*, 1999, 653; 26 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, II, 715.

(18) La l. n. 633 del 1941 nomina le opere multimediali all'art. 171 *ter*, comma 1, lett. b) ed i supporti multimediali agli art. 171 *sexies*, comma 2, 174 *ter*, comma 1, 181 *bis*, comma 1. Sul tema v. C. Di Cocco, *L'opera multimediale - Qualificazione giuridica e regime di tutela*, Torino, 2005, spec. 93 ss.

(19) V. R. Caso, "Modchips" e diritto d'autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, in *Cyberspazio e dir.*, 2006, 183, disponibile all'URL: http://www.jus.univr.it/users/caso/DRM/Libro/mod_chips/download.asp, 21 della versione in linea.

(20) Il «considerando» n. 50 della direttiva 29/2001 così recita: "[u]na protezione giuridica armonizzata lascia impregiudicate le disposizioni specifiche di protezione previste dalla direttiva 91/250/CEE. In particolare essa non si dovrebbe applicare alla tutela delle misure tecnologiche usate in relazione ai programmi per elaboratore, disciplinata esclusivamente da detta direttiva. Non dovrebbe inoltre ostacolare né impedire lo sviluppo o l'utilizzo di qualsiasi mezzo atto a eludere una misura tecnologica se necessario per l'esecuzione degli atti da compiere ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, e dell'articolo 6 della direttiva 91/250/CEE. Gli articoli 5 e 6 di tale direttiva si limitano a stabilire le eccezioni ai diritti esclusivi applicabili ai programmi per elaboratore".

(21) Sul tema v., nella letteratura italiana, M. L. Montagnani, *Misure tecnologiche di protezione, sistemi di DRM e barriere all'entrata*, nonché G. Mazziotti, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso ITUNES*, entrambi in R. Caso (a cura di), in *Digital Rights Management: problemi teorici e prospettive applicative - Atti del convegno tenutosi a Trento il 21-22 marzo 2007*, Trento, 2008.

re in altre sedi istituzionali le eventuali opportune risposte) non può avere influenza sul giudizio circa le condotte che comportano violazione delle misure poste a protezione del diritto d'autore nel settore dei prodotti digitali".

Vero è che ci si muove - per volere del legislatore comunitario - nel terreno minato di un doppio regime di protezione delle MTP (mentre razionalità avrebbe voluto che ci fosse una sola disciplina fondata sul divieto delle sole tecnologie unicamente finalizzate all'elusione): quello riguardante il software e quello riguardante le altre opere dell'ingegno. Ma è altrettanto innegabile che le norme penali di difesa del diritto di esclusiva devono essere interpretate nel senso che meno interferisce con le dinamiche della concorrenza e dell'innovazione. Il ricorso alla norma penale, infatti, non può sottrarre il diritto d'autore alla *ratio* che lo pervade: il bilanciamento tra interesse dei titolari dell'esclusiva ad avere il maggior controllo possibile dell'opera ed interesse del pubblico a ridurre al minimo la portata monopolistica dell'esclusiva, al fine di conservare la libertà di accesso alla conoscenza che l'opera stessa veicola.

5. La definizione di misura (tecnologica) di protezione

Un'ulteriore critica che può essere rivolta alla sentenza in epigrafe è la mancanza di un giudizio sulla qualificazione delle limitazioni di funzionalità della Playstation e del sistema di riconoscimento tra console e videogioco "originale" in termini di misura di protezione ex art. 171 *ter*, comma 1, lett. d) (formulazione abrogata) o di misura tecnologica di protezione efficace ex art. 102 *quater* e 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis*.

A ben vedere questo giudizio è imprescindibile per la determinazione della sussistenza del reato.

La Suprema corte sembra dare per scontato che l'hardware della Playstation rappresenti un'efficace misura tecnologica di protezione ai sensi dell'art. 102 *quater* della legge autore. Tuttavia, come si è già rilevato in altra occasione (22), si tratta di un assunto tutt'altro che pacifico. L'art. 102 *quater*, comma 1, statuisce che le "misure tecnologiche di protezione efficaci [...] comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti".

L'art. 102 *quater* non pone le fondamenta di un nuovo diritto di esclusiva, ma rappresenta uno dei tasselli - quello che definisce le "misure tecnologiche di protezione efficaci" - di una disciplina della responsabilità per produzione di tecnologie illecite. Ebbene la *boot* ROM della Playstation (il suo hardware), sulla quale va ad incidere il *modchip*, non rappresenta di per sé una tecnologia che impedisce o limita atti non autorizzati dai titolari dei diritti. Piuttosto, l'interazione tra *boot* ROM e codici di accesso contenuti nei supporti dei videogiochi funziona, semmai, come mezzo per disincentivare - e

non per impedire o limitare - la copia o altri atti non autorizzati dal titolare dei diritti. La controprova di questo ragionamento sta nell'analisi della funzione del *modchip*. L'installazione del *modchip* non facilita l'elusione di una MTP. La copia non autorizzata, l'importazione e la distribuzione non autorizzate possono avvenire indipendentemente dall'installazione (e persino dall'esistenza del *modchip*).

Non si tratta di un modo forzante di ragionare, ma del cuore della motivazione che ha recentemente condotto la High Court australiana a dichiarare l'inapplicabilità della disciplina delle MTP (23) - sections 10(1) e 116A(1) del *Copyright Act* del 1968 come modificato dal *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act* del 2000 (24) - alla produzione dei *modchips* per Playstation (25).

Si tratta di una linea di pensiero che trova conferma anche nella giurisprudenza statunitense. Il riferimento è al caso *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, nell'ambito del quale la Lexmark - impresa leader nella produzione di stampanti - ha reclamato l'applicazione della 17 U.S.C. § 1201 (introdotta nel *Copyright Act* statunitense dal DMCA) contro un fabbricante di *chips* incorporabili in cartucce compatibili con le stampanti dell'attore. La Lexmark vende sia stampanti, sia cartucce. Le stampanti laser oggetto della causa funzionano in base un complesso sistema che si ba-

Note:

(22) Caso, "Modchips" e diritto d'autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, cit., 22 della versione in linea.

(23) *Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58 6 October 2005, cit.

(24) La tutela delle MTP è stata recente rafforzata da una nuova modifica (v. il *Copyright Amendment Act* del 2006).

(25) In uno dei passaggi centrali della motivazione la Corte porta a supporto delle proprie conclusioni le seguenti tre considerazioni:

«[t]he first is that, in choosing between a relatively broad and a relatively narrow construction of legislation, it is desirable to take into account its penal character. The present litigation does not arise from the institution of criminal proceedings under the offence provisions now contained particularly in s 132 of the Act. However, a person who makes or sells a circumvention device (s 132(5B)) is liable to imprisonment for not more than five years (s 132(6A)). An appreciation of the heavy hand that may be brought down by the criminal law suggests the need for caution in accepting any loose, albeit 'practical', construction of Div 2A itself.

The second consideration is that the true construction of the definition of 'technological protection measure' must be one which catches devices which prevent infringement. The Sony device does not prevent infringement. Nor do many of the devices falling within the definition advanced by Sony. The Sony device and devices like it prevent access only after any infringement has taken place.

The third consideration is that in construing a definition which focuses on a device designed to prevent or inhibit the infringement of copyright, it is important to avoid an overbroad construction which would extend the copyright monopoly rather than match it. A defect in the construction rejected by Sackville J is that its effect is to extend the copyright monopoly by including within the definition not only technological protection measures which stop the infringement of copyright, but also devices which prevent the carrying out of conduct which does not infringe copyright and is not otherwise unlawful. One example of that conduct is playing in Australia a program lawfully acquired in the United States. It was common ground in the courts below and in argument in this Court that this act would not of itself have been an infringement».

sa sul "dialogo" tra due software: uno contenuto nelle stampanti (*Toner Loading Program*) e l'altro incorporato nei *chips* delle cartucce-toner (*Printer Engine Program*). Alcune stampanti vengono vendute ad un prezzo inferiore, ma la *shrink-wrap license* (licenza d'uso a strappo) prevede che possano essere utilizzate solo cartucce usa e getta vendute dalla stessa Lexmark. Per evitare che l'acquirente possa installare cartucce (ricaricabili) prodotte da altre imprese, la Lexmark adopera una procedura di "autenticazione" delle cartucce originali che si basa sul "dialogo" tra il software della stampante e quello delle cartucce. Il convenuto vende *chips* che consentono a cartucce prodotte da competitori della Lexmark di essere riconosciute dalle stampanti di quest'ultima. Al convenuto veniva rimproverato di produrre e commercializzare un apparecchio finalizzato all'aggiramento della misura tecnologica posta a protezione dell'accesso ai software della Lexmark.

Nella decisione della Sesto Circuito relativa al caso Lexmark i giudici (26), ribaltando la pronuncia di primo grado (27), rilevano che una causa di questo tipo non ha niente a che fare con la pirateria di materiale protetto da *copyright* e rappresenta invece un chiaro tentativo di comprimere la concorrenza sul mercato a valle delle cartucce (28). Il Sesto Circuito sottolinea che i sistemi utilizzati da Lexmark non sono misure tecnologiche poste alla protezione dell'accesso del software incorporato nelle cartucce e di quello installato nella stampante (29).

Quanto qui rilevato a proposito delle "misure tecnologiche di protezione efficaci" vale anche per le "misure di protezione" previste dalla vecchia formulazione della lett. d), comma 1, dell'art. 171 *ter*. La mancanza in quest'ultima norma del riferimento all'efficacia della misura non altera i termini della ricostruzione qui proposta. Semplicemente, il sistema di riconoscimento tra console e supporto del videogioco svolge sia la funzione di impedire l'interoperabilità con apparecchi e supporti prodotti da altri sia la funzione di scoraggiare la copia non autorizzata, ma non impedisce quest'ultima e dunque non protegge il diritto di riproduzione.

6. Individuazione della disciplina rilevante e giudizio sulla finalità elusiva della tecnologia

Il giudizio sulla sussistenza dell'illecito si compone di una parte (di cui si è ora trattato) riguardante la misura (tecnologica) di protezione e di una parte concernente la tecnologia additata dello scopo elusivo.

Anche su questa seconda parte le argomentazioni della sentenza riportata non convincono.

Come si è già evidenziato, il criterio della finalità elusiva è stato declinato dal legislatore italiano in diverse formulazioni. Nel 171 *bis*, comma 1, si parla "di qualsiasi mezzo inteso unicamente" all'elusione, nel 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis* ci si riferisce ad "attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità" elusiva "ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità

di rendere possibile o facilitare l'elusione" ed infine nella vecchia formulazione della lett. d) del comma 1 dell'art. 171 *ter* si indicano "sistemi atti ad eludere".

La Cassazione ha messo fuori gioco la prima norma qualificando i videogiochi come opere multimediali. Ma non viene meno la necessità di operare un giudizio sulla finalità elusiva. Tanto più se si tratta di dover decidere sulla successione di leggi penali del tempo per giungere a determinare (in base all'art. 2 c.p.) quale norma sia più favorevole al reo.

La vecchia formulazione della lett. d) del comma 1 dell'art. 171 *ter* può essere infatti intesa sia in un senso meno rigoroso dell'art. 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis* traducendo "sistemi atti ad eludere" con "sistemi unicamente atti ad eludere" sia in un significato più rigoroso dell'art. 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis* in base al quale anche quando si è in presenza di una mera (benché non prevalente) potenziale finalità elusiva si deve rilevare l'illecito. Se quest'ultima fosse ritenuta l'interpretazione corretta, allora la norma più favorevole al reo applicabile alla fattispecie sarebbe probabilmente l'art. 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis* (30).

Note:

(26) Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522 (Ct. App. 6th Circ. 2004).

(27) Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 253 F. Supp. 2d 943 (D. Ct. E.D. Ky. 2003).

(28) La Corte afferma: «[...] Lexmark would have us read this statute in such a way that any time a manufacturer intentionally circumvents any technological measure and accesses a protected work it necessarily violates the statute regardless of its "purpose." Such a reading would ignore the precise language - "for the purpose of" - as well as the main point of the DMCA - to prohibit the pirating of copyright-protected works such as movies, music, and computer programs. If we were to adopt Lexmark's reading of the statute, manufacturers could potentially create monopolies for replacement parts simply by using similar, but more creative, lock-out codes. Automobile manufacturers, for example, could control the entire market of replacement parts for their vehicles by including lock-out chips. Congress did not intend to allow the DMCA to be used offensively in this manner, but rather only sought to reach those who circumvented protective measures "for the purpose" of pirating works protected by the copyright statute. Unless a plaintiff can show that a defendant circumvented protective measures for such a purpose, its claim should not be allowed to go forward. If Lexmark wishes to utilize DMCA protections for (allegedly) copyrightable works, it should not use such works to prevent competing cartridges from working with its printer».

(29) Nelle parole della Corte: «[i]t is not Lexmark's authentication sequence that 'controls access' to the Printer Engine Program. See 17 U.S.C. § 1201(a)(2). It is the purchase of a Lexmark printer that allows 'access' to the program. Anyone who buys a Lexmark printer may read the literal code of the Printer Engine Program directly from the printer memory, with or without the benefit of the authentication sequence, and the data from the program may be translated into readable source code after which copies may be freely distributed. [...] No security device, in other words, protects access to the Printer Engine Program Code and no security device accordingly must be circumvented to obtain access to that program code». [...]

(30) Il giudizio sulla norma più favorevole fa effettuato in concreto, v., ad esempio, Cass., sez. I, 2 ottobre 2003, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Sport*, n. 105, secondo la quale "[l]'individuazione, tra una pluralità di disposizioni succedutesi nel tempo, di quella più favorevole al reo, va eseguita non in astratto, sulla base della loro mera comparazione, bensì in concreto, mediante il confronto dei risultati che deriverebbero dall'effettiva applicazione di ciascuna di esse alla fattispecie sottoposta all'esame del giudice".

Prescindendo dal caso di specie e dalla vecchia formulazione della lett. d) dell'art. 171 *ter*, occorre ribadire quanto si è sostenuto in altra occasione a margine dell'art. 171 *ter* lett. f) *bis* (31), che è la norma con la quale fare attualmente i conti.

Quest'ultima è formulata in termini approssimativi ed ambigui. Tuttavia, alcune indicazioni possono essere date per assodate. La norma fa riferimento ad "[...] attrezzature, prodotti o componenti ovvero [...] servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102 *quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure".

La finalità non dovrebbe essere valutata in astratto né con riferimento ad eventuali dichiarazioni che accompagnano la produzione della tecnologia. Quel che conta è il fatto che la finalità trovi riscontro nell'uso elusivo. Questo era il ragionamento svolto, nell'ambito della dottrina della responsabilità indiretta per violazioni del *copyright* della quale la tutela delle MTP è una (pur lontana) derivazione, dalla Corte Suprema statunitense in *Sony Betamax* del 1984 (32).

La norma parla di prevalenza o principale finalità elusiva, il che significa *a contrario* che se - per ipotesi - gli usi elusivi eguagliano quelli legittimi, la produzione deve essere considerata lecita.

D'altro canto, la norma non specifica se il criterio della prevalenza delle finalità e dunque degli usi attenga a parametri quantitativi (prevalenza del numero) o a parametri qualitativi (prevalenza sotto il profilo della rilevanza). Anche in questo caso un'interpretazione orientata alla conseguenze ed assistita dalla comparazione può aiutare a giungere alla soluzione corretta.

La norma va interpretata nel senso di evitare che la sua applicazione abbia effetti anticompetitivi. Il produttore che detiene fette significative del mercato (a monte) di apparecchi hardware non può mettere in atto pratiche che gli consentano, attraverso l'abuso del diritto d'autore, di elevare barriere sul mercato (a valle) del software (opera dell'ingegno) interoperabile con il medesimo apparecchio. Una pratica di questo genere danneggia la concorrenza e lo sviluppo tecnologico dei due mercati collegati.

La ricostruzione attenta della dottrina della *contributory liability* da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti ha permesso lo sviluppo competitivo del mercato dei videoregistratori e la diffusione degli stessi apparecchi.

Rileggendo a distanza di più di vent'anni la motivazione di quella famosa sentenza si comprende perché la corte abbia affermato: "[p]er risolvere la questione non è necessario esplorare tutti i potenziali [!] usi della macchina e determinare se essi possano o no costituire una trasgressione. Piuttosto bisogna solo considerare se sulla base dei fatti accertati dalla Corte distrettuale un numero significativo di detti usi possa essere non illegale. Inoltre

al fine di risolvere questo caso non è necessario dare una precisa quantificazione dell'ammontare dell'uso commercialmente significativo, perché un uso potenziale del Betamax chiaramente soddisfa questo modello, comunque lo si intenda: il *time-shifting* (TS) domestico per uso privato".

Senza dubbio la tutela delle MTP ha dissennatamente modificato lo standard Sony Betamax parlando di prevalenza della finalità elusiva. Ma alcuni passaggi del ragionamento di Justice Stevens (33) - l'estensore dell'*opinion* di maggioranza in Sony Betamax - conservano intatta la loro pregnanza. Dire che non si possono esplorare tutti gli usi potenziali di una macchina e che basta un solo uso potenziale a salvare il produttore della tecnologia equivale ad affermare che il parametro quantitativo riveste un'importanza relativa.

Tornando all'attuale contesto italiano, la lezione di Sony Betamax può risultare utile nel giudicare la sussistenza o meno della prevalente finalità elusiva.

Degli usi dei *modchips* discussi nelle pronunce bolzantine ve ne è uno che ha maggiore rilevanza degli altri. Si tratta della possibilità di utilizzare la Playstation come un vero proprio computer - con buona pace dell'"etichetta doganale" affibbiata dalla pronuncia del Tribunale di primo grado CE citata dalla sentenza in epigrafe -, aggirando le limitazioni di funzionalità predeterminata dalla casa di produzione. Questo uso (o se si preferisce, questa finalità) del *modchip* è sicuramente prevalente rispetto ai potenziali usi in violazione del diritto d'autore, poiché abilita l'apparecchio ad una serie infinita - e dunque rilevante anche sul piano del parametro quantitativo - di usi (potenziali) legittimi quali possono essere gli usi di un computer. D'altra parte, tra questi usi legittimi figura la possibilità di far funzionare videogiochi per Playstation prodotti da case diverse dalla Sony, possibilità che costituisce la premessa per aprire il mercato a valle della produzione della console.

A fronte di questo uso pienamente legittimo e degli altri (infiniti) che ne derivano, possono forse riscontrarsi alcuni usi in violazione del diritto d'autore (34), ma tanto non basterebbe a far scattare la sanzione penale.

Note:

(31) Caso, "Modchips" e diritto d'autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, cit., 23 ss. della versione in linea.

(32) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984), riprodotta in traduzione italiana in Foro it., 1984, IV, 351, con nota di G. Pascuzzi, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla «Supreme Court»*.

(33) Non a caso Justice Stevens ha una formazione antitrust (lo ricorda P. Samuelson, *The Generativity of Sony v. Universal: The Intellectual Legacy of Justice Stevens*, 74 *Fordham Law Review* 1831 (2006), disponibile su SSRN all'URL: <http://ssrn.com/abstract=925127>

(34) Per una discussione degli altri possibili usi v. Ferrari, *L'incerto cammino della tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: recenti orientamenti in materia di modifica di consoles per videogiochi*, cit., il quale, a proposito della disabilitazione della funzione dei codici regionali, sottolinea che "la modifica delle consoles permetterebbe la lettura di
(segue)

Un'interpretazione come quella avanzata si pone in sintonia con il citato "considerando" n. 48 della dir. 29/2001 e consente inoltre di riavvicinare l'art. 171 *ter*, comma 1, lett. f) *bis* al più razionale art. 171 *bis*, comma 1, nonché di garantire una maggiore consonanza con il principio di legalità in materia penale (art. 14 disp. prel. c.c., e art. 1 c.p.) (35).

7. Conclusioni

La tutela legislativa delle MTP e delle informazioni sul regime dei diritti si sovrappone al *copyright* tradizionale alterandone la natura ed integrando una protezione differente.

Si tratta in buona sostanza di una delega ad ordinamenti privati dell'uso della forza tecnologica a fini di autotutela privata, che si regge su una disciplina di attività tecnologiche la quale ha necessariamente pesanti implicazioni sul piano della concorrenza nonché su quello della libertà di pensiero. Per certi versi, dunque, rappresenta un ritorno al passato, assomigliando (sotto questo aspetto) ai privilegi librari, gli antecedenti del diritto d'autore moderno concessi dai sovrani europei ai primi stampatori per l'esercizio in monopolio della propria attività. A differenza però dei privilegi librari che riguardavano solo la stampa, la tutela delle MTP è una regolamentazione di attività tecnologiche che affida all'incertezza di un criterio come quello della "prevalente finalità elusiva" il governo - nel nostro ordinamento, presidiato dal diritto penale - di più tecnologie poste alla base di mercati connessi ma differenti.

Gli effetti indesiderati dell'applicazione di queste norme possono essere gravissimi. Non a caso, oltre i nostri confini il vento legislativo e giurisprudenziale sembra girare verso un atteggiamento di maggiore diffidenza verso la tutela giuridica delle MTP. Ma in terra nostrana si respira un'aria stantia nella quale riprendono forma i fantasmi di un'epoca che pensavamo esserci lasciata definitivamente alle spalle.

Note:

(segue nota 34)

videogiochi originali, ma di importazione. Le case produttrici frazionano il mercato mondiale in aree geografiche di commercializzazione e, soprattutto, introducono sistemi di protezione tali per cui i videogiochi vengono letti dalla macchina solo se acquistati nella medesima 'area commerciale' in cui anche la macchina è stata acquistata. I *mod-chips* permetterebbero di aggirare questo artificioso frazionamento, rendendo possibile la lettura di tutti i videogiochi, a prescindere dalla loro provenienza. A questo argomento il giudice del gennaio 2005 oppone l'art. 17 della l. 633/41, il quale sancisce l'illiceità di importazioni di opere dell'ingegno da aree geografiche esterne alla Comunità Europea: da ciò discenderebbe che sulle console europee non possano essere 'fatti girare' che dischi europei. Il rilievo convince solo in parte. Il primo comma dell'art. 17 vieta sì l'importazione, ma solo quando essa abbia fini di distribuzione o di messa a disposizione al pubblico. Se io mi reco negli Stati Uniti e là acquisto un videogioco per uso personale, non mi si potrà certo opporre che lo introduco in Italia a fini di distribuzione o di messa a disposizione del pubblico; d'altro canto mi sarà impossibile leggere il disco acquistato oltreoceano proprio per le misure di protezione adottate dai produttori. La tesi per cui i *mod-chips* consentirebbero, legittimamente, di leggere dischi

prodotti in altre aree è, seppur parzialmente, fondata". L'autore inoltre rileva circa il diritto di effettuare una copia di riserva quanto segue: "[...] La realtà è che la norma di cui all'art. 71 *sexies* va letta nel suo complesso e, quindi, anche con riferimento al quarto comma. È qui che cominciano ad emergere i veri problemi: l'art. 71 *sexies* è una norma mal congegnata, i cui commi si contraddicono l'uno rispetto all'altro. La soluzione a questa sorta di cortocircuito non è semplice e tocca uno dei punti nevralgici che i DRM sottopongono alla riflessione giuridica. Ritenere che debbano comunque prevalere le misure di protezione rispetto ai diritti dell'acquirente significa rinunciare alla funzione regolativa e di bilanciamento dei diversi interessi in gioco che fino ad oggi il diritto d'autore ha svolto. Significa, in altri termini, affidare un mandato in bianco ai produttori di opere digitali perché, attraverso le misure di protezione, gestiscano come loro meglio agrada i contenuti delle opere. Il potere regolativo della legge finisce, così, per essere sostituito dal potere regolativo della tecnologia".

(35) Cfr., sia pure a proposito della diversa fattispecie della produzione di *splitty* per la distribuzione del segnale della TV satellitare su più televisori, la motivazione di Trib. Trento 3 maggio 2004, cit., nella quale si rileva che "la disposizione deve essere interpretata tenuto conto del principio di legalità, sulla base del suo chiaro tenore letterale, con esclusione di qualsiasi estensione analogica. Inoltre, ai fini della corretta determinazione dell'ambito applicativo della disposizione, deve considerarsi l'intenzione del legislatore 'attuativo' che, in assenza di elementi di segno contrario, deve ricostruirsi necessariamente con riferimento agli scopi e limiti della disciplina comunitaria come individuati nel preambolo della direttiva 2001/29/Ce. Sul piano dell'interpretazione letterale il dato rilevante è costituito dall'adozione del criterio della 'principale finalità di elusione' considerato nella sua oggettiva funzione, criterio chiarito nella sua portata dal punto 48 del preambolo il quale precisa che la protezione giuridica contro dispositivi e prodotti diretti all'elusione delle misure tecnologiche non dovrebbe comunque vietare i dispositivi o le attività che hanno 'finalità commerciale significativa' od una 'utilizzazione diversa dall'elusione' della protezione tecnica. Ne consegue che, laddove l'attrezzatura sia suscettibile di una utilizzazione diversa dalla elusione e cioè di una utilizzazione che non sia diretta a ledere il bene protetto dalla misura tecnologica, ovvero possa assumere una finalità commerciale significativa, la detenzione ai fini di commercializzazione non potrà considerarsi idonea ad integrare, neppure in astratto, gli estremi del reato, poiché l'attrezzatura non può essere definita quale prodotto realizzato con 'principale finalità di elusione' della misura tecnologica".

IL COMMENTO

di David Terracina

L'articolo ripercorre il cammino che ha condotto la III sezione penale della Corte di cassazione ad annullare con rinvio una pronuncia resa dalla Corte d'Appello di Trento in materia di modchip per la PS2 stabilendo, in primo luogo, che i videogiochi hanno natura di opere dell'ingegno multimediali e non, semplicemente, di programmi per elaboratore e riconoscendo, allo stesso tempo, alla PS2 natura di console per videogames e non di personal computer. Sulla base di tali assunti la Corte riteneva applicabile al caso di specie la disposizione di cui alla lett. f) bis dell'art. 171 ter LDA e non quella di cui all'art. 171 bis. Peraltro, sebbene la condotta posta in essere fosse anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 68/2003, con il quale si sono introdotte nella LDA le disposizioni di cui all'art. 102 quater e 171 ter, lett. f) bis, secondo la Corte di cassazione tali norme si sarebbero limitate semplicemente ad introdurre un elemento di chiarezza rispetto alla normativa previgente che, già riconosceva rilevanza penale alle condotte contestate. Nell'elaborato viene criticata preliminarmente sia la qualificazione della PS2 come semplice console e sia anche l'orientamento espresso dalla Suprema Corte in ordine alla successione di leggi nel tempo. Al di là di tali rilievi, l'aspetto sicuramente più problematico, e che desta le maggiori preoccupazioni, è rappresentato dalla contrarietà della fattispecie di cui alla lett. f bis dell'art. 171 ter LDA ai principi fondamentali del diritto penale, da cui dovrebbe derivare, quale conseguenza, l'illegittimità costituzionale della disposizione in esame.

1. Il fatto

Tizio veniva tratto a giudizio dinanzi al Tribunale di Bolzano per rispondere del reato di cui all'art. 171 ter LDA per avere detenuto per la vendita, nonché posto in commercio, dei c.d. "modchip", dispositivi elettronici destinati ad alterare il prodotto "Playstation2" (PS2) commercializzato dalla Sony, al fine di consentire la fruizione di videogiochi "masterizzati", operando attraverso un sito internet gestito dal medesimo soggetto.

In primo grado Tizio veniva condannato dal Tribunale di Bolzano il quale riteneva la sussistenza di una perfetta continuità tra l'iniziale contestazione, quella dell'ipotesi di reato di cui all'art. 171 ter, lett. d), LDA ed il reato previsto dalla lett. f) bis del medesimo art. 171 ter, introdotto nel corpo della l. 633/41 con il d.lgs. 68/2003. Contro tale decisione Tizio proponeva impugnazione che veniva accolta dalla Corte d'Appello di Trento, ritenendo che la disciplina contenuta nella citata lett. f) bis

fosse del tutto innovativa rispetto alla precedente, andando a sanzionare per la prima volta condotte come quelle addebitate al ricorrente, in passato prive di rilevanza penale. L'assunto della Corte d'Appello si basava sulla considerazione che la normativa introdotta nel 2003 si riferisse espressamente alla tutela delle console e delle playstations, colmando in tal modo un evidente vuoto normativo. Così, sarebbe solamente a seguito dell'introduzione nel corpo della LDA degli artt. 102 quater e della lett. f) bis dell'art. 171 ter che i videogiochi avrebbero perso la loro generica qualificazione di programmi per elaboratore per divenire una categoria a sé, con l'evidente conseguenza che quella introdotta dalla lett. f) bis costituirebbe un nuova incriminazione. Peraltro, secondo la Corte d'Appello, a tale conclusione si sarebbe dovuti giungere anche considerando che la lett. d) dell'art. 171 ter puniva le alterazioni dei soli "supporti" su cui l'opera tutelata risultava incisa o contenuta, e non anche le alterazioni apportate all'apparato che le opere può leggere ed utilizzare.

2. La pronuncia della Corte di cassazione

Avverso tale sentenza veniva proposto ricorso per Cassazione. La Suprema Corte sottolineava preliminarmente come i c.d. modchip permettessero all'utente di aggirare le protezioni poste dal fabbricante, consentendo all'apparato denominato PS2 di leggere ed utilizzare supporti non originali contenenti videogiochi tra cui, dunque, anche videogiochi illecitamente masterizzati, e qualificando tale condotta come reato ai sensi della lettera f) bis dell'art. 171 ter LDA.

A tale decisione la Suprema Corte giungeva a seguito di una complessa ricostruzione del quadro normativo cui ricollegare le condotte contestate all'imputato, così come si è andato evolvendo nel tempo, sul quale è opportuno soffermarsi.

Come già detto in precedenza, a Tizio veniva originariamente contestata la fattispecie di reato di cui all'art. 171 ter, lett. d), LDA con la quale veniva punito "chiunque produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo "sistemi atti ad eludere, decodificare o rimuovere" le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi". Allo stesso tempo, l'art. 171 bis LDA sanzionava la commercializzazione di "qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore". Con il d.lgs n. 68/2003, venivano apportate delle modifiche significative alla suddetta disciplina, riducendo l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 171 ter, lett. d) ai soli casi di tutela non riconducibili alla previsione dei mezzi di protezione di cui all'art. 102 quater

LDA, ed introducendo nel corpo della LDA la lett. *f bis* con la quale oggi si sanziona la condotta di chiunque, per fini non personali, ed a fine di lucro, “fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l’uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all’art. 102 *quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l’elusione di predette misure”. A sua volta, con il richiamato art. 102 *quater* si stabilisce che “i titolari di diritti d’autore e di diritti connessi... possono apporre sulle opere o sui materiali protetti “misure tecnologiche di protezione” efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti”. Al secondo comma si precisa che “le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l’uso dell’opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l’applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra informazione dell’opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l’obiettivo di protezione”.

La Corte di cassazione, nella sentenza in esame, richiamava poi anche il disposto dell’art. 71 *sexies* LDA, secondo il quale è consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, e nel rispetto delle misure di protezione previste dall’art. 102 *quater*.

La Corte di cassazione rilevava inoltre come non vi possa essere dubbio alcuno sul fatto che il nuovo art. 171 *ter* lett. *f) bis* LDA, punisca anche le alterazioni apportate agli apparati “al fine di accedere alla fruibilità di prodotti protetti”, e non solo ai supporti in cui l’opera dell’ingegno è incorporata.

Al fine di individuare la normativa di riferimento, la Corte si soffermava sull’incerta collocazione dei videogiochi tra le diverse opere dell’ingegno tutelate dalla legge sul diritto d’autore, per escludere decisamente che si tratti di semplici programmi per elaboratore, rientranti nella previsione di cui all’art. 171 *bis* LDA.

Citando la più recente giurisprudenza di legittimità, la Corte sottolineava, infatti, come i videogiochi sarebbero da ricondurre alla categoria dei “supporti” contenenti sequenze di immagini, rappresentando qualcosa di diverso e di più articolato rispetto ai programmi per elaboratore comunemente in commercio, pur non essendo riconducibili per intero ai supporti contenenti sequenze di immagini in movimento. Secondo la Suprema Corte, dunque, i videogiochi rientrerebbero a pieno titolo nella categoria delle *opere multimediali*, già meritevoli di tu-

tela secondo la disposizione di cui all’art. 171 *ter* lett. *d)* LDA vigente all’epoca dei fatti contestati e non, dunque, secondo quella di cui all’art. 171 *bis*.

La Corte si soffermava, infine, sulla natura della PS2 qualificandola come *console* per videogiochi, anche se dotata di un sistema operativo e di una possibilità di utilizzo e di espansione che l’avvicinano molto alla funzionalità di un *personal computer*. Tuttavia, però, rilevava la Cassazione, vi sarebbero alcuni indicatori, come, ad esempio, la mancanza del *monitor*, della tastiera e del *mouse*, che ne lascerebbero intendere, per l’appunto, la natura di *console* e non di *personal computer*, anche in considerazione del modo in cui la PS2 viene importata, venduta e presentata al pubblico e per la maniera in cui è configurata, come dimostrato dagli stessi documenti che accompagnano il prodotto.

Ebbene, secondo la Corte, con la lett. *f bis)* LDA si sarebbe inteso introdurre solamente un elemento di chiarezza rispetto ad una normativa precedente, quale quella di cui alla lett. *d)*, che poteva prestarsi ad una lettura non più al passo con l’evoluzione tecnologica, ma che, però, non costituisce affatto una nuova fattispecie incriminatrice. Secondo un simile ragionamento, non può in alcun modo sostenersi che prima dell’introduzione nel corpo della LDA della lett. *f bis)*, non esistesse alcuna fattispecie che incriminasse delle condotte quali quelle oggetto del presente giudizio, trovando la stessa già espressa previsione nell’originaria disposizione di cui all’art. 171 *ter*, lett. *d)* LDA.

3. Le problematiche

La pronuncia resa dalla Corte di cassazione presenta, dunque, numerosi elementi di complessità. Le problematiche sono, infatti, molteplici e strettamente collegate tra loro. Per una più razionale trattazione della materia conviene, allora, procedere con ordine, seguendo lo stesso filo logico che ha condotta la Suprema Corte alla decisione in esame.

3.1. I videogiochi come opera multimediale

In via preliminare occorre soffermarsi sulla delicata questione relativa all’inquadramento dei videogiochi tra le opere dell’ingegno. Occorre cioè stabilire se i videogiochi debbano effettivamente essere ricompresi nella categoria delle opere multimediali, così come stabilito dalla Corte di cassazione, ovvero nella categoria dei programmi per elaboratore. La questione non è priva di rilievo, dal momento che se si inquadrano i videogiochi tra le opere multimediali, agli stessi sarà applicabile la disciplina dettata dagli artt. 102 *quater* e 171 *ter* LDA, con tutti i problemi relativi alla successione di leggi nel tempo cui si è accennato in precedenza.

Al contrario, laddove si volesse riconoscere ai videogiochi la natura di programmi per elaboratore, verrebbero assoggettati a quanto previsto dall’art. 171 *bis* LDA che, come noto, non riconosce rilevanza penale a condotte quali quelle oggetto delle presenti riflessioni.

La questione sembrerebbe, comunque, essere ormai pacificamente risolta, dal momento che, sia in dottrina che in giurisprudenza, è ritenuto eccessivamente riduttivo catalogare i videogiochi tra i programmi per elaboratore. D'altra parte, anche la stessa Corte d'Appello di Trento che aveva optato per l'ipotesi assolutoria, aveva comunque ritenuto di dover ricondurre i videogiochi nell'ambito di operatività dell'art. 171 *ter* e non dell'art. 171 *bis* LDA (1).

3.2. La PS2, console o pc?

La Corte di cassazione si è poi soffermata sulla PS2 riconoscendole la natura di *console* per videogiochi, piuttosto che quella di *personal computer*. Se, però, l'inquadramento dei videogiochi tra le opere multimediali può ritenersi condivisibile, altrettanto non può dirsi in ordine alle riflessioni maturate dalla Corte sulla natura della PS2. Così come, infatti, la Corte giudicava riduttiva la qualificazione dei videogiochi quali semplici programmi per elaboratore, parimenti riduttiva sembra anche la collocazione della PS2 nella categoria delle *console*. Vero è, come sottolineato, che la PS2 viene venduta priva di tastiera, di *mouse* e di *monitor* ma, a ragionare bene, qual è quel PC che viene venduto completo di tutti gli accessori? Quantomeno il *monitor*, infatti, deve sempre essere acquistato a parte. Oltre a ciò, sarebbe bastata una rapida consultazione del sito *Internet* ufficiale della PS2 (www.playstation.com), dove il prodotto è esplicitamente presentato non come "una semplice console: ma è una piattaforma multimediale che ti permette di giocare ai tuoi titoli preferiti, guardare film, e ascoltare musica. La PS2 soddisfa tutte le tue esigenze". È la stessa Sony a presentare il prodotto commercializzato come una piattaforma multimediale. Torna, dunque, quello stesso concetto di multimedialità a cui la Corte di cassazione era ricorsa per l'inquadramento dei videogiochi tra le opere dell'ingegno protette dalla LDA.

Peccato, però, che per sfruttare a pieno tutte le potenzialità della PS2 occorranza alcuni "piccoli ritocchi". Altrimenti si rischia di provare la stessa sensazione che proverebbe un appassionato di automobili che, acquistata una Ferrari, fosse costretto ad usarla con un meccanismo che limitasse i giri del motore! Al di là della metafora forse un po' forzata (anche se il prezzo della PS2 si avvicina a quello di una Ferrari!), tale circostanza non è priva di rilevanza penale. Le misure poste a protezione della PS2, infatti, non impediscono solo che nella *console* possano essere utilizzate opere riprodotte in violazione della LDA, ma limitano di molto le possibilità di sfruttare a pieno tutte le sue diverse potenzialità. Ed è paradossale che ciò venga riconosciuto anche dalla stessa Corte di cassazione nella sentenza in commento, sottolineando come "non è questa le sede per affrontare la questione dei diritti digitali (DRM), ma la Corte non può esimersi dal sottolineare la delicatezza dei temi coinvolti dall'esigenza di assicurare tutela alle opere dell'ingegno in un contesto in cui i titolari dell'opera e dei suoi diritti

possono sommare la qualità di titolari esclusivi anche degli strumenti tecnologici indispensabili all'utente per fruire del prodotto, con il rischio, a tutti evidente, della creazione di limitazione dei diritti dell'individuo e del consumatore potenzialmente sproporzionata". Aggiunge, inoltre, la Corte come "meriterebbero ulteriore attenzione i rischi di posizione dominante o di compressione della concorrenza derivanti dall'obbligo di acquistare unicamente specifici apparati (dal costo rilevante) che viene imposto al consumatore che intenda utilizzare un'opera di ingegno contenuta in un supporto che necessita di quel tipo di apparato per poter essere finita e consumata" (2). Ciononostante, si ritiene che tali rischi non possano in alcun modo influenzare il giudizio sulla liceità o meno di condotte che comportino la violazione delle misure di sicurezza poste a protezione del diritto d'autore nel settore dei prodotti digitali, rischi che, come esplicitamente riconosciuto in sentenza, dovranno trovare opportune risposte in altre sedi istituzionali. Come dire, lo stato attuale della normativa presenta delle criticità sulle quali sarebbe bene che il legislatore mettesse mano, soprattutto in relazione ad ingiustificate limitazioni dei diritti dell'individuo, nonché del rischio di compressione della concorrenza, ma ciò non può esimere la Corte dall'applicazione del diritto positivo. In realtà, sfugge il senso di simili affermazioni contenute nell'*obiter dictum* della sentenza, di incisi come quelli poc'anzi citati che non hanno alcun effetto se non quello di dimostrare al lettore che la Corte ha piena contezza di tutte le problematiche inerenti alla materia trattata, ma che, però, allo stesso tempo, ha le mani legate da un legislatore a dir poco parziale. Ma è proprio vero, poi, che la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, abbia effettivamente le mani legate da una normativa che sembrerebbe non lasciare spazio ad interpretazioni differenti rispetto a quella proposta dalla Suprema Corte nella sentenza che si annota? La risposta, come si dimostrerà qui di seguito, è, ovviamente, negativa. D'altra parte, la prova di ciò è rappresentata proprio dalla sentenza resa dalla Corte d'Appello di Trento e riformata dalla Cassazione con la decisione oggetto del presente commento.

3.3. La successione di leggi nel tempo

A questo punto si innesta il discorso relativo alla successione di leggi nel tempo. In relazione a tale pro-

Note:

(1) In passato si era già espressa in senso conforme la Corte di cassazione, evidenziando come i videogiochi fossero essenzialmente costituiti da sequenze di immagini in movimento (Cass. pen., sez. III, 6 maggio 1999, n. 1716 in *Foro it.*, 1999, II, 716). Di diverso avviso era, invece, il Tribunale di Bolzano che, con sentenza del 20 dicembre 2005, stabiliva che "i prodotti informatici per console, vale a dire i videogiochi, vanno considerati a tutti gli effetti software" (Trib. Bolzano, 20 dicembre 2005, in *Foro it.*, 2006, II, 398).

(2) Estremamente interessanti appaiono, in proposito le riflessioni fatte da Ricolfi, *Diritto ed abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, 4-5, 149 ss.

blematica, la Corte di cassazione, così come, peraltro, anche la stessa Corte d'Appello di Trento, evidenziava come non vi sia alcun dubbio sul fatto che sia l'art. 102 *quater*, sia anche l'art. 171 *ter*, lett. f) *bis* LDA, oggi in vigore, siano stati pensati appositamente proprio per gli strumenti posti a "tutela delle *console* e delle *playstations*". Occorre, allora, verificare se lo stesso possa dirsi anche in relazione alla normativa precedentemente in vigore, vale a dire al dispositivo dell'art. 171 *ter* lett. d), così come originariamente concepito con l. 248/2000. Occorre chiedersi, cioè, se le nuove disposizioni introdotte nella LDA con il d.lgs. n. 68/2003 abbiano l'effetto di meglio precisare quanto già disposto in materia dalla disciplina precedente, ovvero di ampliare la portata applicativa di tale disciplina estendendola anche a situazioni dalla stessa non contemplate.

Come si diceva in precedenza, prima della novella del 2003, con l'art. 171 *ter*, lett. d), si sanzionavano tutte quelle condotte relative a sistemi atti ad eludere, decodificare o rimuovere le misure poste a protezione del diritto d'autore. L'attuale art. 171 *ter*, lett. f) *bis*), fa, invece espresso riferimento all'art. 102 *quater*. È allora necessario interrogarsi sulla funzione di tale ultima disposizione, se si tratti, cioè, di una norma meramente ricognitiva di diritti già esistenti e spettanti ai titolari dei diritti d'autore, ovvero di una norma costitutiva di diritti del tutto nuovi. Ebbene, in considerazione della funzione fortemente limitativa dei diritti di libertà svolta dalla disposizione di cui all'art. 102 *quater*, come non ve ne sono altre nella LDA, tanto da portare la stessa Corte di cassazione a dubitare sulla sua legittimità, non sembra possano esservi dubbi sul fatto che si tratti di una norma di carattere eccezionale mediante la quale, più che riconoscere diritti già consolidatisi altrove, se ne prevedano di nuovi e particolarmente circoscritti. È solo grazie alla previsione dell'art. 102 *quater*, in buona sostanza, che il titolare del diritto d'autore può comprimere in maniera particolarmente invasiva i diritti altrui per tutelare i propri.

E la particolare natura costitutiva della disposizione in esame è dimostrata anche dall'ultimo comma dello stesso art. 102 *quater* con il quale si prevede che "resta salva l'applicazione delle disposizioni relative ai programmi per elaboratore di cui al capo IV sezione VI del titolo I". Da ciò si deduce che è proprio tale ultima disposizione richiamata a rappresentare la regola generale derogata dall'art. 102 *quater*. In relazione ai programmi per elaboratore la LDA dispone, infatti, che "non sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti le attività indicate nell'art. 64 *bis*, lett. a) e b), allorché tali attività sono necessarie per l'uso del programma per elaboratore conformemente alla sua destinazione da parte del legittimo acquirente", oppure, qualora la riproduzione del codice del programma o la sua traduzione in qualsiasi forma siano "indispensabili per ottenere le informazioni necessarie che tali attività risultino indispensabili per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'inte-

roperabilità, con altri programmi". La regola generale sembrerebbe essere, dunque, quella dell'esistenza di un limite al diritto d'autore o ai diritti connessi, tutte le volte in cui sia necessario garantire il pieno godimento dell'opera dell'ingegno legittimamente acquistata.

Fatto sta che, comunque, dal 2003 in poi il titolare dei diritti d'autore e dei diritti connessi può apporre sulle opere delle misure tecnologiche di protezione in modo tale che l'uso delle stesse possa venire limitato mediante meccanismi di controllo delle copie medesime. Ed è proprio il caso, questo, della PS2.

Ebbene, tutto ciò era permesso anche prima del d.lgs. n. 68/2003 oppure no? Quella formula così generica rappresentata dal richiamo a "misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi" prevista dall'art. 171 *ter*, lett. d), LDA con la l. 248/2000, si può riferire anche alle attuali MTP e ai DRM?

La risposta, ad avviso di chi scrive, non può essere che negativa, proprio in virtù delle considerazioni appena svolte. Se così non fosse, d'altra parte, non si comprenderebbe il senso della riformulazione dell'art. 171 *ter* LDA, con l'aggiunta della lett. f) *bis*), se non proprio per la necessità di estendere l'ambito di applicazione della fattispecie alle nuove forme di protezione del diritto d'autore previste dall'art. 102 *quater*. In caso contrario, anche con l'introduzione della stessa disposizione di cui all'art. 102 *quater*, non ci sarebbe stato alcun bisogno di modificare il disposto dell'art. 171 *ter*.

4. Alcuni spunti ulteriori

Le riflessioni che precedono non esauriscono tutte le problematiche collegate alla pronuncia della Corte di cassazione in esame. Al di là, infatti, del caso specifico giudicato dalla Corte, e della diversa chiave di lettura suggerita nel presente commento, vi sono ulteriori spunti di riflessioni sui quali ci si vuole brevemente soffermare. Contrariamente a quanto sostenuto dalla stessa Corte di cassazione e riportato in precedenza, non è vero che la LDA non lasci spazio ad interpretazioni alternative che riescano a garantire un rapporto più equilibrato tra il diritto degli autori e quello dei fruitori delle opere dell'ingegno. L'inciso inserito dalla Suprema Corte in sentenza sembrerebbe, infatti, essere dettato più dalla necessità di "tacitare la propria coscienza" per non aver intrapreso un percorso interpretativo più coraggioso, ma anche più impopolare, piuttosto che non da un'autentica riflessione sulla problematica, al di là dei profili giuridici strettamente necessari per la risoluzione del caso prospettato. La Corte di cassazione ha, infatti, perso una preziosa occasione per compiere una valutazione ben più ampia e ponderata della materia trattata, che permettesse un bilanciamento equilibrato tra tutti gli interessi in gioco e, soprattutto, riconducesse il discorso nell'alveo della grammatica del diritto penale. E quest'ultimo rimprovero andrebbe, in realtà, mosso a tutta la giurisprudenza che si è occupata delle condotte legate ai *modchip*, sia riconoscendo ad esse rilevanza penale, sia negandola.

A prescindere, infatti, dall'apprezzabilità o meno delle conclusioni cui si è giunti, è il metodo seguito ad essere del tutto errato. Ci si è abbandonati, infatti, al più arido tecnicismo, dove l'interpretazione delle fattispecie diventa un mero esercizio di stile, dimenticando, forse, che ci si occupa della responsabilità penale di individui in carne ed ossa. In questa prospettiva, la "soluzione" corretta o sbagliata del quesito giuridico posto diviene un dettaglio secondario e quasi insignificante, ciò che conta è il ragionamento che viene esplicitato in un linguaggio autoreferenziale, comprensibile solamente agli addetti ai lavori e del tutto incomprensibile ai destinatari delle norme o ad una buona parte di essi. Come se l'interprete operasse in una sorta di laboratorio asettico, avendo a disposizione un numero pressoché illimitato di cavie sulle quali condurre *ad libitum* degli esperimenti.

Ma procediamo con ordine.

4.1. I *modchip*

In primo luogo rimaniamo anche noi ancora per un po' nel terreno del mero tecnicismo, occupandoci dei *modchip*, per poi tentare alcune riflessioni di carattere più generale.

In relazione ai *modchip* v'è da dire, come già sottolineato in precedenza, che con tali sistemi non solo si permette alla *console* di utilizzare qualsiasi tipo di supporto, ma anche di espandere a pieno le sue potenzialità e divenire, in tal modo, un vero e proprio pc. A dispetto di ciò, e contrariamente a quanto fatto in passato da una parte della giurisprudenza, nella sentenza in esame la Corte di cassazione non si è soffermata su quale sia la "prevalente finalità" dei *modchip* così come, invece, richiesto dall'art. 171 *ter*, lett. f *bis*) LDA, valutando in concreto se siano, cioè, destinati in prevalenza ad eludere le misure di cui all'art. 102 *quater* LDA, ovvero ad altre finalità (3). In realtà, infatti, le modifiche alla PS2 permettono alla *console* di avviare ed eseguire copie di giochi originali e giochi masterizzati, così come anche la visualizzazione di filmati in formato DivX, di foto in formato JPEG, nonché l'ascolto di *file* in formato MP3. Attraverso le modifiche, dunque, la PS2 diventa sicuramente più simile ad un PC che non ad una semplice *console*.

Non è detto che le modifiche della PS2 siano dettate necessariamente dalla finalità di poter utilizzare opere dell'ingegno illecitamente masterizzate. In primo luogo, infatti, il proprietario della PS2 potrebbe avere tutto l'interesse a crearsi una copia privata dell'opera acquistata lecitamente per evitare che la stessa si possa danneggiare. Senza le modifiche realizzate per il tramite dei *modchip*, ciò non sarebbe, però, possibile. A tale proposito occorre rilevare come l'art. 71 *sexies* LDA, richiamato peraltro anche dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento, stabilisce che "è consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e

senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'art. 102 *quater*". Ciò significa, in tutta evidenza, che è possibile crearsi una copia dell'opera acquistata purché non vengano violate le misure tecnologiche poste a protezione della stessa. Ebbene, nel caso delle modifiche della PS2 per il tramite dei *modchip*, la violazione delle misure di cui all'art. 102 *quater* non è finalizzata alla riproduzione delle opere, ma alla fruibilità delle stesse una volta riprodotte (4). D'altra parte, la riproduzione delle opere assume rilevanza penale ai sensi dell'art. 171 *ter* LDA solamente se effettuata per uso non personale e con fini di lucro. Ciò vuol dire che non costituisce reato non solo la condotta del soggetto che masterizzi l'opera acquistata per porsi al riparo da un qualsiasi deterioramento dovuto all'uso, ma anche quella di chi si faccia masterizzare l'opera da un amico.

Vi è poi un ulteriore aspetto da tenere in considerazione. Attualmente, infatti, il mercato mondiale dei *dvd* è suddiviso in aree di modo che la *console* acquistata in una determinata area potrà supportare solamente *dvd* acquistati nell'area medesima. E, ancora, spesso le *console* non supportano *dvd* di altre marche. Tutto ciò comporta sia un'evidente distorsione della concorrenza, sia una lesione dei diritti dei consumatori i quali non saranno liberi di reperire i supporti in mercati che praticano prezzi più vantaggiosi e, soprattutto, non saranno liberi di realizzare copie di riserva di quanto legittimamente acquistato. Oltre a ciò, se per ragioni di carattere culturale si volessero acquistare dei prodotti presenti solamente in una determinata area di mercato ciò non sarebbe comunque possibile.

Ecco che, allora, i *modchip* permettono all'acquirente della *console* di sfruttare a pieno tutte le potenzialità di un prodotto autolimitato e che solamente una minima parte risulterebbero illecite. Da ciò risulta che mancherebbe quella "prevalente finalità" illecita cui fa riferimento l'art. 171 *ter*, lett. f *bis*), LDA.

4.2. Riflessioni di carattere generale. L'abbandono delle categorie penalistiche

Come anticipato in precedenza, la Corte di cassazione ha sprecato un'importante occasione per porre fine ad una situazione di grande incertezza creata in parte dalle pronunce oscillanti della giurisprudenza di merito,

Note:

(3) Così, in passato, la giurisprudenza di merito aveva stabilito che "non costituisce reato ai sensi dell'art. 171 *ter*, comma I, lett. f) *bis*, LDA la detenzione ed il commercio di *console* da videogiochi modificate e di "*modchip*", poiché tali prodotti non risultano essere destinati, in via prevalente o, principale, alla elusione delle protezioni previste e consentite dall'art. 102 *quater* LDA", (Trib. Bolzano, 31 dicembre 2003, in *Foro it.*, II, 259).

(4) Si vedano, in proposito, le osservazioni di Rabazzi, *Modchip e console per videogiochi modificate: strumenti illegali o utili mezzi per potenziare e sfruttare in maniera lecita un'opera dell'ingegno*, in *Giur. merito*, 2006, 7-8, 1750 ss.

ed in parte da una dottrina morbosamente attaccata al dato normativo, al particolare tecnico, trascurando problemi ben più importanti di carattere generale.

A ben vedere, però, in relazione alla tematica che ci occupa, il problema principale è essenzialmente uno: l'uscita di scena del diritto penale. Non solamente in materia di tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi, ma nella legislazione speciale in generale, un dato piuttosto comune è che al diritto penale sia riservata una funzione meramente sanzionatoria di illeciti già previsti come tali dal diritto civile o dal diritto amministrativo. In tal modo, la fattispecie penale diviene una sorta di doppiione di illeciti di altra natura con buona pace di uno dei suoi principi fondamentali quale quello di autonomia (5). Conseguenza di ciò è che l'illecito, pur rimanendo formalmente penale e mantenendo le sue sanzioni tipiche, si svuota delle sue categorie e caratteristiche fondamentali per assumere quelle di altri tipi di illecito da cui, però, differisce non solo per funzione, ma anche a livello strutturale (6).

Con riferimento, poi, alle fattispecie di reato contenute all'interno della LDA e, in particolare, con riferimento alla fattispecie in esame di cui all'art. 171 *ter*, lett. *f bis*) LDA, è del tutto evidente come l'illecito penale risulti carente di uno dei principi fondamentali che lo sorreggono, vale a dire il principio di tassatività e di sufficiente determinatezza (7). E la mancanza di tassatività, come noto, deve avere quale conseguenza la dichiarazione di incostituzionalità della norma perché in contrasto con l'art. 25, comma II, Cost.

Il principio di tassatività opera con tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, siano essi naturalistici o normativi. Ebbene, in relazione alla fattispecie di reato di cui all'art. 171 *ter* lett. *f bis*) LDA, sono molteplici gli aspetti di incertezza che lasciano dubitare sulla legittimità costituzionale della disposizione in esame. In primo luogo l'incertezza riguarda la stessa inquadrabilità dei videogiochi tra le opere multimediali piuttosto che non tra i programmi per elaboratore. L'oscillante giurisprudenza sul punto appare piuttosto significativa (8).

Vi è poi l'incertezza relativa al fatto se le misure di protezione apposte non solo sui supporti contenenti le opere dell'ingegno, ma anche sui prodotti per il tramite dei quali si può fruire di dette opere, rientrano o meno nella vaga e generica previsione di cui all'art. 102 *quater* LDA. Previsione richiamata espressamente dall'art. 171 *ter*, ma di certo troppo generica per soddisfare quei criteri di certezza tipici della fattispecie penale.

Ultimo momento di incertezza è, infine, rappresentato dalla difficoltà nel determinare quando si possa parlare di prevalente finalità illecita, così come richiesto dalla lett. *f bis*) dell'art. 171 *ter* LDA.

Orbene, l'oscurità del dato normativo avrebbe dovuto indurre non solo la Corte di cassazione, ma anche i giudici di merito, ad una riflessione sull'adeguatezza dell'attuale e della passata normativa a regolare la materia della tutela penale del diritto d'autore e dei diritti con-

nessi che, ricordiamo, anche se collocata all'interno della LDA è, comunque, diritto penale a tutti gli effetti e ne deve, dunque, rispettare i principi fondamentali.

Oltre a ciò, nel caso di specie ad una sentenza assolutoria si sarebbe potuti pervenire seguendo i principi dettati in materia penale dalla Corte costituzionale con la storica sentenza 364/1988 (9). Ricordiamo, infatti, come la Corte abbia riconosciuto rilevanza all'*error iuris* qualora questo risultasse inevitabile ed individuando proprio nell'oscurità del dato normativo e nell'oscillazione delle pronunce giurisprudenziali due delle circostanze di tale inevitabilità.

La dottrina più moderna ha ricondotto l'inevitabilità dell'errore di diritto tra gli elementi costitutivi della colpevolezza (10) e ciò in considerazione del fatto che, in una concezione normativa di colpevolezza, nessun giudizio di rimprovero può essere mosso nei confronti di un soggetto che non sia stato posto dallo stesso ordinamento che avanza nei suoi confronti delle pretese punitive nella condizione di poter conoscere il contenuto della prescrizione penale.

Vi è, infine, un ulteriore profilo che è stato trascurato in generale da dottrina e giurisprudenza. In relazione alle fattispecie poste a tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi manca, infatti, totalmente qualsiasi riflessione sulla natura giuridica del bene tutelato. Ebbene, tale riflessione avrebbe facilmente condotto ad individuare tale bene, come fatto in altri ordinamenti tra i quali la Spagna, nel patrimonio.

Questo fatto non è privo di rilevanza. Non ci si vuole dilungare per l'ennesima volta sul ruolo svolto dal bene giuridico in diritto penale (11) ma, in relazione alle fattispecie di reato previste dalla LDA, occorre soffermarsi sulle conseguenze dell'aver individuato tale bene nel patrimonio.

Note:

(5) Per un'analisi del principio di autonomia in diritto penale si veda Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed. Zanichelli, Bologna, 2006, 35 ss.

(6) Si veda, per tutti, Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 49 ss. e 124 ss.

(7) Fiandaca, Musco, *cit.*, 66 ss.

(8) Le difficoltà di collocazione sono evidenziate da Chimienti, *I videogiochi sono opera dell'ingegno tutelata dalla legge sul diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 1, 29 ss. Problematica appare anche la definizione di opera multimediale, così come evidenziato da Cunegatti, *La tutela delle opere multimediali in Italia nell'ambito della disciplina sul diritto d'autore*, in *Riv. inf. e informazione*, 1998, 2, 453 ss.

(9) Si veda in proposito Pulitanò, *Un sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.

(10) Fiandaca, Musco, *cit.*, 357 ss.

(11) In relazione a tale problematica si rinvia pertanto a Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, oltre che, ovviamente a Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973. Per quanto riguarda in modo particolare i reati in materia di diritto d'autore mi sia consentito un rinvio al mio *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Torino, 2006, 77 ss.

Dando un rapido sguardo alla disposizione di cui all'art. 171 *ter* LDA appare subito evidente come si tratti di una fattispecie a più norme tutte equiparate dalla medesima sanzione. Ciò, in teoria, dovrebbe significare, in tutta evidenza, che le diverse norme che compongono la disposizione in esame siano caratterizzate dal medesimo disvalore penale. Ebbene, non è così. Da una rapida lettura della disposizione appare subito evidente come si tratti di un coacervo di condotte incriminate alcune di danno, altre di pericolo, alcune di evento ed altre di mera condotta, tutte indistintamente fatte confluire in un *monstrum* giuridico di difficile lettura. Per quel che concerne in maniera più specifica la fattispecie di cui alla lett. *f bis*) dell'art. 171 *ter* LDA non v'è dubbio che si tratti di un reato di pericolo e, in particolare, di un reato avente natura ostativa con il quale si vanno a colpire condotte meramente prodromiche alla lesione del bene tutelato (12), assimilabile, ad esempio, restando in materia di delitti contro il patrimonio, alla contravvenzione di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli di cui all'art. 707 c.p. Al di là delle problematiche legate in generale ai c.d. reati ostativi ed alla loro ammissibilità in relazione al bene del patrimonio (13), ciò che lascia perplessi è che mentre la disposizione di cui all'art. 707 c.p. ha natura contravvenzionale ed è punita con l'arresto da sei mesi a due anni, l'ipotesi delittuosa di cui alla lett. *f bis*) dell'art. 171 *ter* LDA è punita con la reclusione da sei mesi a tre anni, oltre che con pena pecuniaria. Ebbene, una simile disparità di trattamento non appare giustificata da una sostanziale differenza di disvalore e, anzi, scendendo nel dettaglio, si può facilmente notare come mentre la disposizione di cui all'art. 707 c.p. sembrerebbe compatibile con i principi di tassatività e di necessaria lesività, facendo riferimento a situazioni univoche e realmente sintomatiche, la struttura dell'art. 171 *ter*, lett. *f bis*) LDA appare del tutto generica ed indeterminata, presentando una gravissimo *deficit* di tassatività. Ma, ancora, ciò che sorprende in relazione alla fattispecie in esame è che non viene dato alcun rilievo all'eventuale utilizzo lecito effettivamente fatto delle "attrezzature, prodotti, componenti", mentre, invece, l'art. 707 c.p. prevede la possibilità da parte del soggetto incriminato di giustificare le ragioni del possesso delle chiavi alterate o del grimaldello. L'art. 171 *ter*, lett. *f bis*) LDA propone, quindi, una presunzione *iuris et de iure* insuperabile di pericolosità delle condotte contemplate, esprimendo un maggior rigore persino rispetto a quanto fatto dal legislatore del '30.

In conclusione, al di là della condivisibilità o meno delle interpretazioni date dalla giurisprudenza in generale su alcuni elementi di carattere tecnico che rappresentano degli elementi normativi della fattispecie di reato di cui all'art. 171 *ter*, lett. *f bis*) LDA, quali quelle sull'inquadramento dei videogiochi tra le opere dell'ingegno, sulla natura della PS2 e sui *modchip*, ciò che appare di gran lunga più allarmante è la contrarietà della fattispecie in esame a principi fondamentali del diritto penale

quali quello di *extrema ratio*, di necessaria lesività, di tassatività, nonché di autonomia, contrarietà che non solo avrebbe dovuto condurre la Corte di cassazione ad una sentenza assolutoria, ma avrebbe dovuto indurre la giurisprudenza tutta a riflettere sulla compatibilità della stessa fattispecie con il dettato costituzionale.

Note:

(12) In proposito, mi sia consentito un ulteriore richiamo a Terracina, *cit.*, 109 ss.

(13) In relazione alle problematiche legate ai reati ostativi si rimanda a Maugeri, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 434 ss. e 944 ss.

Gioco e scommesse

Scommesse on-line

Corte Costituzionale 13 luglio 2007, n. 284 - Pres. Bilè - Rel. Tesaurò

Gioco e scommesse - Reato di esercizio abusivo in assenza di licenza rilasciata dallo Stato italiano - Denunciata disparità di trattamento ai danni degli operatori economici stranieri, violazione del principio di libertà di iniziativa economica privata nonché contrasto con le norme comunitarie in materia di libertà di stabilimento e prestazione di servizi

(l. 13 dicembre 1989, n. 401 art. 4; R.D. 18 giugno 1931, n. 773 art. 88; Trattato CE artt. 43 e 49; Cost. artt. 3, 11 e 41)

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, in relazione all'art. 88 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, censurato, in riferimento agli artt. 3, 11 e 41 Cost., nella parte in cui sanziona penalmente l'esercizio in Italia dell'attività di scommessa da parte di chi sia privo di concessione, autorizzazione o licenza-

...*Omissis*...

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, in relazione all'art. 88 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, censurato, in riferimento agli artt. 3, 11 e 41 Cost., nella parte in cui sanziona penalmente l'esercizio in Italia dell'attività di scommessa da parte di chi sia privo di concessione, autorizzazione o licenza. Il rimettente dubita della compatibilità delle norme denunciate con i principi sanciti dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE in tema di libertà di stabilimento e prestazione di servizi: egli non ignora che nel sistema dei rapporti fra ordinamento interno e comunitario quale risulta dalla giurisprudenza di questa Corte le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno quando non abbia dubbi, come nel caso di specie, sull'esistenza del conflitto, ma esclude che gli sia consentita la disapplicazione delle norme censurate, stante la vincolatività dell'orientamento, consolidato nella giurisprudenza di legittimità, nel senso della sussistenza di esigenze di ordine pubblico a fondamento delle misure restrittive delle libertà comunitarie in esame. Tuttavia, l'asserita esistenza nell'ordinamento interno di un diritto vivente non vale a trasformare in questione di legittimità costituzionale una questione di compatibilità della legge nazionale con norme comunitarie provviste di effetto diretto. Non compete, pertanto, a questa Corte, ma al giudice comune, accertare, eventualmente avvalendosi dell'ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, configghino con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto. - Sul sistema dei rapporti fra diritto interno e comunitario v., citate, sentenze n. 170/1984, n. 317/1996, e ordinanza n. 267/1999. - Sulla immediata operatività negli ordinamenti interni delle statuizioni della Corte di giustizia, al pari delle norme

comunitarie cui ineriscono, v., citate, sentenze n. 113/1985 e n. 389/1989. - Sul fatto che la non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente dalla Corte costituzionale, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona v., citata, da ultimo, ordinanza n. 454/2006

... *Omissis*...

CASSAZIONE PENALE, Sez. III, 4 maggio 2007, n. 16928 - Pres. Teresi - Rel. Marini - PM Di Popolo - conforme - Ric. PG della Repubblica presso la Corte di Appello di Catania

Leggi penali speciali - Giochi e scommesse - Raccolta di scommesse non autorizzata per conto di società quotate con azioni anonime aventi sede in altro Stato membro - Regime concessorio e autorizzatorio - Incompatibilità con i principi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato Ce - Reato di cui all'art. 4 della legge 401/1989 - Configurabilità - Esclusione-Disapplicazione

(l. 13 dicembre 1989, n. 401 art. 4; R.D. 18 giugno 1931, n. 773 art. 88; Trattato CE artt. 43 e 49)

L'attività organizzata per l'accettazione, la raccolta e la gestione delle scommesse, effettuata per conto di società quotate aventi sede in altro Stato membro UE da soggetti esclusi dal rilascio delle autorizzazioni di cui all'art. 88 del TULPS per il solo fatto che l'attività venga svolta per conto di società con azionariato anonimo, e che per tale ragione non hanno potuto partecipare alle gare per l'attribuzione delle licenze sebbene in possesso delle necessarie autorizzazioni per la gestione organizzata di scommesse in altro Stato membro, non può integrare il reato di cui all'art. 4 della legge 13 febbraio 1989, n. 401, che conseguentemente va disapplicato, in quanto in contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato Ce.

La sentenza 6 marzo 2007 della Corte di Giustizia spinge il suo ragionamento, come abbiamo visto, fino a due conclusioni inequivocabili:

1.a Gli artt. 43 CE e 49 CE devono quindi essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, che esclude e per di più continua ad escludere dal settore dei giochi d'azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate sui mercati regolamentari (punto 64)

1.b Occorre quindi constatare che gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nelle cause principali, che impone una sanzione penale a soggetti quali gli imputati nelle cause principali per avere esercitato un'attività di scommesse in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le suddette autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro (punto 71)

2. A fronte di queste conclusioni non vi è dubbio che questa Corte non possa ulteriormente applicare ai casi come quello in esame il regime sanzionatorio stabilito dall'art. 4 della legge 401/1989 secondo l'interpretazione sopra esposta.

3. Per comprendere quali siano le conseguenze della sentenza 6/3/2007, P. e altri sulla disciplina sanzionatoria italiana occorre muovere dalla chiara affermazione che le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi non sono state compresse a causa dalla previsione di un regime concessorio in quanto tale. Tale regime, infatti, è sostenuto da ragioni di ordine pubblico e sociale e può essere compatibile con quelle libertà in quanto risulti rispondente ai principi di non discriminazione, di necessità e di proporzione.

4. A tale proposito questa Corte, in linea con le sue pre-

cedenti pronunce, considera che la "canalizzazione" delle scommesse su un numero chiuso di concessionari può rispondere a concrete e ragionevoli esigenze, quali l'assorbimento delle scommesse nel circuito legale, l'incentivazione degli scommettitori favorita dalla sicurezza che le società operanti possono offrire, la difesa da infiltrazioni criminali o abusi, l'agevolazione dei controlli preventivi e successivi. Del resto, come abbiamo detto, già la sentenza Gambelli (punti 61 e 62) ha affermato che costituiscono "motivi giustificati" di restrizione delle libertà tanto la "tutela del consumatore", quanto "la prevenzione della frode e dell'incitazione dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco" e "la necessità di prevenire turbative all'ordine sociale".

5. Secondo la Corte di Giustizia, ciò che rende contraria ai principi comunitari la normativa italiana in tema di concessione è rappresentato, piuttosto, dalle modalità con cui il regime concessorio è stato disciplinato e quindi attuato (...).

7. La non conformità del regime concessorio italiano (come vigente all'epoca dei fatti oggetto del presente giudizio) viene rilevata dalla Corte sotto un triplice profilo, caratterizzato da intensità diversa: a) la previsione di un numero di concessioni limitato, permanendo il dubbio ed un necessario ulteriore approfondimento rimesso, tuttavia, alle autorità italiane che un numero molto contenuto di concessioni comporti una inutile compressione delle libertà ricordate; b) la previsione di limiti ingiustificati alla partecipazione alla gara per l'aggiudicazione delle concessioni, così che le società quotate con azioni anonime furono escluse dal bando di gara del 1999, subendo una radicale quanto illegittima compressione delle libertà; c) la decisione dello Stato italiano, ancorché successiva alle prime sentenze della Corte di Giustizia e alla riforma introdotta con la legge finanziaria per l'anno 2003, di conservare il regime di monopolio in favore dei concessionari pubblici e, soprattutto, di prorogare le concessioni già

attribuite, così scegliendo in modo consapevole di aprire la strada alla possibilità che la situazione di contrasto con l'ordinamento comunitario si protraesse per alcuni anni ancora. (...)

9. Quanto al regime autorizzatorio di polizia, che più direttamente ha come obiettivo non ingiustificate cautele contro fenomeni criminali o di frode, la Corte afferma che non si tratta di regime incompatibile con quello comunitario, ad eccezione della parte in cui, subordinando il rilascio della autorizzazione o licenza al previo ottenimento della concessione, porta ad ulteriori conseguenze le ingiustificate limitazioni derivanti dal regime concessorio, ed in particolare preclude alle società quotate di porre rimedio alla esclusione dal mercato italiano attraverso l'apertura di punti di raccolta dati gestiti da persone domiciliate in Italia.

10. Se questi sono i presupposti della decisione della Corte di Giustizia, occorre concludere che l'attuale regime della gestione delle attività di giochi e scommesse, in vigore all'epoca dei fatti contestati nel presente procedimento, non può essere ulteriormente applicato dal giudice italiano, con le conseguenze che vedremo sul piano sanzionatorio, ma solo nella parte in cui prevede limiti alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi che la sentenza 6/3/2007, P. e altri ha ritenuto ingiustificati.

11. È fuori dubbio che limiti ingiustificati sono esistenti nei confronti delle società quotate che hanno sede nei Paesi membri e che non hanno potuto partecipare alle gare per l'attribuzione delle licenze sebbene fossero in possesso delle necessarie forme di autorizzazione che il Paese ove sono stabilite richiede per la gestione organizzata di scommesse in ambito nazionale e europeo.

12. Parimenti, limiti ingiustificati sono esistenti nei confronti delle persone operanti in Italia che sono escluse dal rilascio delle autorizzazioni ai sensi dell'art. 88 TULPS per il solo fatto di che la richiesta di autorizzazione sia finalizzata all'attività di raccolta delle scommesse per conto delle società quotate e prive di concessione, menzionate al punto che precede.

13. In tale contesto appare evidente che la non applicazione dei limiti esistenti alla concedibilità dell'autorizzazione di polizia, e che derivano dal regime concessorio, può restituire autonomia alla procedura prevista dall'art. 88 TULPS, così che risulterebbe del tutto legittimo il diniego di autorizzazione allo svolgimento di gestione e/o raccolta di scommesse nella ipotesi di domande presentate da persone che non rispondano ai requisiti di incensuratezza e moralità previsti dall'ordinamento.

14. Da tutto questo sul piano della disciplina penale discende che: non possono applicarsi sanzioni o misure restrittive reali alle persone indagate o processate per avere svolto senza autorizzazione attività di raccolta di scommesse qualora, sulla base di idonei elementi di prova, risulti al giudice che tale attività è stata svolta per conto di società quotate con azioni anonime che non hanno o non avrebbero comunque potuto partecipare alla gara per l'aggiudicazione delle concessioni in Italia e che, nel Paese

membro ove sono stabilite, esercitano legittimamente tale attività imprenditoriale per avere ottenuto le necessarie autorizzazioni o abbiano, comunque, adempiuto alle prescrizioni previste dall'ordinamento del Paese stesso.

15. Una volta che si ritenga non più applicabile al caso concreto il regime concessorio o autorizzatorio, le cui violazioni fondano l'intervento sanzionatorio previsto dall'art. 4 della legge 401/89, l'intera fattispecie di reato come contestata nel caso in esame viene ad essere priva dei suoi presupposti e le condotte non corrispondono più ad alcuna fattispecie legale.

16. In conclusione, l'applicazione del principio di stretta legalità operante nel sistema penale impone di dichiarare che il fatto di reato non sussiste.

18. Giunta a queste conclusioni sul piano della interpretazione della legge, sul piano processuale questa Corte ha l'onere di verificare se dai provvedimenti in atti risulti che la società quotata avente sede in altro Stato membro che gestiva le scommesse possiede i requisiti sopra ricordati. Nella ipotesi che sussista prova positiva, occorrerà escludere la sussistenza del fatto. Nella ipotesi che risulti, invece, l'assenza dei requisiti, occorrerà procedere alla decisione secondo i parametri ordinari. Nell'ipotesi che dai provvedimenti in atti non sia possibile raggiungere ad una valutazione certa sul punto, occorrerà restituire gli atti al giudice del merito affinché svolga i necessari accertamenti.

19. Rileva a tal proposito la Corte che nella motivazione della sentenza 6 marzo 2007 la Corte di Giustizia dà atto che la Stanley International Betting Ltd, con sede in Liverpool, è società di diritto inglese "debitamente autorizzata ad operare come allibratore in tale Stato membro in forza di una licenza rilasciata dal Comune di Liverpool ed è assoggettata ai controlli di ordine pubblico e sicurezza da parte delle autorità britanniche, ad accertamenti interni sul regolare svolgimento delle attività, a controlli da parte di una società privata di *audit* e a controlli da parte del Tesoro e dell'amministrazione doganale del Regno Unito" (punto 20). Dà atto, altresì, che la società opera in Italia attraverso un numero elevato di agenzie, note come "centri di trasmissione dati", che mettono in contatto il cliente con il server della società stessa, situato nel Regno Unito e che sono gestiti da operatori indipendenti, ad essa legati contrattualmente.

20. Ciò premesso, ritiene questa Corte che risultino soddisfatte tutte le condizioni sopra descritte perché nel caso di specie debba essere disapplicata la disciplina prevista dal diritto interno, ivi compreso l'art. 4 della citata legge n. 491 del 1989, con conseguente giudizio di non sussistenza del fatto di reato inizialmente contestato agli imputati. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

... *Omissis*...

IL COMMENTO

di Maria Fini e Federica Resta

Conformemente alle indicazioni della Corte di Giustizia UE, la sentenza dispone la disapplicazione dell'art. 4 della legge n. 401/1989, in ragione dell'incompatibilità del regime concessorio-autorizzatorio della gestione delle attività di giochi d'azzardo, ivi previsto, con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli articoli 43 e 49 del Trattato CE.

L'esercizio abusivo di scommesse sportive: la Corte di Cassazione si adegua ai principi comunitari

Con la sentenza della Cassazione citata in epigrafe (e con la sentenza gemella 16969/007, con stessa motivazione e depositata lo stesso giorno), la Corte regolatrice ha posto fine ad un annoso contrasto giurisprudenziale circa la conformità dell'art. 4, comma 4 *bis*, della legge 13 dicembre 1989, n. 401 ai principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, sanciti dagli articoli 43, 46, 49 e 50 del Trattato CE (1), contrasto quanto mai singolare considerato che, a fronte della decisa posizione conservatrice della Corte di Cassazione, ribadita più volte nel corso degli ultimi anni, si è andato affermando, ad opera essenzialmente dei giudici di merito, l'opposto orientamento disapplicativo, decisamente conforme al *trend* giurisprudenziale comunitario in materia.

La sentenza odierna interviene (troppo tardi, secondo alcuni autori (2)) a comporre il dissenso, aderendo all'opzione disapplicativa.

Prima di affrontare la questione rimessa alla Suprema Corte, giova ripercorrere la normativa italiana in materia di scommesse e concorsi pronostici.

1. La disciplina italiana

Nell'ordinamento italiano l'esercizio delle scommesse e dei giochi d'azzardo è stato tradizionalmente assoggettato ad una disciplina piuttosto complessa, in ragione della sussistenza di molteplici elementi di rilevanza pubblicistica (interessi finanziari dello Stato ed esigenze di ordine pubblico), elementi che hanno fatto sì che si delineasse, in materia, un regime di privativa a favore dello Stato.

Il settore delle scommesse appare, infatti, governato da un regime amministrativo combinato di concessione/autorizzazione: l'attività di raccolta e di gestione delle scommesse è esercitabile solo dai soggetti che abbiano ottenuto dallo Stato la concessione per l'attività suddetta e successivamente l'autorizzazione, o licenza, di polizia.

Il sistema di concessione (3) prevede che essa sia attribuita all'esito di una gara che garantisca la trasparenza nell'azionariato dei soggetti concessionari; in particolare,

poiché le disposizioni in materia fissano la regola della riconducibilità della concessione a persone fisiche, nell'ipotesi che il concessionario sia una società di capitali, le azioni con diritto di voto devono essere intestate a persone fisiche o a società in nome collettivo o in accomandita semplice e non trasferibili mediante semplice girata. Con riguardo a quest'ultimo punto, i requisiti per il rilascio delle concessioni sono stati stabiliti con d.m. 2 giugno 1998, n. 174 che, nel fissare i criteri per l'individuazione dei soggetti legittimati all'attribuzione delle concessioni, all'art 2, comma 1, lettera A) indica la trasparenza dell'assetto societario, precludendo in questo modo la partecipazione delle società di capitali aperte.

Il secondo livello di regolamentazione si attua mediante il sistema dell'autorizzazione, disciplinato dall'art. 88 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (TULPS), come modificato dall'art. 37, comma 4, della legge 22 dicembre 2000, n. 388. Tale disposizione precede che: «La licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione».

Dal sistema così delineato emerge che l'autorizzazione di polizia o la licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa solo a soggetti che abbiano ottenuto la concessione, ostando il mancato conseguimento della stessa al rilascio dell'autorizzazione.

A completare il sistema normativo, è intervenuta la legge 13 dicembre 1989 n. 401, che all'art. 4 prevede l'incriminazione penale di talune ipotesi di esercizio abusivo delle scommesse.

In particolare, il comma 4 *bis* (introdotto, insieme con il comma 4 *ter*, dall'art. 37 della l. 22 dicembre 2000, n. 388) sanziona l'esercizio non autorizzato di attività per

Note:

(*) I paragrafi 1, 4 e 5 sono da attribuirsi a Maria Fini; i paragrafi 2 e 3 a Federica Resta.

(1) In ossequio ai principi di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, nessuno degli Stati membri può inibire lo stabilimento di un'attività o una prestazione di servizi, all'interno del proprio ordinamento, ad operatori provvisti di regolare autorizzazione nel proprio paese d'origine, se tale inibizione non sia giustificata da ragioni sociali meritevoli di tutela rispetto agli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria.

(2) Cfr. Natalini, *Grazie alla giurisprudenza comunitaria cade una norma disapplicata da anni*, in *Guida al diritto*, 21, 2007, 84.

(3) Il sistema di concessione è il risultato del combinato disposto delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 14 aprile 1948, n. 496, nella legge 28 dicembre 1995, n. 594, nella legge 23 dicembre 1996, n. 662 e nella legge 23 dicembre 2000, n. 388. Tali disposizioni attribuivano esclusivamente al CONI (Comitato olimpico nazionale italiano) e all'UNIRE (Unione nazionale per l'incremento delle razze equine) la facoltà di assegnare le concessioni in materia di organizzazione e raccolta delle scommesse.

la raccolta e l'accettazione di scommesse, anche telematiche, da chiunque accettate in Italia o all'estero (4).

Il sistema ha subito una significativa evoluzione ad opera del già ricordato art. 37 l. 22 dicembre 2000, n. 388. Tale disposizione ha modificato, come visto, sia l'art. 88 del TULPS (introducendo due nuovi commi e stabilendo un più stretto legame tra autorizzazione di polizia e concessione) sia l'art. 4 della l. n. 401/1989, aggiungendovi i commi 4 *bis* e 4 *ter*, e le relative nuove disposizioni sanzionatorie.

All'interno del quadro normativo così delineato la giurisprudenza ha cercato una soluzione al conclamato contrasto della normativa italiana con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi sanciti dal Trattato CE: in particolare, è stato oggetto di molte pronunce giurisprudenziali il quesito se l'incriminazione delle trasgressioni alla vigente normativa nazionale contenente i divieti, penalmente sanzionati, di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa relative ad eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, contrasti con i principi comunitari di stabilimento e prestazione di servizi, quesito su cui la Corte di Giustizia si è pronunciata più volte (5).

2. Il diritto comunitario

Numerose pronunce della Corte di Giustizia hanno invero affermato - in maniera progressivamente più pregnante ed incisiva - l'incompatibilità tra le libertà - riconosciute dagli art. 43 e 49 TCE in capo ai cittadini e segnatamente alle imprese della Comunità - di stabilimento e prestazione dei servizi all'interno del territorio dell'Unione, da un lato, e le restrizioni imposte dall'art. 4 della l. n. 401/1989 all'attività di gestione di scommesse (con particolare riferimento all'ipotesi di intermediazione in Italia, in favore di allibratori stranieri), riservate ai soli concessionari o titolari di licenza di cui all'art. 88 TCE (6). Con le sentenze Schindler e Läära, in particolare, la Corte di Giustizia ha ritenuto idonea a violare la libertà di prestazione di servizi una legislazione nazionale che precluda lo svolgimento di attività di gestione di lotterie nel territorio di uno Stato dell'Unione europea da parte di un operatore di altro Stato membro, ammettendo tuttavia che i singoli Stati possano introdurre limitazioni ove giustificate da esigenze di tutela dei consumatori e di protezione dell'ordine sociale (anche mediante la destinazione dei proventi a scopi socialmente rilevanti), se proporzionate rispetto allo scopo perseguito ed idonee a realizzarlo, senza determinare alcuna discriminazione all'accesso del mercato in base alla nazionalità dell'operatore. Con la pronuncia Zenatti, il Giudice comunitario ha sancito la legittimità di una disciplina nazionale che non comportando alcuna discriminazione in base alla nazionalità dell'operatore - riservi a taluni enti il diritto di esercitare scommesse su avvenimenti sportivi nei limiti in cui, per esigenze 'imperative di interesse generale', si persegua l'obiettivo di una riduzione delle opportunità di gioco ed il finanziamento di attività sociali realizzato mediante l'utilizzo degli introiti derivanti da tale atti-

vità costituisca una conseguenza accessoria e non la reale giustificazione della disciplina restrittiva. La Corte di Lussemburgo ha altresì ritenuto la legittimità (alla stregua del principio di libertà di prestazione dei servizi di cui all'art. 49 TCE) di una normativa nazionale (applicabile indistintamente ai cittadini del relativo Stato come agli stranieri) volta ad autorizzare l'esercizio commerciale e la pratica dei giochi di somme o d'azzardo unicamente nelle sale dei casinò esistenti nelle aree di gioco istituite con decreto legge, nei limiti in cui tale disciplina restrittiva persegua (con modalità proporzionate ed idonee al raggiungimento dello scopo) finalità di politica sociale e di prevenzione delle frodi (sentenza 11 settembre 2003, Anomar, resa in causa C-6/01). Infine, nella recente sentenza Gambelli, con riferimento alla disciplina italiana di cui all'art. 4 l. n. 401/1989 (come modificato dalla l. n. 388/2000), la Corte di Lussemburgo ha sancito che "una normativa nazionale contenente divieti penalmente sanzionati di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, ad eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli art. 43 e 49 TCE. «Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificare e se le restrizioni che essa propone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi», dovendosi ritenere al contrario idonee e necessarie al perseguimento degli stessi, in assenza di modalità applicative di tipo discriminatorio in base alla nazionalità dell'operatore e comunque funzionali ad esigenze imperative di interesse generale (c.a.). Di converso, a fronte di numerose ordinanze di rinvio pregiudiziale ex art. 234, penultimo comma, TCE, da parte della giurisprudenza di merito, nonché della prospettazione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l. 401 (come modificato dall'art. 37, comma quinto, legge 388/00) per presunta violazione degli art. 3, 10 cpv., 11, 41 Cost. (7), le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato che «la normativa italiana in materia di gestione delle scommesse e dei concorsi pronostici, anche se caratterizzata da innegabile espansio-

Note:

(4) Il comma 4 *bis* dell'art. 4, l. 13 dicembre 1989, n. 401 estende le sanzioni penali previste nei commi precedenti: "a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza...svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero".

(5) Cfr. Caringella, *Giurisprudenza penale*, 2005, Milano, 31.

(6) Vedansi, in proposito, le già citate sentenze della Corte di Giustizia 24 marzo 1994, Schindler (resa in causa C-275/92); 21 settembre 1999, Läära (causa C-124/97); 21 ottobre 1999, Zenatti (causa C-67/98), in riferimento alla disciplina di cui all'art. 4 l. 401/89, nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dalla legge 388/00. In relazione, invece, alla disciplina di cui all'art. 4 l. 40, come modificata dalla legge Finanziaria per il 2001, v. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 6 novembre 2003, Gambelli (C-243/01).

ne dell'offerta, persegue finalità di controllo per motivi di ordine pubblico che, come tali, possono giustificare le restrizioni che essa pone» alle libertà di stabilimento e prestazione di servizi di cui agli art. 43 e 49 TCE (c.a.) (8). Ora, se l'efficacia diretta di tali norme (propria del resto di tutte le disposizioni del Trattato e di regolamenti e direttive *selfexecuting*) e la preminenza del diritto comunitario (primario o derivato) su quello interno, determinano in capo al giudice nazionale il dovere di disapplicare (*scil.*: non applicare, limitatamente alla fattispecie concreta) la norma interna dichiarata incompatibile con i principi dell'ordinamento comunitario (come interpretati dalla Corte di Giustizia) (9), tale soluzione è tuttavia preclusa qualora l'attività ermeneutica non consenta la risoluzione dell'antinomia tra norma nazionale e norma comunitaria, dovendo in tal caso il giudice interno adire la Corte di Lussemburgo ai sensi dell'art. 234, penultimo comma, TCE.

3. Libertà, controllo sociale, ordine pubblico

È significativo ricordare che le stesse Sezioni Unite della Cassazione (26 aprile-18 maggio 2004, cit.) hanno riconosciuto che la disciplina italiana di cui all'art. 4 l. n. 401/1989 - nella misura in cui limita l'esercizio dell'attività di organizzazione di scommesse ai soggetti titolari di concessione, autorizzazione o licenza ex art. 88 TULPS (10) - determina una rilevante restrizione all'esercizio, da parte dei cittadini ed in particolare delle imprese comunitarie, delle libertà di prestazione di servizi e stabilimento (art. 49 e 43 TCE). Restrizione, questa, legittima unicamente se applicata con modalità non discriminatorie in relazione alla nazionalità dell'operatore, funzionale ad esigenze di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, proporzionata e non eccedente quanto necessario al conseguimento dei fini perseguiti, e relativa ad attività che nello Stato membro interessato dallo stabilimento partecipano sia pure occasionalmente all'esercizio dei pubblici poteri, come previsto dal combinato disposto degli art. 45, 46 e 55 TCE. A sostegno della legittimità comunitaria della disciplina italiana in materia di gestione di scommesse e concorsi pronostici, la Cassazione ha pertan-

nale delle scommesse da parte di operatori diversi da quelli già presenti, così violando l'art. 41 Cost. poiché, quand'anche si riconoscesse che la disciplina sia tesa a soddisfare finalità di raccolta erariale, esse non sono riconducibili al novero di quelle che, ai sensi del secondo comma dell'art. 41 Cost. (utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana), possono legittimare limitazioni alla libertà di iniziativa economica. La difesa degli indagati ha altresì osservato che la tutela dell'ordine pubblico, tradizionalmente invocata a giustificazione delle particolari restrizioni imposte nel settore del gioco e delle scommesse ben potrebbe essere attuata attraverso forme di controllo che non impediscano la progressiva e naturale apertura del mercato, per esempio, ad operatori stranieri soggetti alle autorizzazioni (e quindi ai controlli) degli Stati di appartenenza; che sotto questo profilo rilevarebbe anche la violazione dell'art. 11 Cost. - che secondo la giurisprudenza della stessa Consulta "offre copertura costituzionale al trattato di Roma e più in generale al diritto comunitario" (sentenza n. 85 del 1999) - in quanto la disciplina censurata si pone in contrasto con i principi di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi transfrontalieri sanciti dal trattato CE, che riconoscono a tutti gli appartenenti alla Comunità europea il diritto di fissare la sede (principale o secondaria) delle proprie attività economiche in qualsiasi Stato dell'Unione, senza dover subire discriminazioni per ragioni di nazionalità e di fornire, nell'ambito dell'area geografica comunitaria, i propri servizi, senza incontrare restrizioni nell'accesso ai mercati degli altri Stati. Ad avviso delle parti, le misure restrittive di cui all'art. 4 appaiono altresì lesive del principio di non discriminazione (art. 10 Cost.), nella misura in cui vietano l'accesso al mercato interno degli operatori comunitari, impedendo loro di ricevere persino dati telematici rilevati in Italia, così discriminandoli rispetto agli operatori interni; rilevandosi peraltro ulteriori profili di illegittimità costituzionale della disciplina censurata, con riferimento in primo luogo ai principi di ragionevolezza, proporzionalità della pena, determinatezza e tassatività della fattispecie, nonché al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale ed al diritto di difesa. La Consulta, con decisione 1-21 marzo 2002, n. 85, ha tuttavia dichiarato la questione sollevata manifestamente inammissibile, in ragione della asserita contraddittorietà dell'ordinanza di rimessione, nella quale il giudice solleva contemporaneamente "questione pregiudiziale interpretativa dei principi del trattato CE, innanzi alla Corte di giustizia, al fine di accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario e, quindi, applicabile nell'ordinamento italiano, e questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, così presupponendo che la norma, di cui egli stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile". L'ordinanza in esame è pubblicata integralmente sul sito ufficiale della Consulta: www.cortecostituzionale.it. Analoga eccezione di legittimità costituzionale (estesa alla violazione dell'art. 15 Cost.) della disciplina in esame è stata sollevata dai ricorrenti nell'ambito del procedimento conclusosi con sentenza del T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, n. 661, del 25 maggio-30 luglio 2005 (in www.csig.it). Il Collegio ha tuttavia respinto l'eccezione perché irrilevante, avendo deciso la disapplicazione della norma censurata in quanto illegittima alla stregua dei principi comunitari di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

(8) Cass., SS. UU., 26 aprile-18 maggio 2004, 111, cit.. Nel medesimo senso, v. Altresì Cass., III, 27 marzo 2000, n. 124, Foglia, CED 216223; Cass., III, 4 luglio 2000, Vicentini, n. 7764, CED 216986; Cass., III, 6 ottobre 2001, n. 36206, Pugliese, CED 220112.

(9) In tal senso, v., senz'alcuna pretesa di esaustività, le seguenti pronunce della Corte di giustizia (pubblicate sul sito ufficiale www.curia.eu.int): 9 marzo 1978, Simmenthal (resa in causa C-106/77); 15 luglio 1964, Costa/Enel (causa C-6/64); 28 giugno 2001, Larys (C-118/00). Nella giurisprudenza costituzionale vds., per tutte, le sentenze 170/84; 113/84; 389/89 (le ultime due, in particolare, estendono la categoria delle fonti del diritto e delle norme comunitarie direttamente applicabili da parte del giudice nazionale, ivi comprese, oltre alle disposizioni del Trattato - con particolare riferimento alle 'quattro libertà fondamentali'- le medesime sentenze interpretative della Corte di Giustizia).

(10) Norma che, nella sua attuale formulazione, limita la possibilità di concedere l'autorizzazione allo svolgimento di attività di gestione di scommesse unicamente ai soggetti concessionari od autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti, ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di un'autorizzazione in forza della stessa concessione od autorizzazione.

Note:

(7) Con ordinanza n. 600 del 2001 il Tribunale del riesame di Ascoli Piceno ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 l. n. 401 (come modificato dall'art. 37, comma quinto, legge 388/00) per presunta violazione degli artt. 3 e 41 Cost. - per la irragionevole limitazione imposta alla libertà di impresa con riferimento all'attività di intermediazione delle scommesse su eventi sportivi o su eventi mondani, per i quali non sussisterebbe, ad avviso del rimettente, alcun interesse di natura fiscale dello Stato; dell'art. 10, cpv. Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento riservata - in violazione di norme e trattati internazionali - ai *bookmakers* stranieri all'interno dello Stato, rispetto agli operatori italiani; nonché dell'art. 11 Cost. in riferimento agli obblighi assunti dall'Italia con l'adesione al trattato CE (in particolare a quello di accettare limitazioni alla propria sovranità nazionale nel settore economico e di assicurare condizioni di parità con gli altri Stati). Nel giudizio incidentale le parti costituite hanno peraltro osservato come la disciplina in esame, giungendo ad impedire l'invio di dati telematici all'estero per conto di società che svolgano attività di raccolta di scommesse in altro Stato, esprima significativamente un'opzione gius-politica diretta ad escludere radicalmente l'accesso al mercato nazio-

to addotto ragioni di «ordine pubblico e pubblica sicurezza, relative alla necessità di un controllo capillare sulle attività oggetto di autorizzazione, tale da prevenire possibili infiltrazioni di organizzazioni criminali, illeciti approfittamenti e frodi nel sistema di gestione, attività di riciclaggio di denaro di provenienza illecita, altresì ostacolando l'eccessiva diffusione del gioco d'azzardo (11) a tutela della sicurezza economica dei consumatori ed a fini preventivi rispetto a possibili fenomeni di ludopatia». Ad avviso della Suprema Corte, infatti, se in sede di concessione per l'esercizio di attività di gestione delle scommesse prevale il profilo del «controllo amministrativo in ordine alla titolarità, da parte degli istanti, dei requisiti di solidità finanziaria e trasparenza dell'assetto proprietario», prescritti dall'art. 2 dei regolamenti nn. 169/1998 e 174/1998 - con conseguente scarsa rilevanza dei riscontri in ordine ai requisiti soggettivi di idoneità morale e professionale degli istanti, a fronte di un pregnante accertamento in ordine alle condizioni di solvibilità dell'operatore, finalizzato a garantire gli interessi finanziari dello Stato (12) - diversamente dovrebbe concludersi in merito alla funzione espletata, nell'ambito del regime concessorio, dalla licenza di cui all'art. 88 TULPS. La Corte regolatrice rileva infatti come, ai sensi degli art. 11,14 e 92 TULPS, il conferimento della licenza sia precluso nei confronti di un ampio novero di soggetti, ed in particolare dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza; di coloro che abbiano riportato condanne per pene restrittive della libertà personale superiori a tre anni, per delitti non colposi, e non abbiano ottenuto la riabilitazione; di coloro che siano stati condannati per gioco d'azzardo; per delitti contro la personalità dello Stato, contro l'ordine pubblico, contro la moralità pubblica; per delitti contro la persona commessi mediante violenza o per taluni delitti contro il patrimonio commessi mediante violenza. Tuttavia, la circostanza che il riscontro in ordine a tali requisiti avvenga non già previa allegazione del certificato penale o di carichi pendenti ma sulla base di una mera auto-dichiarazione (sulla cui veridicità sono previsti soltanto controlli a campione, successivi all'inizio dell'attività, autorizzato fin da subito, salva revoca successiva, dal rilascio di un visto all'atto della presentazione della dichiarazione) dimostra a mio avviso l'inidoneità di tale sistema concessorio a tutelare adeguatamente le finalità di ordine pubblico addotte dalla Cassazione a sostegno della compatibilità della disciplina italiana con gli art. 43 e 49 TCE, non potendosi ritenere la licenza di p.s., né la concessione, né tanto meno l'autorizzazione amministrativa di cui all'art. 4 l. n. 401/1989 misure idonee ad impedire infiltrazioni della criminalità organizzata tra i concessionari, ad essi richiedendosi esclusivamente adeguate garanzie di solvibilità (13). L'inidoneità della licenza di p.s. ad assolvere a funzioni di tutela dell'ordine pubblico emerge *a fortiori* da un confronto con la disciplina di cui all'art. 25 d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, che subordina il rilascio dell'autorizzazione ministeriale (finalizzata a garantire la sicurezza nelle telecomunicazioni) per la trasmissione dati per via informatica all'allegazione, da

parte dell'istante, di un certificato di iscrizione alla Camera di commercio, comprensivo di nulla osta antimafia e di certificato penale. Del resto, essendo il rilascio della licenza, di cui all'art. 4 l. n. 401/1989, subordinato al previo ottenimento della concessione od autorizzazione di cui al primo comma - in deroga rispetto al sistema generale delle licenze di pubblico esercizio - appare evidente (non solo l'intento monopolistico sotteso alla disciplina in esame, ma anche) la centralità, al suo interno, della garanzia di solvibilità dell'esercente pubbliche scommesse (cui la concessione e l'autorizzazione sono funzionali), a fronte della scarsa rilevanza che assume in tale regime la finalità di tutela dell'ordine pubblico. Sembra pertanto che tale scopo, ed in particolare quello di prevenire l'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore delle scommesse sia stato addotto strumentalmente dalla Corte regolatrice, sì da legittimare ai sensi degli art. 46 e 55 TCE le restrizioni imposte dalla normativa nazionale alle libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, in realtà funzionali, invece, alla conservazione di una gestione monopolistica del settore, con evidente discrasia tra le finalità manifeste e quelle latenti della normativa. In tal senso depone peraltro il fatto che l'esigenza di contrastare possibili fenomeni di degenerazione criminale (frodi, usura, riciclaggio del denaro sporco, ecc.) dell'attività disciplinata sia comune ad (e ben più urgente in) altri settori - da quello del credito, a quello degli appalti e dei lavori pubblici, a quello ambientale, della circolazione delle merci, dell'assunzione al lavoro - per i quali, diversamente, non è previsto alcun regime concessorio od autorizzatorio ex art. 88 TULPS. Ed in altri settori economici suscettibili di infiltrazioni criminali ben più di quello delle scommesse (dal riciclaggio dei

Note:

(11) Del resto, come affermato dalla Corte di Giustizia nell'*affaire Zenatti*, le scommesse su competizioni sportive, pur non potendo qualificarsi giochi di puro azzardo *tout court*, al pari di questi offrono, a fronte di una posta avente valore di pagamento e corrispettivo dell'alea caratterizzante la fattispecie negoziale in esame, una prospettiva di profitto pecuniario, comportando pertanto (oltre che analoghe considerazioni di ordine 'morale, religioso e culturale', anche) i medesimi rischi di infiltrazioni di organizzazioni criminali e frodi, apparendo altresì suscettibili di determinare le stesse conseguenze dannose, a livello sociale oltre che individuale, del gioco di puro azzardo.

(12) La Suprema Corte sottolinea peraltro come in sede di concessione non siano del tutto assenti (benché certamente rivestano una funzione secondaria ai fini della concessione stessa) controlli finalizzati ad accertare, sotto il profilo della tutela dell'ordine pubblico, che l'accettazione delle scommesse avvenga in locali destinati esclusivamente a tale scopo.

(13) In tal senso v. anche la citata sent. n. 332/04 del GUP presso il Tribunale di Mantova, ove si dimostra l'irrilevanza, ai fini della tutela dell'ordine pubblico, della soggezione a controlli di polizia dei locali adibiti alle attività oggetto di licenza di p.s.; invocata dalla sent. 26 aprile-18 maggio 2004 delle SS. UU. della Cassazione a sostegno della legittimità della disciplina di cui all'art. 4 l. n. 401/89. Tali controlli attengono infatti esclusivamente all'interesse collettivo all'incolumità nei luoghi in cui si raccoglie il pubblico, in ragione del fatto che la raccolta delle puntate avviene in esercizi pubblici quali bar e tabaccherie, con conseguente esigenza di contenimento del flusso degli scommettitori in locali idonei. Non a caso, ai sensi dell'art. 93 TULPS, la licenza, benché rilasciata alla persona, è 'limitata ai locali in essa indicati'.

rifiuti solidi, all'esportazione di capitali, al credito bancario, alle società finanziarie, all'edilizia) non è del resto previsto il rilascio di licenze di p. s., mentre il riscontro in ordine all'idoneità morale degli operatori, ove presente, è svolto secondo modalità ben più pregnanti ed efficaci del rilascio, sulla base di una mera auto-dichiarazione, della licenza del Questore (14). Deve inoltre considerarsi che l'asserito scopo di contrasto alla possibile degenerazione criminale del settore delle scommesse non integri gli estremi delle finalità di ordine pubblico la cui tutela legittima, ex art. 46 e 55 TCE, discipline nazionali restrittive delle libertà di prestazione di servizi e di stabilimento, atteso che la giurisprudenza comunitaria assegna a tali 'esigenze imperative di interesse generale', connotati come marcatamente sociali; di prevenzione, cioè, degli effetti nocivi del gioco sulla salute e sul patrimonio dei consumatori, prima ancora del contrasto ad eventuali fenomeni di gestione del settore in collusione con ambienti criminali (15). Né, *a fortiori*, può ritenersi presupposto idoneo a legittimare deroghe alle libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento la finalità, addotta a giustificazione della normativa nazionale restrittiva, di assicurare allo Stato il gettito fiscale connesso al sistema concessorio, neppure ove gli introiti così ricavati siano destinati alla realizzazione di attività socialmente rilevanti o di interesse pubblico, potendo tale circostanza rappresentare unicamente un vantaggio accessorio, non già la reale motivazione della politica restrittiva (16). Secondo l'interpretazione fornita dal giudice comunitario dell'art. 46 TCE, infatti, la deroga tassativa ivi prevista presuppone una minaccia reale e concreta ad un interesse fondamentale della collettività, non suscettibile di identificarsi in mere finalità *lato sensu* 'economiche o fiscali'. Sembrano invece questi (ed in particolare l'interesse a proteggere gli introiti derivanti all'erario dalla riserva della gestione delle scommesse in favore dello Stato, del Coni e dell'Unire), gli obiettivi perseguiti dal regime concessorio di cui all'art. 4 l. n. 401/1989 (17). Depongono in tal senso non solo il fatto che le modifiche apportate alla disciplina in questione siano contenute in leggi finanziarie (si pensi, ad es., alla legge n. 388/2000 (18), nonché alla recente legge Finanziaria per il 2006), ma soprattutto la recente politica nazionale, volta a favorire (anziché ridurre, regolare e controllare, a fini preventivi di possibili degenerazioni criminali del settore) l'attività di pubbliche scommesse, a fini di incremento del gettito fiscale (ragione espressamente addotta nelle premesse dei decreti ministeriali istitutivi di nuovi giochi o scommesse, come ad esempio il Dm 278/99). In proposito, non condivisibile appare la giustificazione, addotta dalle SS. UU. della Cassazione (sent. 26 aprile, cit.), secondo cui «la politica di incentivazione delle scommesse e dei giochi pronostici, se è in contraddizione con lo scopo sociale di limitare la propensione al gioco, non contraddirebbe quello di evitare infiltrazioni criminali, per cui si è ritenuto tale sistema coerente con le ragioni di ordine pubblico e di sicurezza, idonee, ai sensi degli articoli 46 e 55 TCE, a legittimare le restrizioni ai citati principi comunitari». Ed infat-

ti, quanto maggiori sono le occasioni di gioco consentite e, *a fortiori*, promosse dal legislatore, tanto maggiori sono, nonostante il regime concessorio, le opportunità di infiltrazione della criminalità, nonché le possibilità di incremento del pericoloso fenomeno sociale della tendenza al rischio connesso al gioco (19). Del resto se, come affermato dalla Corte di Lussemburgo, «la deroga alle libertà di cui agli art. 43 e 49 TCE può ritenersi giustificata non già sulla base dell'esigenza di garantire allo Stato un determinato gettito di entrate fiscali derivanti dall'assetto dell'attività disciplinata, ma unicamente in funzione dell'obiettivo di un'autentica riduzione delle opportunità di gioco, ne consegue che "laddove le autorità di uno Stato membro inducano e incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le Autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di gioco per giustificare provvedimenti restrittivi delle libertà di cui agli art. 43 e 49 TCE». Del resto, anche volendo ritenere la finalità di proteggere gli introiti derivanti all'erario dalla riserva della gestione delle scommesse in favore dello Stato, del Coni e dell'Unire - inibendo l'attività di *bookmakers* autorizzati da altri Paesi europei - mani-

Note:

(14) Analogamente, v. anche GUP presso il Tribunale di Mantova, sent. 332/04, cit.. Del resto, che lo speciale regime concessorio nel settore delle scommesse sottenda un intento monopolistico e protezionistico da parte dello Stato italiano (interessato al prelievo fiscale sulle attività in analisi) emerge dall'art. 1, comma 535, della legge Finanziaria per il 2006, che impone ai *providers* l'obbligo - assistito da sanzione amministrativa pecuniaria dai limiti edittali di assoluto rigore - di inibire l'accesso alle reti dagli stessi gestite o per le quali forniscano servizi, nelle quali siano realizzate offerte abusive di scommesse o concorsi pronostici, previamente segnalate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze-Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. L'eccezionalità della misura e della posizione di garanzia così attribuita ai *providers* (non prevista neppure per ben più gravi, possibili, utilizzazioni della rete, quali ad es. la diffusione di materiale pedo-pornografico, il traffico di organi, etc.) appare pertanto significativa dell'interesse statale al prelievo fiscale, connesso al controllo secondo modalità protezionistiche del settore delle scommesse.

(15) Così, Corte di Giustizia CE, 24 marzo 1994, Schindler, cit.; 31 marzo 1993, C-19/92, Kraus, in *Racc.*, I-1663; 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, *ivi*, I-4165.

(16) Oltre alle già citate sentenze della CGCE Schindler, Lärä, Zenatti, Anomar, Gambelli, vds. 16 luglio 1998, C-264/96, Ici, in *Racc.*, I-4695; e 3 ottobre 2002, C-136/00, Danner, *ivi*, I-4165; 26 aprile 1988, C-65/86, Bond van Adveerterders, *ivi*, I-2346.

(17) Analoghi i rilievi adottati da tutte le pronunce di merito che hanno disapplicato la normativa italiana ovvero hanno sollevato questione pregiudiziale comunitaria o di legittimità costituzionale. Per i necessari riferimenti si rinvia alla nota 21.

(18) Come può evincersi dai lavori preparatori, infatti, l'articolo 37 della l. 388/00, che ha modificato l'articolo 88 TULPS, è stato introdotto (recependo un documento predisposto dalla F.I.T.: Federazione Italiana Tabaccai), per reprimere la raccolta di scommesse illecite o clandestine, con particolare riguardo al mercato estero, per i positivi effetti che ciò determina sulle entrate dell'erario, ignorandosi peraltro qualsiasi profilo attinente a problematiche di ordine pubblico.

(19) Analoghi i rilievi del T.A.R. Abruzzo, 25 maggio-30 luglio 2005, cit..

festazione di attività che nello Stato membro interessato 'partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri', tale argomento non potrebbe legittimare ex art. 45 e 55 TCE le previste restrizioni alle libertà di stabilimento e prestazione di servizi. Secondo costante giurisprudenza comunitaria, infatti, tale giustificazione presuppone pur sempre che le misure adottate siano proporzionali e non eccedenti lo scopo perseguito, e non siano applicate secondo modalità discriminatorie sulla base della nazionalità dell'operatore. Ora, il sistema concessorio di cui all'art. 4 l. n. 401/1989, ed ancor più la sua estensione ad un settore inerenti attività ulteriori rispetto a quelle relative agli eventi gestiti dal Coni e dall'Unire contrasta con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in quanto impedisce - con l'ingiustificata disparità di trattamento che ne consegue - a coloro che svolgono l'attività di gestione di scommesse sulla base di una concessione rilasciata da uno Stato dell'Unione europea di gestire scommesse in Italia perché non muniti del titolo rilasciato dallo Stato italiano, il che preclude di richiedere ed ottenere la conseguente licenza di polizia anche ove sussista il possesso di tutti i requisiti prescritti per conseguire detta autorizzazione sia da parte della Società di altro Paese, sia da parte di soggetti intermediari. Il regime di esclusività nel rilascio della concessione da parte delle sole autorità italiane realizza pertanto non solo un irragionevole contrasto con i suddetti principi comunitari, ma anche un'ingiustificata disparità di trattamento sulla base della nazionalità dell'operatore, in quanto impedisce ai soggetti stranieri muniti di analogo titolo abilitante rilasciato da altri Stati dell'UE di conseguire la licenza di polizia ancorché in possesso, direttamente o tramite intermediari, di tutti i requisiti previsti dal TULPS. Il contrasto con i principi comunitari emerge con ancora maggiore nettezza in relazione all'attività di intermediazione di scommesse su eventi sportivi esteri o su eventi mondani o di altro genere per i quali non sussiste alcun interesse dello Stato ad introiti fiscali, posto che concessione e licenza di polizia con riguardo ad eventi sportivi sono prescritte per la gestione organizzata di scommesse riconducibili al Coni o all'Unire, con esclusione quindi di qualsiasi altra tipologia di scommesse, comunque vietate dall'articolo 4 della legge 401/1989. I commi 4 bis e 4 ter dell'art. 4 inibiscono infatti a chiunque sia privo dei suddetti titoli "l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero", in tal modo estendendo il divieto - assistito da sanzione penale - ad un'area più ampia rispetto a quella prevista dalla formulazione originaria dell'art. 4. Gli effetti discriminatori della normativa in esame (nella sua versione ante riforma) sono del resto già stati censurati da Bruxelles, avendo la Commissione europea avviato una procedura d'infrazione ex art. 226 TCE (proc. 99/5353) contro l'Italia, in merito alle modalità di affidamento della gestione di attività di scommesse, asseritamente lesive del principio di trasparenza dell'azione amministrativa (in

relazione ai casi in cui le concessioni erano state prorogate, rinnovate od attribuite in via provvisoria ai vecchi concessionari dell'Unire, al di fuori di procedure concorrenziali), e della proporzionalità della disciplina restrittiva (ritenuta inidonea a realizzare il fine perseguito, di contrasto a possibili degenerazioni criminali del settore) a fronte delle ingiustificate compressioni delle libertà di concorrenza, stabilimento e prestazione dei servizi, dal medesimo regime determinate, anche mediante l'esclusione delle società di capitali dalle procedure concorrenziali di affidamento delle concessioni. Il carattere discriminatorio della normativa non è venuto meno neppure in seguito all'abolizione di tale preclusione, ad opera della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (finanziaria 2003), dal momento che - avendo i provvedimenti di assegnazione durata sessennale ed essendo tacitamente rinnovabili per il medesimo periodo - l'accesso al settore da parte delle società di capitali è precluso all'incirca sino al 2012 (data presumibile dei prossimi bandi di gara). In tal modo lo Stato italiano ha quindi prorogato un regime protezionistico incompatibile con il diritto comunitario, senza disporre la correzione in auto-tutela dei provvedimenti illegittimamente emessi (20). Deve peraltro osservarsi che la disciplina nazionale in parola, nella misura in cui è diretta a mantenere un ingiustificato monopolio in favore dello Stato (nonché di Coni e Unire), così impedendo agli scommettitori di rivolgersi ad operatori diversi dai titolari di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del TULPS, anche se autorizzati da altri Stati dell'Unione europea, né a questi di svolgere la propria attività sul territorio italiano direttamente o tramite intermediari, contrasta con l'art. 31 TCE (21). Tale precetto, nell'imporre in capo agli Sta-

Note:

(20) Per analoghi rilievi v. la citata sent. 332/04 del GUP di Mantova. Diversamente, non potrebbe ravvisarsi l'incompatibilità della disciplina italiana con il principio del mutuo riconoscimento di diplomi, certificati od altri titoli per l'accesso ad attività non salariate, dal momento che tale principio non è di immediata applicazione, ma necessita di apposite direttive comunitarie (art. 47, comma 1), allo stato non ancora adottate in relazione all'esercizio delle lotterie, delle scommesse e dei giochi d'azzardo. Il Consiglio potrebbe del resto ricorrere anche ad un sistema di riconoscimento generalizzato, ma poiché quelli adottati con le direttive 89/48 e 92/51 riguardano solo il riconoscimento di titoli, diplomi e certificati rilasciati da uno Stato membro a compimento di studi di formazione professionale di durata minima, tali provvedimenti sono inapplicabili al caso in esame. Parimenti, la direttiva 1999/42/CE riguarda le qualifiche professionali per l'esercizio di attività tra le quali non è prevista la gestione di lotto, concorsi pronostici o scommesse. In assenza di direttive comunitarie, pertanto, le finalità sottese al principio possono essere soddisfatte solo mediante provvedimenti nazionali adottati ai sensi dell'art. 10 Trattato CE, che impone agli Stati membri l'obbligo generale di adottare «tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'adempimento degli obblighi» derivanti dal medesimo Trattato istitutivo delle Comunità Europee, ovvero determinati dagli atti delle istituzioni comunitarie, pena l'instaurazione di procedure d'infrazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 226 TCE.

(21) Disposizione che, per espressa previsione normativa, si applica a qualsiasi organismo per mezzo del quale uno Stato membro, *de jure* o *de facto*, controlla, dirige o influenza sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra gli Stati membri (art. 31, se-

(segue)

ti membri il dovere di procedere ad un 'riordinamento dei monopoli nazionali che presentano un carattere commerciale', in modo da escludere 'qualsiasi discriminazione fra i cittadini degli Stati membri per quanto riguarda le condizioni relative all'approvvigionamento e agli sbocchi', vieta infatti l'introduzione di 'qualsiasi nuova misura contraria' ai suddetti principi ovvero tale da 'limitare la portata degli articoli relativi al divieto dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative fra gli Stati membri'. Significativo appare in proposito che, tra le norme - cui espressamente rinvia l'art. 31 TCE, quali parametri alla stregua dei quali valutare la legittimità delle misure restrittive di importazioni od esportazioni - sia ricompreso l'art. 30, secondo cui i divieti o le restrizioni all'importazione, all'esportazione od al transito disposti dagli Stati membri per ragioni di 'moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale' non devono costituire 'un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri'; effetti, questi, che come già osservato si verificano invece nel caso della disciplina di cui all'art. 4 l. n. 401/1989. Essa del resto determina un'ingiustificata violazione dei principi comunitari in materia di libera concorrenza, di cui agli art. da 81 a 86 TCE, in relazione ai quali la Corte di Lussemburgo ha affermato doversi fornire un'interpretazione sistematica e teleologica pregnante, nonché reciprocamente coerente, poiché diretti alla creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, in ordine a quanto disposto dall'art. 3, lett. G del Trattato CE (22). L'incompatibilità della disciplina italiana della gestione di attività di scommesse con i principi comunitari di cui agli art. 43 e 49 TCE emerge infine, in maniera evidente, con riferimento ai parametri di proporzionalità e non eccedenza della misura restrittiva rispetto al fine perseguito, alla cui stregua i motivi imperativi di interesse generale, adottati a giustificazione della deroga di cui all'art. 46 TCE, ove effettivamente sussistenti, "non devono eccedere quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito" (23). Tale principio generale del diritto comunitario, applicabile sia agli atti normativi che a quelli amministrativi, e ritenuto dalla giurisprudenza sempre meno coincidente con il parametro della ragionevolezza, si sviluppa attraverso la valutazione degli elementi della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto. Se l'idoneità implica una valutazione in ordine al rapporto tra il mezzo impiegato ed il fine perseguito, l'elemento della necessità attiene al carattere di *extrema ratio* del mezzo adottato, tale da implicare il minor sacrificio possibile per il privato; mentre l'elemento della proporzionalità (o adeguatezza) in senso stretto impone che la misura adottata non risulti eccessivamente onerosa per l'interessato. Ora, la disciplina italiana di cui all'art. 4 l. n. 401/1989 appare evidentemente carente dei suddetti requisiti, in quanto da un lato il sistema

monopolistico (garantito dal regime delle concessioni) ivi previsto, rappresenta una misura irragionevolmente discriminatoria ed inidonea a perseguire il dichiarato fine di contrasto alla degenerazione criminale del settore, e, dall'altro, la sanzione penale appare eccessiva rispetto all'obiettivo economico (effettivamente perseguito dal legislatore), ben potendo tale fine essere realizzato in maniera altrettanto (se non maggiormente) efficace da misure meno afflittive quali soprattutto la sanzione amministrativa, taluni rimedi civili (si pensi alla 'sanzione' della nullità del contratto) e l'imposizione fiscale a carico degli operatori del settore (24). Alla luce delle precedenti considerazioni, emerge pertanto l'incompatibilità della disciplina italiana di cui all'art. 4 l. n. 401/89 con le libertà di concorrenza, stabilimento e prestazione di servizi all'interno dell'Unione Europea, di cui agli art. 31, 43, 49 TCE, come interpretati dalla Corte di Giustizia.

4. Il contrasto tra la giurisprudenza nazionale e i *dicta* della Corte di Giustizia Europea

Nonostante il chiaro orientamento della Corte di Giustizia, seguito dalla giurisprudenza italiana di merito (che, nella quasi totalità di casi, ha disapplicato la disposizione *de quo*, in forza del primato del diritto comunitario sul contrastante diritto penale interno (25)), la Corte di Cassazione ha, come già detto, in più occasioni giudicato la norma non contrastante con il diritto comunitario, in virtù della *ratio legis* della norma stessa, rinvenuta nella finalità di controllo per motivi di ordine pubblico, asserita-

Note:

(segue nota 21)

condo alinea, TCE). Deve rilevarsi come l'inclusione dell'art. 31 TCE nel novero dei parametri normativi alla cui stregua valutare la legittimità comunitaria della disciplina italiana rappresenta un elemento di novità dell'ordinanza in esame rispetto alle precedenti pronunce di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, penultimo comma, TCE, nonché rispetto alle già citate sentenze di merito che hanno disapplicato l'art. 4 l. n. 401/89 in ragione del suo rilevato contrasto con il diritto comunitario.

(22) CGCE, 27 luglio 1973, C-6/72, *Continental Can*, in *Racc.* 1973, I-215.

(23) Così si sono espressi i Giudici di Lussemburgo nella recente sentenza Gabelli. In senso analogo, v. CGCE, 29 febbraio 1996, C-193/94, *Skavi e Chryssanthakopoulos*, in *Racc.*, I-929; 25 luglio 2002, C-459/99, *MRAX*, *ivi*, I-6591.

(24) È significativo il *self-restraint* espresso sul punto dalle SS. UU. della Cassazione (26 aprile 2004, cit.), che hanno valutato il profilo in ordine alla proporzionalità della sanzione penale una questione di stretta discrezionalità politica, come tale sottratta al vaglio giudiziale e rimessa alla competenza del potere legislativo. Si consideri infine la manifesta eccessività della comminatoria della sanzione penale, di cui al terzo comma dell'art. 4, anche per la mera partecipazione, da parte del privato, dal proprio domicilio, a scommesse gestite abusivamente; condotta in relazione alla quale non sembrano ravvisabili fini di tutela dell'ordine pubblico ma, se mai, solo quello di disincentivazione della domanda del servizio abusivo, secondo una logica repressivo-emergenziale francamente sproporzionata all'entità ed al disvalore sociale (o, meglio, all'*etyscher Tadel*) del fenomeno sanzionato.

(25) Per la giurisprudenza di merito, tra le numerosissime pronunce, si segnalano: Tribunale del riesame di Teramo, ordinanza 25 ottobre 2004 e Tribunale del riesame di Viterbo, ordinanza 2 novembre 2004, in questa Rivista, con nota di F. Resta; Tribunale di Palermo, ordinanza 19 giugno 2000, in www.penale.it.

mente prevalente sui principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. (26)

Da ultimo, i Tribunali di Larino e Teramo hanno investito la Corte di Giustizia con domande di pregiudiziali, riguardanti la materia in oggetto. Le cause sono state poi riunite e decise con la sentenza della Corte (Grande Sezione) del 6 marzo 2007 (27), sentenza che ha anticipato, e in un certo senso imposto, l'odierno *revirement* giurisprudenziale della Corte di Cassazione.

Infatti, le lucide indicazioni espresse in materia dalla Corte di Lussemburgo hanno costretto la Cassazione, benché a sezioni semplici, a prendere le distanze una volta per tutte dal granitico orientamento nomofilattico (28).

In particolare, la Corte di Giustizia, pur riconoscendo che il sistema italiano di concessione/autorizzazione risponde, in astratto, a ragionevoli esigenze pubblicistiche (la previsione di un numero chiuso di concessionari ha lo scopo di circoscrivere le scommesse nel circuito legale, evitando infiltrazioni criminali), esigenze compatibili con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, ha tuttavia censurato il sistema stesso in relazione all'"illegittima compressione della libertà" che la previsione di un numero limitato di concessioni e l'imposizione di limiti alla partecipazione alla gara per l'aggiudicazione delle concessioni, inevitabilmente comportano.

Quanto al regime autorizzatorio di polizia, la Corte afferma che non si tratta, in sé, di un regime incompatibile con quello comunitario perché, anzi, "risulterebbe del tutto legittimo il diniego di autorizzazione allo svolgimento di gestione e/o raccolta di scommesse nell'ipotesi di domande presentate da persone che non rispondano a requisiti di incensuratezza e moralità previsti dall'ordinamento".

L'incompatibilità con il diritto comunitario sta, piuttosto, nel sistema "a catenaccio" che si crea grazie alla prescritta subordinazione del rilascio della autorizzazione o licenza al previo ottenimento della concessione: tale subordinazione penalizza le società quotate che hanno sede nei paesi membri e che non possono partecipare alla gara per l'attribuzione delle licenze, sebbene siano in possesso delle necessarie autorizzazioni che il Paese in cui sono stabilite richiede per la gestione organizzata di scommesse in ambito nazionale ed europeo. Allo stesso modo, il regime sopra descritto crea limiti ingiustificati nei confronti di persone operanti in Italia che sono escluse dal rilascio di autorizzazioni per il solo fatto che la richiesta di autorizzazione sia finalizzata all'attività di raccolta delle scommesse per conto di società quotate e prive di concessione.

La sentenza impone, pertanto, di interpretare gli articoli 43 e 49 del Trattato Ce «nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella italiana, che esclude... dal settore dei giochi d'azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate sui mercati regolamentari» e «nel senso che ostano ad una normativa nazionale che impone una sanzione penale a

soggetti esercenti un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro».

Giova ricordare, infine, che la Corte Costituzionale, investita della questione (29), ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401 in relazione agli artt. 3, 11 e 41 della Costituzione, nella parte in cui sanziona penalmente l'esercizio in Italia dell'attività di scommessa da parte di chi sia privo di concessione, autorizzazione o licenza, affermando che spetta al giudice comune accertare se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, configgano con le evocate norme comunitarie (artt. 43 e 49 del Trattato Ce).

5. Il *revirement* della Cassazione

La Corte di Cassazione, con la sentenza odierna, opera una puntuale ricostruzione non solo della normativa italiana nel settore delle scommesse su eventi sportivi, ma soprattutto delle decisioni più importanti della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia Europea, dalla sentenza Gesualdi alla recentissima pronuncia Placanica, offrendo all'interprete un *excursus* completo della giurisprudenza sul punto, che evidenzia, quasi plasticamente, il punto di approdo obbligato del dibattito in materia.

La sentenza accoglie *in toto* le indicazioni della Corte di Giustizia, disattendendo il proprio precedente contrario orientamento, e dispone, con riguardo al caso sottoposto al suo esame, la disapplicazione dell'art. 4 della legge n. 401/1989, in ragione dell'incompatibilità del regime concessorio - autorizzatorio della gestione delle attività di giochi con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi di cui agli articoli 43 e 49 del Trattato Ce, così come interpretati dalla Corte di Giustizia Ce.

La decisione appare senz'altro condivisibile, in ragione della vigenza (e della prevalenza sul diritto penale interno contrastante) dei principi comunitari sopra ricordati, vigenza che rendeva di certo non più sostenibile il regime protezionistico precedentemente imposto dalla Corte di Cassazione e non più eludibile l'adeguamento della normativa italiana ai principi comunitari.

Note:

(26) Si vedano, in particolare, Cass., 20 settembre 1995, in *Dir. pen. proc.* 1996, p. 43; Cass., 16 maggio 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 232; Cass., 27 marzo 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1383.

(27) Corte di giustizia Ce, sentenza 6 marzo 2007, cause C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e altri, su *Guida al diritto*, 12, 2007, 98.

(28) Il rilievo è di Natalini, *Grazie alla giurisprudenza comunitaria cade una norma disapplicata da anni*, cit., 82.

(29) Corte Costituzionale, 13 marzo 2007, n. 284, in www.giustizia.it, giurisprudenza costituzionale.

Messaggi pubblicitari e sequestrabilità in via cautelare

Favoreggiamento della prostituzione in internet per mezzo di messaggi pubblicitari

CASSAZIONE PENALE, Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 39354 - Pres. Papa - Rel. Cordova

Pubblicazione cartacea e telematica di messaggi pubblicitari - Equiparazione della pubblicazione in internet alla stampa - Estensione della disciplina della stampa a qualsiasi pubblicazione - Esclusione - Applicazione dell'art. 21, comma 6 Cost. - Contrarietà al "buon costume" - Legittimità del "sequestro cautelare"

(Cost. art. 21.; c.p.p. art. 321)

La pubblicazione dei messaggi pubblicitari non rientra nella disciplina della stampa contenuta nell'art. 21, commi 2 e 3 Cost. La pubblicazione dei messaggi pubblicitari è comunque assoggettata al limite del buon costume di cui all'art. 21, comma 6 Cost. È legittima, a tutela del buon costume, la misura del sequestro cautelare nei confronti dei messaggi pubblicitari.

...*Omissis*...

Il ricorso merita accoglimento, nei termini appresso indicati.

Il provvedimento impugnato, pur mostrando di avere individuato nella stampa uno dei mezzi di diffusione della 'libertà di manifestazione del pensiero', che è il diritto costituzionalmente protetto, finisce poi per considerare ogni stampa o stampato quale oggetto della tutela, con conseguenze che non appaiono accettabili.

È ben vero, infatti, che l'art. 21 Cost. sottrae la stampa ad autorizzazioni e censure, ammettendo il sequestro solo 'nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi'(art. 2 del r.d.l. 561/1946) o "nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili"(art. 16 della legge 41/1948); così come non può non aderirsi all'indirizzo di questa Corte, secondo cui, con riferimento alla prima ipotesi, "in tema di reati commessi col mezzo della stampa, il sequestro di n. 3 copie della pubblicazione ai sensi dell'art. 1 comma 2 r.d.l. n. 561 del 1946 è soltanto quello probatorio e non anche quello preventivo sia perché quest'ultimo è stato introdotto nell'ordinamento solo successivamente (dal vigente codice di rito, entrato in vigore nel 1988), sia perché la limitazione a un così esiguo numero di esemplari è incompatibile con le peculiari finalità della predetta misura cautelare reale di cui all'art. 321 c.p.p. (Cass., V, 15961/2006 citata; negli stessi sensi Cass., V, 27996/2004, pure già espressamente considerata nell'ordinanza impugnata e nella memoria difensiva).

Ma tali principi non si rivelano applicabili nel caso concreto.

I precedenti giurisprudenziali invocati attengono alla pubblicazione di altrettanti libri, con passaggi ritenuti diffamatori: riguardano, cioè, manifestazioni del pensiero, divulgate a mezzo della stampa, e perciò regolate dall'art. 21, commi 2 e 3 Cost., rettammente interpretati nei termini che precedono. Essi non appaiono invece riferibili a cataloghi di soggetti, accompagnati spesso da immagini fotografiche, con annunci di prestazioni sessuali, anche 'particolari'.

Nel caso in esame, dunque, la 'stampa'costituisce solo il veicolo del messaggio pubblicitario, ed, in quanto tale, non si inquadra nel diritto costituzionalmente garantito (cd. libertà di stampa) - secondo le richiamate disposizioni dell'art. 21 Cost., ma costituisce un mezzo pubblicitario da valutare in sé, secondo la disciplina del successivo comma 6 dello stesso art. 21, che, lungi dal costituire mera ripetizione del precedente comma 3, si riferisce a mezzi di diffusione considerati in maniera del tutto autonoma. La disposizione è del seguente, testuale tenore: "Sono vietate le pubblicazioni a stampa (gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni) contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni".

Pubblicazioni siffatte, pertanto, sono vietate in sé, ed il sequestro preventivo, anche se introdotto solo successivamente, rientra nelle misure ad esse applicabili, per espressa previsione del legislatore costituente.

Alla stregua di tale diverso principio deve essere perciò rivalutata la legittimità della misura cautelare in discussione, fermo restando che non ha pregio il rilievo - su cui ha insistito in sede di discussione la difesa dei resistenti - secondo cui le indagini non attengono specificamente al

reato di pubblicazioni oscene: la contrarietà al buon costume, invero, vale di per sé, nella visione del costituente, ad escludere le pubblicazioni dalle garanzie offerte alla libertà di stampa propriamente detta, e, perciò, retta- mente si fonda anche sul (solo) reato ipotizzato di favo- reggiamento della prostituzione.

Nei sensi indicati va accolto il primo motivo, con assorbimento dei restanti, ferma la corretta la equiparazione dei messaggi sui siti internet agli stampati (dei quali pare co- stituiscono mera riproduzione); e senza che assuma rilievo la - subordinata - questione di legittimità costituzionale. ...*Omissis*...

IL COMMENTO

di Lara Trucco

Nell'articolo si affronta il tema della natura giuridica dei messaggi pubblicitari, con particolare riferimento alla loro sequestrabilità. Si esamina altresì il peculiare rilievo dato dalla Corte di Cassazione alla tutela del buon costume, pur escludendo l'assoggettabilità del messaggio pubblicitario al regime giuridico della stampa.

1. I fatti all'origine della controversia

Nell'indagare su fatti di "sfruttamento della prostituzione", la Procura della Repubblica di Rovigo viene a conoscenza di altre condotte qualificate come "favoreggiamento della prostituzione", ad opera di persone diverse, consistenti nella pubblicazione di annunci di prestazioni sessuali, corredati di immagini fotografiche, su alcune riviste e sui siti web ad esse collegati, di cui viene pertanto disposto il sequestro, unitamente ad altro materiale.

L'istanza di revoca del sequestro, in un primo momento respinta dal GIP, viene accolta, in sede di riesame, con ordinanza del Tribunale di Rovigo, limitatamente, peraltro, alle riviste e ai corrispondenti siti internet, mentre per i rimanenti oggetti il giudice mantiene fermo il vincolo, affermando la sussistenza del *fumus* e del *periculum* in ordine al reato di favoreggiamento della prostituzione.

Di qui il ricorso in Cassazione, all'origine della decisione in commento, per l'annullamento dell'ordinanza, da parte del Procuratore della Repubblica.

2. Il sequestro della stampa tra Costituzione e normativa di attuazione

La questione cruciale che si è trovata ad affrontare la Cassazione ha riguardato dunque la legittimità del provvedimento di sequestro delle riviste e dei relativi siti internet. L'equiparazione di questi ultimi, poi, conviene subito precisare, agli "stampati", ad opera della legge 7 marzo 2001, n. 62, aveva portato i giudici, nel caso in esame, in ciò probabilmente indotti anche dalla corrispondenza dei contenuti tra materiale cartaceo e siti web, ad applicare la medesima disciplina del c.d. "sequestro della stampa".

A tale proposito, nonostante l'ampia dizione contenuta nell'art. 21, comma 1 Cost. per indicare tutte le possibili manifestazioni del pensiero, nei com- mi successivi si predispose un apparato di garanzie per la sola "libertà di stampa" (1). Così, l'art. 21 Cost., mentre pone il divieto di sottoporre la stampa a controlli preventivi di qualsiasi natura, circonda di una serie di garanzie gli eventuali interventi limitati- vi successivi alla pubblicazione, disponendo che il (solo) sequestro possa avere luogo solo in base ad un atto motivato dell'autorità giudiziaria e "nel caso di violazione delle norme stabilite dalla legge per l'indi- cazione dei responsabili" (2), o, ipotesi che in questa sede maggiormente rileva, "nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi" (comma 3).

Tuttavia, com'è noto, la legge 8 febbraio 1948, n. 47, appunto, "sulla stampa", non contiene alcuna previ- sione in proposito. Nondimeno, la Corte costituzionale ha chiarito come "la riserva" contenuta nella norma co- stituzionale vada più in generale riferita alle leggi penali, sicché è a queste che si deve, di volta in volta, guardare

Note:

(1) Che, del resto, al momento dell'approvazione della Costituzione rap- presentava il mezzo principale di esercizio di detta libertà. Le "linee della evoluzione della disciplina giuridica della stampa in Italia" sono indicate da U. De Siervo, *Stampa (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 579 ss.; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna 1994, 31 e ss.; P. Costanzo, *Stampa (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999, vol. XIV, Torino, 544; e, ancora da ultimo, A. Pace, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di.), *Commentario della Costituzione, sub art. 21*, Bologna-Roma, 2006, 29 ss. Per vero, alla fine degli anni Sessanta la Corte costituzionale a proposito della "stampa" diceva che «ancor oggi resta il più importante mezzo di diffusione del pensiero» (v. sent. n. 120 del 1968, in *Giur. cost.*, 1968, 2145).

(2) Cfr., particolarmente, sul punto, Cass., sez. V, 25 giugno 2002, n. 35108 (*med.*), che ha disposto il sequestro di tutte le copie di una pubbli- cazione (invece dei soli tre esemplari di cui all'art. 1, comma 2 del R.D.Lgs. n. 561/1946) carente sia della registrazione, sia dell'indicazione del direttore responsabile sul presupposto che quando «è la stampa in sé a costituire l'oggetto del reato, il sequestro del giornale o del periodico non trova alcuna limitazione, in quanto la misura reale è finalizzata ad impe- dire la reiterazione e/o la protrazione dei suoi effetti». In generale sul "di- scusso significato delle norme sul sequestro" v. M. Manetti, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di.), *Commentario della Costituzione, sub art. 21*, Bologna-Roma, 2006.

per verificare l'eventuale presenza di una qualche "autorizzazione" in tal senso orientata (3).

Rileva, pertanto, esemplarmente, l'art. 8 della legge 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. "legge Scelba") per cui «Anche prima dell'inizio dell'azione penale», l'autorità giudiziaria può disporre «il sequestro dei giornali, delle pubblicazioni o degli stampati» attraverso cui si compia il delitto di "apologia del fascismo". E, ancora, l'art. 1, del R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 561, che, dopo aver posto, al comma 1, la regola generale del divieto di sequestro «della edizione dei giornali o di qualsiasi altra pubblicazione o stampato», se non «in virtù di una sentenza irrevocabile dell'autorità giudiziaria», salvo quanto previsto al successivo comma 2, che consente «il sequestro di non oltre tre esemplari dei giornali o delle altre pubblicazioni o stampati; che importino una violazione di legge penale». Prevedendo, tuttavia, all'articolo successivo, in deroga a quanto stabilito «nell'articolo precedente», il possibile sequestro, in particolare, «dei giornali o delle altre pubblicazioni o stampati», che, «ai sensi della legge penale, sono da ritenere osceni o offensivi della pubblica decenza ovvero che divulgano mezzi rivolti a procurare l'aborto o illustrano l'impiego di esso o danno indicazioni sul modo di procurarseli o contengono inserzioni o corrispondenze relative ai mezzi predetti (4)».

3. Tra sequestro "probatorio" e "preventivo" della stampa

Tuttavia, come meglio vedremo nel prosieguo, di tale problematica la Cassazione, nella decisione in commento, afferma di poter fare a meno, non ritenendo in essa sussumibile la fattispecie portata al suo esame.

È interessante però notare come ciò non le impedisca di prendere una netta posizione relativamente alla *vexata quaestio* del riconoscimento da darsi alla forma di sequestro prevista dal menzionato comma 2 dell'art. 1 del R.D.Lgs. n. 561/1946.

Infatti, il "silenzio" serbato in proposito dalla legge ha prodotto, particolarmente in seguito all'introduzione, con la riforma del Codice di procedura penale del 1988, accanto alla figura del "sequestro probatorio", di quello "preventivo", orientamenti giurisprudenziali divergenti (persino nell'ambito di una medesima sezione della Suprema Corte) (5): l'uno favorevole al riconoscimento di tale sequestro alla stregua di "sequestro probatorio" (6) e l'altro, invece, propenso ad accordargli natura "preventiva" (7) (risultando invece ammessa *de plano* la riconducibilità dell'ipotesi di sequestro previsto dall'art. 2 del medesimo R.D.L. nell'ambito del "sequestro preventivo").

Coloro i quali vedono nel comma 2 dell'art. 1 del R.D.L. n. 561/1946 una forma di "sequestro probatorio" richiamano argomentazioni di ordine storico e "logico", valorizzando, da un lato, il fatto per cui al tempo in cui fu posta l'originaria normativa, il sistema processual-penalistico non prevedeva la forma autonoma del sequestro preventivo; e rilevando, dall'altro lato, l'inidoneità della limitazione dei tre esemplari della pubblicazione a realizza-

re le peculiari finalità del sequestro preventivo, individuate dall'art. 321 del c.p.p. (quelle, cioè, di impedire l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze della condotta, piuttosto che l'agevolazione della commissione di ulteriori reati) (8). Sul versante opposto, pur ammettendosi che la limitazione del numero di copie sequestrate sia solo parzialmente sufficiente a realizzare gli effetti previsti dal legislatore, si ritiene tuttavia che ciò non sia del tutto inidoneo a produrre un qualche frutto "preventivo" (9).

Comunque sia, significativo è notare come il punto di "arrivo" dei due approcci, quanto meno "nei fatti", non sia molto distante (al punto che la sentenza in esame sembra accomunarli), dal momento che anche i fautori del "sequestro preventivo" convengono nel riconoscere l'obbligo di osservanza del limite del sequestro di soli tre esemplari, nella considerazione dell'esigenza costituzionale di impedire che, attraverso la via cautelare o giudiziaria d'urgenza, possa perpetrarsi una censura preventiva "completa" della libertà di manifestazione del pensiero (10), riconoscendo tale possibilità, eventualmente, solo ad una pronuncia "di merito" (11) (anche

Note:

(3) Cfr. Corte cost., sentt. n. 4 del 1972 in *Giur.cost.*, 1972, 15; e n. 60 del 1976 *ivi.*, 1976, 417. Pur convenendo, infatti, la Consulta, «nell'opinione che corrisponderebbe meglio all'esigenza di conferire organicità alla delicata materia degli interventi repressivi in materia di stampa raccogliere in unico documento le disposizioni ad essi relative», tuttavia si tratterebbe «di un'esigenza di opportunità suscettibile di essere soddisfatta solo dal legislatore»; mentre «obiettivamente considerata, la formula dell'articolo 21 non è così univoca da potersene argomentare la volontà di introdurre una riserva qualificata di legge, potendo invece venire interpretata come indicativa del complesso delle norme riguardanti la materia, anche all'infuori della loro riunione formale in unica sede».

(4) Rammentiamo che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del disposto limitatamente alle parole "a impedire la procreazione", ritenendo che la norma penale corrispondente (ex art. 533 c.p.) non potesse «essere mantenuta in vita» (cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 1971, in *Giur. cost.*, 1971, 547). Per quanto riguarda poi i "sospetti di incostituzionalità" della restante disciplina, cfr. M. Manetti, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di.), *Commentario della Costituzione, sub art. 21*, Bologna-Roma, 2006.

(5) Entrambe le posizioni sono richiamate dalla Cassazione nella decisione in commento, seppur senza che ne vengano evidenziate le differenze.

(6) Cfr. in questo senso Cass., sez. V, n. 15961 del 24 gennaio 2006, reperibile, tra l'altro, in <http://www.arancia.com> (copia cache di <http://www.cortedicassazione.it/>).

(7) Cfr., in questo senso Cass., sez. V, n. 27996 del 4 giugno 2004 (*ined.*).

(8) Così Cass., sez. V, n. 15961 del 2006 cit.

(9) Così Cass., sez. V, n. 27996 del 2004 cit.

(10) Sul punto la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi precisando come il fine della citata norma costituzionale, tenuto conto dell'importanza del ruolo della diffusione del pensiero in un regime democratico, sia quello di «garantire la diffusione della stampa, che potrebbe essere compromessa o addirittura definitivamente pregiudicata da provvedimenti che, ancorché adottati dall'autorità giudiziaria, si basano su una cognizione sommaria e possono poi risultare ingiustificati in sede di accertamento definitivo» (così Corte cost., sent. n. 122 del 1970, in *Giur.cost.*, 1970, 1540-1).

(11) Così Cass., sez. V, n. 27996 del 2004 cit., come del resto, *ID.*, n. 15961 del 2006 cit.; e, in precedenza, *ID.*, 25 giugno 2002, n. 35108, in *Cass. Pen.* 2004, 2513.

se, seguendo questo approccio, si produrrebbe un'estensione della causa del sequestro, fino a ricomprendere quelle previste dall'art. 321 del c.p.p., mentre il "sequestro preventivo" finirebbe per assorbire quello probatorio (12)).

Come già detto, dunque, l'*obiter dictum* della Cassazione chiarisce che «in tema di reati commessi col mezzo della stampa, il sequestro di n. 3 copie della pubblicazione ai sensi dell'art. 1 comma 2 r.d.l. n. 561 del 1946 è soltanto quello probatorio e non anche quello preventivo», con ciò stesso abbracciando pienamente il primo orientamento più sopra richiamato, riprendendone pressoché integralmente le argomentazioni.

3. Il valore "veicolare" della stampa

Come s'è anticipato, la Cassazione emargina quest'ordine di questioni, rilevando l'estraneità della fattispecie all'ambito delle forme di manifestazione di pensiero divulgate a mezzo stampa (evitando così di affrontare altre questioni sul tappeto come, per esempio, la possibilità di considerare il contenuto delle riviste comunque «offensivo della pubblica decenza» o, ancora, il dubbio di "irragionevolezza" «di una disposizione che consentirebbe il sequestro delle pubblicazioni oscene, negandolo per quelle "strettamente connesse al favoreggiamento della prostituzione"»).

Piuttosto, facendo proprio un approccio per così dire "sostanzialista" - in linea peraltro con quanto "suggerito", nel ricorso, dal Procuratore della Repubblica -, la Cassazione incentra la propria attenzione sui contenuti trasmessi (a mezzo stampa), circoscrivendo le tutele dell'art. 21, commi 2 e 3 Cost., solo ed esclusivamente alle "forme di manifestazione del pensiero" e non indiscriminatamente a qualunque «stampa o stampato».

In altri termini, la Corte si è trovata così a dover risolvere la questione della riconoscibilità di una manifestazione del pensiero ogniqualvolta si sia in presenza di una qualche forma di stampa.

Questione che la Corte ha risolto in senso negativo, reputando di non poter considerare «cataloghi di soggetti, accompagnati spesso da immagini fotografiche, con annunci di prestazioni sessuali, anche "particolari"» alla stregua di "forme di manifestazione del pensiero", ma, al più, di "messaggi pubblicitari" e, conseguentemente, lo "stampato" un mero "veicolo di trasmissione" di "pubblicità".

Nondimeno, il giudice ha poi considerato come quest'uso meramente "veicolare" della stampa, non manchi di trovare considerazione nel dettato costituzionale, specificamente da parte del 6° comma dell'art. 21, che «lungi dal costituire mera ripetizione del precedente comma 3, si riferisce ai mezzi di diffusione del precedente comma 3, si riferisce ai mezzi di diffusione considerati in maniera del tutto autonoma», ponendo rispetto ad essi il limite del "buon costume".

Ed è proprio attraverso la clausola del "buon costume" e, più precisamente, la considerazione del suo carattere immediatamente precettivo, che la Cassa-

zione arriva ad affermare la legittimità dell'"integrale" sequestro preventivo, considerando la sufficienza anche del «(solo) reato ipotizzato di favoreggiamento della prostituzione» a far emergere un contrasto delle pubblicazioni (pubblicitarie) *de quibus* con detta clausola. Il che a sua volta, secondo il giudice «vale di per sé» ad invocare il rimedio del sequestro, senza che sia necessario appellarsi a normative più specifiche.

4. Pubblicità vs. manifestazione del pensiero nella giurisprudenza delle Corti europee e sovranazionali

Seguendo dunque il paradigma posto dalla sentenza in commento, dinanzi alla diffusione di un qualche "contenuto", sarebbe necessario esaminare volta per volta la natura, verificando la possibilità di considerarlo alla stregua di una "forma di pensiero", dovendosi solo in tal caso far riferimento alla disciplina prevista dall'art. 21, commi 2 e 3 Cost., che consente, al più, di sequestrare in via preventiva tre esemplari. Diversamente, ad arginare ogni possibile sconfinamento rispetto al limite del "buon costume" da parte della diffusione di altri tipi di contenuti, provvede il comma 6 dell'art. 21 Cost., che legittima il "sequestro preventivo" di un numero illimitato di esemplari (13).

Ora, al di là di ogni altra possibile considerazione, l'approccio fatto proprio dalla Cassazione s'innesta in modo "singolare" su di una questione di ordine dogmatico-interpretativo di estrema delicatezza e complessità che da tempo divide, insieme alla più attenta dottrina, le più alte giurisdizioni sopranazionali e nazionali. La natura, cioè, della messaggistica pubblicitaria ed in particolare la sua riconducibilità o, all'opposto, la sua estraneità alle "forme di pensiero".

Si tratta di una questione che meriterebbe ben altro approfondimento, ma rispetto a cui può essere qui sufficiente osservare come il punto di *discrimen* sia individuabile in un'accezione "lata", in vista di accordare le più ampie garanzie, piuttosto che "restrittiva" della nozione di "manifestazione del pensiero". Anche se, poi, sui rispettivi versanti originati da questo "crinale" si trovano tutta una serie di orientamenti di vario genere, incluso quello seguito della Cassazione nel caso di specie.

Ad ogni modo, tra le prime vanno certamente cita-

Note:

(12) Cfr. in modo esplicito Cass., sez. V, n. 27996 del 2004 cit.

(13) Parte della dottrina, da un punto di vista processualistico, la considera una "definitiva attestazione" del fatto che l'atto di sequestro «colpisce cose non solo "utilizzate per commettere il reato", ma comunque "indispensabili sia alla verifica di tutte le modalità di preparazione ed esecuzione del reato, sia alla conservazione delle sue tracce o all'identificazione del colpevole, compreso l'accertamento del movente"» (così V. Rispoli, *Prostituzione "aiutata" da giornali e siti Internet: i fragili confini tra favoreggiamento, libertà di stampa e irrinunciabile tutela della legalità*, in <http://www.giuffre.it/>).

te la Corte di Giustizia in ambito sovranazionale e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in campo internazionale (per limitare la nostra attenzione alle supreme giurisdizioni che svolgono un qualche tipo di influenza nel nostro ordinamento interno). Entrambe le Corti, seguendo un orientamento "affine" in materia, riconducono la pubblicità nella sfera di protezione dell'art. 10, comma 1 CEDU, sindacando la "legittimità" di eventuali limitazioni alla luce del comma 2 del medesimo disposto (14).

Così, la Corte di Giustizia, pur muovendo dalla propria peculiare prospettiva volta a garantire la «libera prestazione dei servizi» (15), finisce, anche in materia pubblicitaria, per ricondurre «i contenuti» esclusivamente nella libertà d'espressione «quale consacrata nell'art. 10, n. 1, della CEDU (16)», e a giustificare le «restrizioni imposte dagli Stati membri» alla luce di determinati obiettivi di rilievo (come per esempio «la tutela dei consumatori contro gli eccessi della pubblicità commerciale», o «in un'ottica di politica culturale, il mantenimento di una certa qualità dei programmi») (17). Dal canto suo, ancora più univocamente orientata si rivela la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale configura il fenomeno pubblicitario alla stregua di una forma di pensiero, riconducendolo all'esclusivo ambito di applicazione del predetto art. 10 della CEDU (18), pur riconoscendo il «margine di discrezionalità» di cui le autorità nazionali godono nel valutare l'esistenza di una necessità sociale imperativa che possa giustificare una limitazione della libertà d'espressione «*spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité*» (19).

5. Segue: il dibattito nazionale

Anche in ambito interno può considerarsi come, in linea generale, coloro che abbracciano una nozione estensiva della libertà di manifestazione del pensiero siano portati a ritenere che «Sotto un profilo ontologico» ne costituisca a pieno titolo un aspetto anche la pubblicità commerciale (20). Nondimeno, anche chi fa proprio questo tipo di approccio non manca in gene-

(15) Eloquenti, al proposito, le «conclusioni» dell'Avv. Gen. Siegbert Alber, presentate l'8 aprile 2003 nella Causa C-71/02 (*Herbert Kamek Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GesmbH*, decisa in via definitiva dalla Corte di Giustizia, V sez. il 25 marzo 2004), spec. p. 97; e le «conclusioni» dell'Avv. Gen. Juliane Kokott, presentate il 28 ottobre 2004 nella Causa C-134/03 (*Viacom Outdoor Srl e Giotto Immobilier SARL*, decisa in via definitiva dalla Corte di Giustizia, III sez., 17 febbraio 2005), spec. p. 45 (le pronunce della Corte di Giustizia richiamate sono reperibili sul sito web <http://curia.europa.eu/it/index.htm>).

(16) Disposizione a cui, secondo la Corte di Giustizia, si riferirebbe l'ottavo considerando della direttiva del Consiglio 89/552/CEE, «relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive» (cfr. Corte di Giustizia, V sez., sent. del 23 ottobre 2003, nel procedimento C-245/01, *RTL Television GmbH e Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, spec. p. 68).

(17) Cfr. Corte di Giustizia, *RTL Television GmbH*, cit., spec. pp. 68-73, in cui vengono richiamate, in particolare, le sentenze della Corte del 25 luglio 1991, resa nella causa C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, p. 27; e 28 ottobre 1999, nella causa C-6/98 (*ARD*), p. 50.

(18) In particolare, secondo la Corte di Strasburgo: «*L'article 10 ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression*», notoriamente quelli di natura politica, ma comprende altresì «*l'expression artistique*» (così nell'arrêt *Müller et autres c. Suisse*, del 24 maggio 1988, req. n. 10737/84, p. 27), così come «*la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble*», decisione *Groppera Radio AG et autres c. Suisse* del 28 marzo 1990, req. n. 10890/84, p. 54, nonché «*des informations à caractère commercial*» decisione *markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne* del 20 novembre 1989, req. n. 10572/83, p. 26 (le pronunce della Corte eur. D.U. qui citate sono reperibili sul sito web <http://www.echr.coe.int>).

(19) Così la Corte eur. D.U. nella decisione *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera*, del 28 giugno 2001, req. n. 24699/94, p. 69, in cui richiama, in particolare, tra i propri arrêts, quelli resi sul caso *Jacobowski c. Allemagne*, del 23 giugno 1994, req. n. 15088/89, p. 26 e *markt intern*, cit., 33. Per vero, si tratta di un orientamento che a Strasburgo è da lungo tempo seguito, come dimostra la decisione della Commissione europea del 5 marzo 1979 resa relativamente al caso *X. and Church of Scientology c. Suède* (n. 7805/77), in cui «*En examinant [la] question, la Commission accorde une fois de plus de l'importance au fait que les "idées" ont été exprimées dans le cadre d'une annonce à caractère commercial*» (pag. 79). Precisamente «*Bien que la Commission soit d'avis que le "discours" commercial en tant que tel n'est pas privé de la protection prévue au paragraphe 1 de l'article 10, elle considère qu'il doit en bénéficier dans une mesure moindre que l'expression d'idées "politiques", au sens le plus large, expression que les valeurs qui étayent la notion de liberté d'expression dans la Convention visent au premier chef*» (sulla giurisprudenza meno recente della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, si veda, tra gli altri, L. Boisson de Chazournes, *Pubblicità commerciale e libertà di espressione nella giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo*, in P. Barile e R. Zaccaria (a cura di), *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione* 1985, Padova, 1980, 35 ss.).

(20) Così, da ultimo, A. Pace, in G. Branca e A. Pizzorusso, (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 53. Nello stesso senso, in precedenza, G. Ghidini, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968, 288 ss.; M. Fusi, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1974, 9 ss.; Vignudelli A., *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983, 100 ss.; A. Cerri, *Pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. inform. e informatica*, 1995, 544 ss. Ancora più netta la posizione di C. Mezzanotte (*Pubblicità televisiva e diritto alla diffusione del pensiero*, in *Corr. giur.*, 1990, 422), che considera i limiti all'inserimento dei messaggi pubblicitari (nella specie, previsti dalla legge n. 223/1990 relativamente alle opere cinematografiche) non rispettosi del diritto di diffusione del pensiero garantito dall'art. 21 Cost., dal momento che dovrebbe essere lo stesso autore dell'opera non solo a sceglierne i contenuti e i modi di diffusione ma anche a decidere in merito all'eventuale innesto di pubblicità.

Note:

(14) Ai sensi dell'art. 10 CEDU ("Libertà di espressione") "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

re di tenere in qualche conto l'art. 41 Cost., seppur per rilevare l'inidoneità di tale disposto a far sì che essa cessi «di essere qualificabile come manifestazione del pensiero» (21) - di qui la singolarità della decisione in commento in cui, pur escludendosi di aversi a che fare con una «manifestazione del pensiero», la norma non è nemmeno richiamata - . Piuttosto, secondo questa posizione, entrambe le norme costituzionali «concorrerebbero» alla disciplina del messaggio pubblicitario (22) e proprio tale «concorso» renderebbe ragione della possibile previsione di «deroghe» («discendenti», appunto, dall'art. 41, comma 2 Cost.) alla libertà di manifestazione di pensiero nella «forma della pubblicità commerciale» (23).

Diversamente, nella giurisprudenza costituzionale e nella prevalente dottrina privatistica (24), viene seguita la tesi «separatista», distinguendosi in modo piuttosto marcato le «forme di manifestazione del pensiero» rispetto alla messaggistica pubblicitaria e pervenendosi per questa strada ad escludere «con sicurezza» che quest'ultima possa rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 21, comma 2 Cost., «posta a difesa della stampa di cultura, di opinione, d'informazione» (25).

Tale orientamento è condiviso specie da quella parte della dottrina più attenta a rilevare le caratteristiche affatto peculiari della pubblicità, ritenuta strumentale e inerente all'esercizio della libertà economica tutelata dall'art. 41 Cost. (26), e non a quella di manifestazione del pensiero (27), rendendo anche ragione della più ampia possibilità di limitazioni (28), in vista della salvaguardia di altri valori di rango costituzionale (29).

Una posizione questa, che del resto sembra lasciare impregiudicata la possibilità che, in seguito ad un giudizio di «prevalenza», in quei casi in cui dovesse riscontrarsi la preponderanza di altra valenza del messaggio pubblicitario vengano invocate altre più adeguate garanzie costituzionali (ad esempio la libertà dell'arte ex art. 33 Cost.) (30).

Se, pertanto, alla luce dei prevalenti approcci giurisprudenziali e dottrinali, sulla configurazione giuridica della comunicazione pubblicitaria la posizione assunta dalla Cassazione nel caso in esame risulta alquanto originale, l'equiparazione fra stampati e siti internet che la Cassazione alla fine della decisione mostra di condividere, dovrebbe, però, ancora una volta far riflettere sui problemi di identificabilità e di praticabilità del sequestro preventivo posti dal mezzo telematico (31), che potrebbero rendere inefficace - se non in una contestuale «funzione probatoria» - e, al contempo, «sproporzionato» il sequestro stesso, ampliando peraltro a dismisura taluni profili critici già posti in relazione alle pubblicazioni cartacee (32).

Note:

(21) Così A. Pace, *op. ult. cit.*, 59, a cui per vero non pare estranea una certa preoccupazione per l'esito a cui potrebbe portare la selezione di «materie privilegiate», nonché la riconduzione della messaggistica pubblicitaria esclusivamente sotto la tutela dell'art. 41 Cost., specie in mate-

ria di garanzie giurisdizionali. Non risultando per altro verso sufficiente ad attenuare quest'ordine di preoccupazioni quella giurisprudenza costituzionale che afferma che in ogni caso le (eventuali) deroghe e limitazioni non possono giungere a comprimere la pubblicità fino al punto da ledere il nucleo essenziale della libertà economica dell'impresa.

(22) Così A. Pace, *op. ult. cit.*, 63.

(23) Così A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 393.

(24) Cfr. tra gli altri, E. Capizzano, *Libertà di stampa e diritto all'immagine*, in *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, (a cura di) P. Perlingeri, Napoli, 1972, 475 ss.; E. Roppo, *I controlli sul contenuto della pubblicità: sviluppi, problemi e prospettive*, in *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione 1985*, cit., 168 ss.; F. Cafaggi, *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1995, vol. XI, 435 ss.; e V. Zeno-Zencovich, *Libertà d'espressione. Media mercato potere*, Bologna 2004, 85 ss.

(25) Così Corte cost., sent. n. 68 del 1965, in *Giur. cost.*, 1965, 853 (nei confronti della quale è critico S. Fois, *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. cost.*, 1965, 852).

(26) Cfr. in questo senso P. Costanzo, *Stampa (libertà di)*, cit. 544.

(27) A cui sarebbero precipuamente legati i valori più intimamente promananti dalla personalità individuale: cfr. in questo senso C. Chiola, che muove dalla considerazione che «certamente, la pubblicità economica non costituisce manifestazione che viene diffusa per esprimere la personalità del suo autore» (nella voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIX, 1990, 6).

(28) V. sul tema G. Corasaniti, *La regolamentazione della pubblicità: profili costituzionali*, in G. Corasaniti e L. Vasselli (a cura di), *Diritto della comunicazione pubblicitaria*, Torino, 1999, 1 ss.

(29) Al proposito, già nella sent. n. 225 del 1974 (in *Giur. cost.*, 1974, 1789) la Corte costituzionale auspicò che, grazie ad un'adeguata limitazione della pubblicità, si evitasse il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, recasse grave pregiudizio «ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela». Con la sent. n. 202 del 1976, (in *Giur. cost.*, 1976, 1283), il legislatore venne invitato a stabilire «limiti temporali per le trasmissioni pubblicitarie» (delle emittenti radiotelevisive private, via eteree, in ambito locale) «in connessione con gli analoghi limiti imposti al servizio pubblico affidato al monopolio statale». Infine, nella sent. n. 231 del 1985 (in *Giur. cost.*, 1985, 1891-2), la Consulta tirò, per così dire, «le fila» della propria giurisprudenza pregressa, affermando in modo piuttosto perentorio che «la netta distinzione tra le manifestazioni del pensiero delle quali, [...] viene affermata la libertà, da un lato, e la pubblicità commerciale, della quale viene sottolineata la natura di «fonte di finanziamento» degli organi di informazione, dall'altro, sta ad indicare in modo inequivoco che quest'ultima è considerata una componente dell'attività delle imprese, come tale assistita dalle garanzie di cui all'art. 41 Cost., e assoggettabile, in ipotesi, alle limitazioni ivi previste al secondo e terzo comma».

(30) Favorevole alla verifica caso per caso è L. Principato, *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Giur. cost.*, 2003, 550 e ss.

(31) La prima casistica sul sequestro di siti è reperibile all'indirizzo telematico: www.elbax.it. Più in generale, in materia di sequestro di «materiale» telematico, si vedano, tra gli altri, M. Cammarata, *Quando il sequestro è contro la legge*, in <http://www.interlex.it/regole/sequestro.htm>, del 12 luglio 2002; S. Aterno (nota a Trib. Milano, dell'11 marzo 2005), *In materia di sequestro di hd e acquisizione della prova informatica: un caso eclatante*, in questa *Rivista*, 2005, 368-9; A. Monti (nota a ord. Trib. Brescia 9 ottobre 2006), *No ai sequestri indiscriminati di computer*, *ivi*, 2007, 268 ss.; e E. Aprile (nota a Cass. pen., sez. I, 4 luglio 2007), *Sequestro del computer di un giornalista, clonazione della relativa memoria e tutela del segreto professionale*, *ibidem*, 585 ss.

(32) Significativa, a riguardo, una lontana pronuncia in cui il giudice partenopeo revocò un sequestro di quotidiani disposto a norma dell'art. 700 c.p.c. ritenendo che esso andasse ad incidere «eccessivamente» sulla libertà di stampa colpendo anche le parti del periodico non contestate (cfr. Trib. Napoli, 1° dicembre 1984, in *Dir. Autore*, 1986, 327).

Diritto di accesso

Accesso alle posizioni giuridiche virtuali rappresentate dalle informazioni immagazzinate in supporti magnetici

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, Sez. Giurisdizionale, 8 ottobre 2007, n. 927 - Pres. Barbagallo - Est. Zucchelli - Avaro c. Ministero degli Interni - Questura di Catania (annulla T.A.R. Sicilia - Catania, sez. II, 27 dicembre 2006, n. 2540)

Atto amministrativo - Diritto di accesso - Risposte alle interrogazioni fornite alle banche dati del Viminale - Istanza di accesso ad atti telematici relativi a un "blocco" di un passaporto ed ai file log - Ammissibilità

(l. 7 agosto 1990, n. 241; d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82)

Sussiste il diritto di accesso agli atti amministrativi anche quando questi ultimi assumano forma di risposte alle interrogazioni fornite dai terminali che accedono alle banche dati della P.A. Infatti, tali atti corrispondono alle pagine dei registri cartacei e dei fogli un tempo utilizzati e conservati dentro le "cartelle" o i "faldoni". Concettualmente si tratta di operazioni identiche a quelle concernenti i dati trattati e conservati su supporto cartaceo.

...*Omissis*...

Fatto

La signora Giovanna Carla Avaro, venuta a conoscenza che il passaporto del figlio minore Marco era stato oggetto di "blocco" risultante dai terminali della Questura, in data 24 giugno 2006 inoltra alla questura di Catania istanza di revoca dello stesso blocco e di accesso alla documentazione amministrativa. Ed in particolare copia del provvedimento con cui era stato disposto il blocco del passaporto e di tutti gli atti e documenti relativi. In data 26 luglio 2007 diffidava l'amministrazione ad adempiere alla richiesta di accesso.

Perdurando l'inadempimento, adiva il TAR di Catania lamentando l'illegittimità dell'inadempimento e della emanazione di un provvedimento interdittivo alla libera circolazione di un cittadino.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione resistendo. Con la sentenza di cui in epigrafe il TAR respingeva il ricorso, osservando:

Gli articoli 23 e seguenti della legge n. 241 del 1990 si riferiscono solo ad atti e documenti formati dalla P.A.

Non sussiste un interesse diretto concreto ed attuale rispondente ad una situazione giuridicamente tutelata;

Con il deposito della nota della Questura di Catania Cat. 1/06/Gab del 20 novembre 2006 la ricorrente è in grado di acquisire le notizie richieste con la domanda di accesso.

Avverso la detta sentenza promuove appello l'appellante in epigrafe lamentando:

L'inserimento di un blocco informatico sul passaporto deve essere consequenziale ad un provvedimento restrittivo alla libera circolazione, che quindi deve essere portato a conoscenza dell'interessato.

Dalla risposta della Questura si rileva l'esistenza di un'istanza di revoca dell'assenso all'espatrio presentata dal padre del minore. Pertanto l'accesso è altresì diretto a chiarire i termini documentali di questa vicenda.

La nota della Questura versata in atti è successiva alla istanza di accesso, e comunque non riporta il contenuto della opposizione all'espatrio.

Diritto

La sentenza impugnata, in particolare nella prima parte della motivazione, assume un significato di atto o documento non condivisibile.

Per comprendere meglio i termini della questione occorre ricordare che attraverso i sistemi informatici la Pubblica Amministrazione è autorizzata a gestire, come, in effetti, gestisce, una moltitudine di posizioni giuridiche virtualmente rappresentate dalle informazioni immagazzinate in supporti magnetici. Talvolta il mezzo informatico è chiamato a compiere operazioni autonome, che producono un risultato originale rispetto ai dati utilizzati, incrociando, confrontando, elaborando dati di prove-

nienze diverse; talvolta, ed è il caso che qui interessa, esso serve a semplificare e velocizzare la gestione di dati ed informazioni: Concettualmente si tratta di operazioni identiche a quelle concernenti i dati, riguardanti i cittadini, trattati e conservati cartaceamente tramite registri, elenchi o così dette "pratiche" costituite, appunto, da una raccolta di documenti scritti.

Le risposte alle interrogazioni fornite dai terminali, che materialmente appaiono sul video, corrispondono, sotto un profilo concettuale, alle pagine dei registri cartacei e dei fogli un tempo utilizzati e conservati dentro le "cartelle" o i "faldoni". Così come il documento cartaceo è il risultato di un atto di conoscenza o volontà del funzionario o impiegato che materialmente lo ha formato e lo ha inserito nella "pratica", così le informazioni lette sul video sono il risultato di un'operazione di immissione di esse, paragonabile alla scritturazione sul registro o alla compilazione di un documento, a monte del quale, tuttavia, è sempre un atto di conoscenza o volontà di un funzionario o impiegato pubblici.

Ne consegue l'esistenza di procedure assai rigorose attraverso le quali solo soggetti abilitati possono inserire o variare i dati che compaiono sui video, allo stesso modo in cui solo il pubblico funzionario autorizzato poteva variare i registri cartacei o inserire nelle "pratiche" atti scritti apponendo la sua firma per indicare l'agente dotato di potere amministrativo ed assumerne la responsabilità. La circostanza, meramente estrinseca, che l'apprensione conoscitiva del dato non possa avvenire mediante l'uso dei sensi ordinari (la vista in primo luogo), ma solo attraverso l'utilizzazione di uno strumento particolare (l'elaboratore) non muta la sostanza del dato e delle operazioni.

Il sistema informatico utilizza, anch'esso, come noto, una sorta di firma, costituita dalle così dette "registrazioni di log" che individuano il soggetto che si è inserito nel sistema, il giorno, l'ora ed il contenuto della nuova registrazione, attribuita, tramite la password, ad un determinato funzionario.

Tali registrazioni e tali risultanze sono documenti ed atti nel senso indicato dagli articoli 23 e seguenti della legge n. 241 del 190.

A questa univoca conclusione si perviene in relazione all'articolo 22, comma 1 lettera d) della legge citata, il quale intende per: «documento amministrativo», ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse.»

Si consideri inoltre l'articolo 1, comma 1, lettera p) del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'Amministrazione digitale), il quale considera documento informatico la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti.

Non vi è quindi il minimo dubbio che il così detto "blocco" che, alla interrogazione al terminale, è apparso in corrispondenza del passaporto del minore Marco, costi-

tuisse in sé un provvedimento amministrativo adottato sotto forma elettronica da parte di un soggetto appartenente alla Amministrazione il quale si è inserito, utilizzando la sua password, nel sistema ed ha materialmente digitato l'iscrizione dalla quale sono scaturiti, per l'appunto, conseguenze "giuridicamente rilevanti".

È del tutto irrilevante che, a monte di esso, sia esistito o meno un documento in forma scritta che autorizzava il funzionario o l'addetto informatico a tale operazione. Anche in mancanza, l'atto stesso dell'inserimento nel sistema e della digitazione della dicitura costituisce provvedimento amministrativo, e la presenza delle "registrazioni di log" è in grado di attribuire la paternità dello stesso al funzionario che lo ha compiuto. In maniera non dissimile, l'inserimento di un atto o di un'annotazione scritta nella "pratica" determina conseguenze giuridiche e problema diverso è appurare, in caso di necessità, se tale atto o tale annotazione sono stati introdotti da un soggetto che ne aveva il potere, identificandolo, allo scopo, tramite una firma o una sigla sul materiale foglio di carta, o supporto cartaceo.

La richiesta di accesso qui all'esame, quindi, non solo è ammissibile e fondata, ma particolarmente opportuna nei casi di specie, nei quali la volatilità apparente delle registrazioni informatiche, e soprattutto la loro non apprensione ai sensi comuni della vista e del tatto, può aprire ampi spazi di illegittimità ed arbitrio.

Che questa sia l'unica conclusione possibile, alla luce dei principi del diritto conciliati con l'evoluzione delle tecnologie, è dimostrato dalla stessa vicenda qui all'esame. In effetti, il minore Marco Vasta ha subito una compressione del suo diritto costituzionale alla mobilità, sancito dall'articolo 16 secondo comma della Costituzione, per motivi ignoti e che nessuna Amministrazione ha voluto chiarire.

Lasciare tali situazioni prive di una tutela anche sotto il profilo dell'accesso significherebbe, di fatto, tornare ai tempi antecedenti la legge n. 241 del 1990, quando documenti, atti e registri della P.A. erano sostanzialmente oggetto di segreto, con la maggiore aggravante del fatto che, all'epoca, almeno la traccia documentale non poteva non sussistere, salvi i casi di distruzione dell'atto pubblico, e comunque era apprensibile ad un qualsiasi essere umano che ne venisse in possesso. Viceversa, nel caso delle registrazioni informatiche la loro apprensione è possibile solo attraverso il mezzo tecnico e mediante un'operazione specifica di apertura del "file" e di sua lettura, mentre l'eliminazione è alla portata di qualunque operatore autorizzato all'accesso al sistema in maniera sostanzialmente anonima, salve le ripetute "registrazioni di log" che richiedono però, per la loro lettura, un intervento specializzato della stessa P.A.. Ma è appunto anche a tali dati che si estende il diritto di accesso, poiché il cittadino ha diritto a conoscere quale sia il funzionario che ha apposto una determinata dicitura sul suo profilo informatico, le ragioni e le norme di legge che sono state applicate.

Né si può sostenere, nel caso di specie, che la nota versata in atti dalla Questura sia sufficiente alla bisogna.

Da essa, infatti, non è possibile conoscere l'autorità che ha ordinato il blocco, le motivazioni, il funzionario responsabile di quel procedimento, le date esatte degli avvenimenti etc. Risulta palese che un tale interesse sussiste in capo alla parte privata, e il Giudice amministrativo è chiamato ad analizzare e verificare gli eccessi di potere che abbiano comportato lesione di tale fondamentale interesse.

Spetterà alla Amministrazione verificare se gli atti ritenuti illegittimi implicano anche responsabilità di pubblici dipendenti.

Non condivisibile, quindi, è l'affermazione della inesistenza di un interesse concreto e diretto alla conoscenza di tali "atti virtuali" della Pubblica Amministrazione. In effetti, le conseguenze giuridiche scaturiscono esattamente da essi, e non da altro. Nel caso in esame sarebbe bastato che al controllo di frontiera l'agente della Polizia di Stato si fosse inserito nel sistema per la verifica del

passaporto e, in tal caso, avrebbe rilevato la dicitura di blocco, impedendo l'espatrio e quindi violando seduta stante il diritto costituzionale del minore. Sostenere che tale "blocco" risultante sul video del terminale sia un non atto o non abbia idoneità a produrre effetti giuridici non sembra ammissibile.

In conclusione, il ricorso di primo grado è fondato e pertanto l'appello deve essere accolto.

L'Amministrazione fornirà alla ricorrente tutte le informazioni riguardanti la procedura di blocco del passaporto del minore Marco Vasta, ivi comprese le "registrazioni di log" che identificano il soggetto che materialmente ha introdotto il blocco nel sistema elettronico, le copie di tutti i documenti, pubblici e privati, che in maniera anche indiretta hanno determinato un soggetto, non ancora identificato, alla decisione di inserire tale blocco. Le spese, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

... Omissis...

IL COMMENTO

di Mattia Pani

Le nuove frontiere del diritto di accesso, soprattutto in esito alle riforme degli ultimi anni, sono in costante evoluzione. Per tali ragioni la sentenza in commento assume particolare rilievo dal momento che non si limita rinnovare i contenuti dell'istituto ma introduce due importanti elementi di novità. In primo luogo conferma, una volta ancora, la perfetta equiparazione tra il documento elettronico e quello cartaceo ed, in secondo luogo, procede nell'individuazione, a titolo esemplificativo, di quelli che sono gli atti amministrativi telematici accessibili. Questi ultimi, nel caso di specie, vengono riconosciuti nelle interrogazioni fornite dai terminali che materialmente appaiono sul video utilizzando, se necessario, anche le così dette "registrazioni di log". In tal modo è assegnato nuovo impulso al diritto di accesso agli atti amministrativi "virtuali".

1. Il contesto di riferimento

Il diritto d'accesso, come autorevolmente osservato (1), trova il proprio fondamento nell'art. 21 della Costituzione, in quanto espressione del diritto di informazione, nonché di tutti quei principi, di democrazia, di sovranità popolare, di uguaglianza e di sviluppo della persona umana, per la realizzazione dei quali la libertà di informarsi appare "strumentalmente necessaria (2)". Esso, peraltro, costituisce proiezione dell'art. 97 Cost. (comma 1), secondo il quale "i pubblici uffici sono organizzati in modo che siano assicurati il buon andamento e

l'imparzialità dell'amministrazione" e del successivo art. 98 (comma 1) per il quale "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione".

I suoi confini (3), in esito ai più recenti interventi normativi (4), negli ultimi anni hanno subito una continua e profonda evoluzione che ha determinato degli interessantissimi sviluppi. Il rinnovato quadro giuridico-

Note:

(1) P. Barile e S. Grassi, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Noviss. Dig. It., App.*, Torino, 1983, 196; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 369.

(2) Sul punto vedi R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528; G. D'Auria, *Trasparenza e segreti nell'amministrazione italiana*, in *Pol. Dir.*, 1990, 115; R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 416; A. Romano Tassone, *Considerazioni in tema di diritto d'accesso*, in *Scritti per E. Silvestri*, Milano, 1992, 431; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1995; M. Clarich, *Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, I, 132; V. Scognamiglio, *Il diritto d'accesso nella disciplina della legge 7 agosto 1990, n. 241 ed il problema della legittimazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1996, 93.

(3) A. Laino, *L'accesso ai documenti amministrativi tra aperture giurisprudenziali e novità legislative*, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2005 e M. Occhiena, *I diritti di accesso dopo la riforma della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amministrativo TAR*, 2005, n. 3, 905.

(4) Il riferimento, ovviamente è alle leggi 15/2005 e 80/2005. Sul punto V. Cerulli Irelli, *Verso un più completo assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche e integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, 44, su *www.astrid.it* e A. Cennicola, *Il diritto di accesso dopo la legge n. 15/2005*, in *www.diritto.it*.

normativo ha stimolato la produzione dottrinale (5) arricchendo di ulteriori interrogativi anche le due problematiche storiche; non solo, dunque, si è rivitalizzata l'indagine riguardante la natura del diritto di accesso (6) (ovvero se debba essere inquadrato quale diritto soggettivo o interesse legittimo (7)) ma si è pure ulteriormente estesa la riflessione inerente la individuazione in concreto degli atti amministrativi che possono essere considerati tali e che, di conseguenza, possono ragionevolmente essere considerati accessibili (8).

In ordine a tale ultimo aspetto, di più immediato interesse per il cittadino utente (9), interviene anche la sentenza in commento rappresentando un rilevante contributo nell'interpretazione della tipologia di documenti accessibili. Le spinte riformiste, invero, hanno trovato giustificazione, ancora una volta, grazie alla interpretazione giurisprudenziale che, sollevando, in diverse occasioni, difficoltà inerenti il riconoscimento del documento amministrativo informatico (10), ha indotto il legislatore a pronunciarsi sull'argomento.

In tale contesto il più generale principio del buon andamento (11) della pubblica amministrazione si è dovuto adeguare alla pressante esigenza di informatizzazione e automazione completa che si realizza grazie alle nuove tecnologie (12). L'obiettivo finale è quello di una pubblica amministrazione digitale, con protocollo informatizzato, posta certificata e, soprattutto, trasparenza dell'*iter* burocratico-procedimentale verso l'esterno quali veicoli per una migliore realizzazione del pubblico interesse (13).

L'adeguamento della vecchia macchina burocratica alle più innovative conquiste, però, non può rappresentare un motivo per ridurre le soglie minime di garanzia e tutela che inequivocabilmente devono essere riconosciute al cittadino in ordine all'operato della pubblica amministrazione in termini di efficienza ed efficacia.

Per tali ragioni la sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia che forma oggetto della presente nota, in quanto relativa all'utilizzo di "registrazioni di log (14)", appare di stretta attualità.

La pronuncia, infatti, chiarisce in termini assoluti che "sostenere che il blocco risultante sul video del terminale sia un non atto o non abbia idoneità a produrre effetti giuridici non sembra ammissibile".

L'efficacia della sentenza, dunque, si colloca in una duplice prospettiva in quanto per un verso interviene a sostegno di quel consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che già da tempo si batte per la perfetta equiparazione tra lo strumento informatico e quello cartaceo, per altro verso si spinge anche oltre riconoscendo la veste di atto amministrativo anche ad un atto "virtuale" della pubblica amministrazione (15).

Il dato di partenza, ancora una volta, è rappresentato dalla legge 241/1990 in quanto il Consiglio di Giustizia Amministrativa, correttamente, ritiene che anche le così dette registrazioni di log, le quali hanno la funzione di individuare il soggetto che si è inserito nel sistema, il giorno, l'ora ed il contenuto della nuova registrazione, attribuita,

tramite la *password*, ad un determinato funzionario, rappresentano a tutti gli effetti un documento e un atto amministrativo nel senso indicato dall'art. 23 della citata legge.

Invero il ragionamento appare condivisibile anche in forza del contenuto dell'art. 22 secondo il quale si intende per "documento amministrativo ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernente attività di pubblico interesse".

Il portato normativo, che per la sua completezza pa-

Note:

(5) Una sommaria schematica ricostruzione storica di tali profili evolutivi è presente in F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 863, Milano, 2006. Per un approfondito esame della tematica, tra tutti, da ultimo F. Pubusa, *Diritto di accesso e automazione. Profili giuridici e prospettive*, Torino, 2006.

(6) Sulla natura giuridica del diritto di accesso si veda R. Galli e D. Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 2004, 755. Secondo G. Virga, *L'Araba fenice della natura giuridica del diritto di accesso*, su www.lexitalia.it, la determinazione della natura giuridica del diritto di accesso, nonostante siano ormai passati oltre tre lustri dall'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, costituisce ancor oggi una questione non del tutto risolta. L'Autore conclude però che "la disciplina positiva finisce per dimostrare - considerato peraltro che l'interesse legittimo all'accesso di regola, per la sua rilevanza pubblicistica, addirittura prevale sul vero e proprio diritto alla riservatezza - che l'interesse legittimo in quanto tale, anche se sotto le mentite spoglie del diritto soggettivo, non è più figlio di un Dio minore". In giurisprudenza Cons. di Stato, Sez. V, 10 agosto 2007, n. 4411, su www.lexitalia.it.

(7) Tale posizione è sostenuta, ad esempio, da I. Cacciavillani, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000. Tra i primi commentatori U. Realfonzo, *Un diritto mancato, Il diritto di accesso*, in *Nuova Rass.*, n. 9, 1994. In giurisprudenza Cons. di St., Ad. Pl., 24 giugno 1999, n. 16, su www.lexitalia.it.

(8) In ordine ai documenti accessibili si veda F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 869; sul punto anche R. Galli e D. Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 2004, p. 760. In giurisprudenza, da ultimo, TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 17 novembre 2007, e Cons. di St., Sez. VI, 13 novembre 2007, su www.lexitalia.it.

(9) Per il cittadino, infatti, in quanto profano ciò che rileva non è tanto se la posizione giuridica fatta valere debba essere qualificata come diritto soggettivo o interesse legittimo, bensì, in termini molo più pratici, se il documento di suo interesse sia accessibile e, di conseguenza, se potrà prenderne visione.

(10) A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, in G. Arena, M. Bombardelli, M. P. Guerra e A. Masucci, *La documentazione amministrativa*, Rimini, 2001.

(11) Sul punto, in particolare, U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della P.A.*, in *Dig. It./Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993.

(12) Sul fondamento costituzionale e la natura del diritto di accesso in rapporto all'automazione si veda ancora l'interessante contributo di F. Pubusa, *Diritto di accesso e automazione*, Torino, 2006, 77.

(13) Sul pubblico interesse anche, G. Clemente di San Luca, *I nuovi confini dell'interesse pubblico*, Padova, 1999, 169.

(14) Per uno dei primi contributi in materia di file di log, sebbene riferito all'ambito della conservazione delle immagini da parte della polizia giudiziaria, si veda F. Cajani, *Alla ricerca del Log (perduto)*, commento a Trib. di Chieti, sez. pen., 30 maggio 2006, n. 139, in questa *Rivista*, 6, 2006, 572.

(15) In ordine all'efficacia dei dati amministrativi informatici A. Gentili, *I documenti informatici, validità ed efficacia probatoria*, in questa *Rivista*, 3, 2006, 297.

re efficacemente essere già esaustivo, è stato ulteriormente rafforzato per effetto della contestuale entrata in vigore del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, meglio noto come Codice dell'Amministrazione digitale (16).

A tale proposito è sufficiente ricordare la grande importanza storico-evolutiva rappresentata dall'art. 1, comma 1, lettera p) (17) in forza del quale il documento informatico consiste nella rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti (18).

2. Il riconoscimento del diritto di accesso agli atti amministrativi informatici, in particolare, di tipo virtuale

La sentenza in commento, pur nella sua scaltrezza motivazionale, appare rivoluzionaria in quanto ribaltando totalmente la decisione di primo grado (19) riconosce autonoma validità e rilevanza al documento amministrativo informatico, anche se di tipo virtuale (20), e lo colloca in una posizione di perfetta equiordinazione rispetto al documento amministrativo tradizionale di tipo cartaceo.

Sotto tale profilo, infatti, il contributo interpretativo offerto non è di poco conto in specie ove si consideri che il giudice amministrativo si cala, con perfetta cognizione di causa, nel caso concreto offrendo una condivisibile chiave interpretativa adeguatamente supportata da un impianto esemplificativo di sostegno.

Il ragionamento appare semplice e lineare fin dal principio ove si osservi che ormai, quotidianamente, la pubblica amministrazione è chiamata a confrontarsi con una pluralità di supporti documentali che hanno in toto sostituito i tradizionali documenti cartacei. In tale contesto allora risulta essere innegabile che attraverso i sistemi informatici gli enti pubblici sono autorizzati a gestire una moltitudine di posizioni giuridiche virtualmente rappresentate dalle informazioni immagazzinate in supporti magnetici, come è effettivamente avvenuto nel caso in questione.

Per tali ragioni anche la descritta attività si inserisce all'interno di un ordinario procedimento amministrativo in quanto concerne atti amministrativi. In sostanza il mezzo informatico è chiamato a compiere operazioni autonome, che producono un risultato originale rispetto ai dati utilizzati, incrociando, confrontando, elaborando altri dati di provenienze diverse ma non per questo, sotto il profilo giuridico, l'attività compiuta deve essere disciplinata in maniera dissimile rispetto alle identiche operazioni concernenti i dati trattati e conservati su supporto cartaceo (21).

È questo l'aspetto più interessante della sentenza dei giudici siciliani in quanto non si limitano ad affermare un principio teorico ma si calano nel concreto riconoscendo che le suddette operazioni assumono la medesima veste giuridica che deve essere riconosciuta ai registri, agli elenchi o alle cosiddette pratiche, costituite da una molteplice raccolta di documenti scritti ed in ordine ai quali nessuno avrebbe alcun dubbio a riconoscerne

l'autonoma validità e rilevanza giuridica in esito ad una richiesta istanza di accesso agli atti.

Le sfumature che possono assumere i documenti informatici (22) così non ne impediscono l'accessibilità al contrario di quanto erroneamente sostenuto dal Tribunale amministrativo di Catania nella riformata sentenza. Ma anche sotto tale profilo il Consiglio di Giustizia Amministrativa non lascia spazio a margini di dubbio in quanto chiarisce, inequivocabilmente, anche l'autonoma rilevanza giuridica degli atti informatici di tipo virtuale. Da ciò consegue che anche le risposte alle interrogazioni fornite dai terminali, che materialmente appaiono sul video, corrispondono, sotto un profilo concettuale, alle pagine dei registri cartacei e dei fogli un tempo utilizzati e conservati dentro le cartelle o i faldoni.

In questo senso non sono ammessi dubbi o ripensamenti interpretativi in quanto così come il documento cartaceo è, ormai, generalmente considerato un elemento tipico del procedimento amministrativo, ed in quanto tale deve essere considerato accessibile, lo stesso deve essere fatto con riferimento a tutti gli atti che, per effetto dell'innovazione tecnologica e del progresso, si vanno a sostituire alla carta nella quotidiana attività operativa delle pubbliche amministrazioni.

In sostanza se il documento cartaceo è il risultato di un atto di conoscenza dell'operatore che materialmente lo ha formato e inserito nella pratica in termini non dissimili devono essere valutate le informazioni lette sul video e conseguenti alla loro immissione telematica.

In questo modo il Consiglio di Giustizia Amministrativa colloca sullo stesso piano procedimentale l'inse-

Note:

(16) Sul punto si veda l'approfondimento di F. Ferrari, *Il codice dell'amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2007, fasc. 2, 415.

(17) In tema M. Quaranta, *Il Codice della Pubblica Amministrazione Digitale. Commento Ragionato al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e successive modifiche*, Napoli, 2007, 356.

(18) Sulle problematiche connesse agli itinerari seguiti dalla pubblica amministrazione nel processo di cambiamento funzionale all'implementazione dell'informazione e dell'innovazione tecnologica si veda P. Piras, *L'amministrazione nell'era del diritto amministrativo elettronico*, in questa *Rivista*, 6, 2006, 551.

(19) TAR Sicilia-Catania, Sez. II, sent. 27 dicembre 2006, n. 2540, su www.lexitalia.it.

(20) L'esigenza di adottare una normativa che riconosca valore legale al documento informatico creato da un'apparecchiatura elettronica, fu segnalata già nel 1978 da uno dei pionieri della materia, G. Duni, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato nella forma elettronica*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, Anno 129°, giugno 1978, Volume CXXIX, Fasc. 6, e AA.VV., *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione*, a cura di G. Duni, Roma, 1992.

(21) V. Scognamiglio, *Diritto di accesso e banche dati pubbliche*, in *Foro amministrativo CdS* 2005, n. 2, 493.

(22) A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993 e, in particolare, S. Grassi, *L'utilizzo degli strumenti elettronici ed informatici nelle comunicazioni della pubblica amministrazione*, in *Foro Amministrativo*, 2005, fasc. 4, 1314.

rimento di un dato cartaceo nel faldone e l'inserimento di un dato elettronico nella cartella telematica.

Da ciò discende che entrambe le tipologie documentali possono assolvere alla medesima funzione pratico-operativa di conoscenza all'interno del procedimento amministrativo.

Questo comporta che anche gli atti informatici risultano essere dotati di autonoma rilevanza senza dover necessariamente ricorrere allo storico parallelismo con l'atto cartaceo in quanto è ben noto, ormai, che i due mondi non sono tra di loro interdipendenti essendo dotati di proprie sfere di autonomia seguendo una logica diversa (23). A conferma di ciò lo stesso codice della pubblica amministrazione digitale concentra la sua attenzione sul concetto di "dato di una pubblica amministrazione", che l'art. 1, comma 1, lettera m) definisce come "il dato formato, o comunque trattato, da una pubblica amministrazione (24)". Richiamando i principi della disciplina generale (cfr. legge 241/1990, codice della privacy, etc.), il legislatore, all'art. 50 del citato codice, amplia notevolmente il novero dei documenti conoscibili in quanto parla di dati delle pubbliche amministrazioni, i quali risultano essere accessibili sia dalle (altre) pubbliche amministrazioni che dai privati. Una definizione di tale genericità, che prende a riferimento il dato come elemento di base del procedimento amministrativo elettronico, comporta, necessariamente, un ampio raggio di applicazione (25).

3. L'innegabilità della tutela in materia di diritto di accesso anche in presenza del progresso tecnologico

I sopraesposti principi comportano un importante effetto in quanto la *ratio* di fondo che ispira la sentenza in commento impone che il diritto alla tutela in materia di accesso (26) del cittadino non può essere in alcuna misura ridimensionato o, addirittura, disatteso per effetto delle conquiste tecnologiche o di quelle pratico-operative dei macchinari posti a supporto dell'operato dei pubblici funzionari (27).

Infatti, il percorso seguito dall'amministrazione precedente può essere perfettamente ricostruito anche quando è posto in essere su supporto telematico. Il fatto, poi, che il sistema informatico utilizzi "le registrazioni di log", quale strumento sostanzialmente corrispondente a una firma, permettono di verificare chi si è inserito nel sistema, giorno e ora oltre al computo della nuova registrazione attribuita tramite *password* ad altro funzionario.

Ciò significa che il procedimento amministrativo telematico, fornendo delle garanzie per certi versi anche superiori rispetto al tradizionale procedimento cartaceo, non può giustificare un motivo di riduzione delle tutele riconosciute dalla legge. In particolare il fatto che l'apprensione conoscitiva del dato non possa avvenire mediante l'uso dei sensi ordinari (la vista in primo luogo) ma solo attraverso l'utilizzazione di uno strumento particolare (l'elaboratore appunto) non muta la sostanza del dato e delle operazioni e, di conseguenza, non può inci-

dere, sacrificandole, sulle soglie minime di tutela poste a presidio dei diritti dei cittadini.

Una volta che sia riconosciuta la natura di provvedimento amministrativo all'interrogazione sottoposta al terminale (28), atteso che, digitando l'iscrizione, ne scaturiscono conseguenze giuridicamente rilevanti, deve essere consentito l'accesso.

Non consentire l'accesso a un atto amministrativo elettronico che deve, necessariamente, essere equiparato all'atto amministrativo cartaceo significa reintrodurre la situazione preesistente alla entrata in vigore della legge 241/1990 (29) durante la quale la regola era rappresentata dalla segretezza dei documenti e l'eccezione dalla pubblicità (30).

Tutto ciò comporta che la richiesta di accesso finalizzata a rendere conoscibili tali dati elettronici appare, secondo il Consiglio di Giustizia, non solo ammissibile e fondata ma particolarmente opportuna nei casi, come quello di specie, nei quali "la volatilità apparente delle registrazioni informatiche, e soprattutto la loro non apprensione ai sensi comuni della vista e del tatto, può aprire ampi spazi di illegittimità e arbitrio".

Note:

(23) Per tutti si veda G. Duni, *Il nuovo standard dell'azione amministrativa: la teleamministrazione*, in *Dialogare con il cittadino*, Convegno di Cagliari del 1995, su spol.unica.it/teleamm/italiano/publicazioni/ilnuovo.htm, in cui si evidenzia come "la duplicazione dell'attività informatica, rispetto a quella cartacea ha fatto definire la prima "informatica parallela". Parallela cioè all'immutato iter cartaceo della procedura tradizionale. Ha portato qualche beneficio, ma non ha rivoluzionato nel bene le nostre P.A."

(24) E. Belisario, *Disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*, G. Cassano e c. Giurandella (a cura di), *Il codice della pubblica amministrazione digitale*, commentario al D.Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005, cit., 487.

(25) Tale anche da ricomprendere dati come quelli geografici, turistici, statistici etc., con una nozione che può essere paragonata a quella di informazione presente in materia ambientale nel D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 195. In proposito si veda V. Fox, *Il diritto all'informazione ambientale*, in www.ambientediritto.it, secondo il quale, ad ogni modo, le situazioni ambigue devono essere interpretate alla luce del generale principio espresso dalla normativa comunitaria che mira a garantire la massima espansione dei diritti d'accesso nella materia ambientale.

(26) Con riferimento alla tutela giurisdizionale e stragiudiziale del diritto di accesso si veda F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 891 e ancora R. Galli e D. Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 2004, 776.

(27) Sul punto O. Carparelli, *Diritto a difendersi: l'accesso non incontra limiti*, su www.lexitalia.it.

(28) A. Masucci, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993 e C. Giurandella, *L'Atto Amministrativo Elettronico*, in F. Sarzana di S. Ippolito, *E-government*, Piacenza, 2003.

(29) Per un approfondimento in ordine ai caratteri del diritto di accesso prima e dopo la legge 241/90, R. Tomei, *Origine ed evoluzione dell'accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2006, 7-8, p. 581. Sul punto si veda pure V. Tenore, *L'incidenza della nuova legge 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni. Commento organico alla legge 7 agosto 1990, n. 241, dopo le modifiche apportate dalle leggi 15 e 80 del 2005*, Padova, 2006.

(30) Secondo P. Piras, *Incontri sull'attività amministrativa e il procedimento. Itinerari di un percorso formativo*, Torino 2006, 216, "non siamo davanti ad un principio bensì, al contrario, allo strumento che consente l'attuazione di un principio, qual è, appunto, la trasparenza; a sua volta presupposto dell'accessibilità".

Osservatorio della giurisprudenza italiana

a cura di Iacopo Pietro Cimino e Francesco Di Ciommo

■ Privacy

I MESSAGGI DI POSTA ELETTRONICA INVIATI NELL'AMBITO DELLE MAILING LIST COSTITUISCONO CORRISPONDENZA EPISTOLARE PRIVATA

Tribunale di Milano, Sez. I, 5 giugno 2007

Non può essere pubblicato a mezzo stampa il contenuto di un messaggio scambiato mediante *mailing list*, contravvenendosi in tal caso ed in mancanza del consenso dell'autore e del destinatario, al divieto di pubblicazione di corrispondenza epistolare privata.

Con la sentenza in oggetto la corte milanese si è occupata della qualificazione giuridica dei messaggi scambiati mediante *mailing list*. Secondo il giudice tale tipo di scambio di corrispondenza si qualifica per le modalità di invio, telematiche e per il fatto di avere, per ogni messaggio, un mittente ed una pluralità di destinatari. Pluralità di destinatari - osserva il tribunale - che non comporta, però, l'indeterminatezza degli stessi, in quanto il messaggio, grazie alla rete informatica, viene inoltrato contestualmente a più soggetti, i quali sono esattamente individuati negli aderenti alla *mailing list* medesima. Solo gli iscritti, esattamente individuati, possono accedere alla lista e deve, invece, negarsi che l'accesso sia consentito a chiunque lo desideri o si connetta alla rete telematica in un determinato momento.

Sussiste, pertanto la "personalità" della comunicazione, che non si identifica con l'unicità, ma consiste nella pre-determinazione dei destinatari, cui il mittente intende inviare il proprio messaggio di posta elettronica, quelli e non altri.

Da quanto osservato il giudice ne trae la conseguenza logica che i messaggi scambiati nell'ambito della *mailing list* sono caratterizzati dalla segretezza e godono della tutela di cui all'art. 15 Cost., agli artt. 616 e 618 c.p., nonché all'art. 13 del D.P.R. n. 513/1997.

I convenuti si sono difesi richiamando una pronuncia del Garante per la tutela dei dati personali del 12 luglio 1999 (doc. n. 5 di parte convenuta), che avrebbe stabilito che la presa di conoscenza di una e-mail da parte di un soggetto estraneo al circuito di posta elettronica, non contrasta con la normativa relativa ai dati personali, quando "il messaggio non sia stato indebitamente acquisito, ma comunicato

da uno dei destinatari del messaggio stesso. Tale pronuncia, osserva il tribunale meneghino, non pare tuttavia pertinente nella presente fattispecie, discutendosi non della mera conoscenza della e-mail, ma della sua divulgazione a mezzo pubblicazione su di un quotidiano a diffusione nazionale.

A tale fine non risulta sufficiente il consenso di uno dei destinatari per la divulgazione dei messaggi inviati, sembrando prevalente il diritto alla riservatezza dell'autore, riconosciuto e tutelato dalle fonti normative sopra citate.

Nel caso esaminato il tribunale ha pertanto ritenuto sussistere la violazione della riservatezza dell'attore, con riferimento al segreto epistolare.

■ Domain names

MARCHIO REGISTRATO ED UTILIZZO QUALE NOME DI DOMINIO DI DENOMINAZIONE ANALOGA GIÀ PRE-USATA CON DIFFUSIONE SOLO "LOCALE"

Tribunale di Bologna, 26 ottobre 2007, n. 2789 - Giud. De Cristofaro

Anche nell'ipotesi di pre-uso del marchio al livello locale è vietato adottare come nome a dominio aziendale un segno uguale o simile all'altrui marchio registrato se, a causa dell'identità o dell'affinità tra l'attività di impresa dei titolari di quei segni ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è adottato, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico

Con atto di citazione ritualmente notificato la Società XX conveniva in giudizio la YY, agendo per la tutela del marchio "*domus vini*" regolarmente registrato.

L'attrice esponente che la convenuta era responsabile della contraffazione del marchio citato in quanto, in epoca successiva alla registrazione, aveva cominciato ad utilizzare su internet il nome di dominio "*www.domusvini.it*" in relazione alla propria attività di commercio di bevande alcoliche.

Nota:

(*) Il testo delle disposizioni illustrate è pubblicato sul sito www.ipsoa.it/dirittoellinternet.

Ciò esposto in fatto ed invocando la tutela prevista dalla legge speciale sul marchio, l'attrice chiedeva, premesso l'accertamento sulla validità della privativa in oggetto, la concessione delle misure previste a tutela, quali l'inibitoria, la previsione di una penale ed il risarcimento del danno.

Si costituiva la società convenuta, chiedendo il rigetto della domanda e la condanna alle spese, rilevando che la denominazione era dalla stessa utilizzata fin dal 1983, ricorrendo, pertanto, la fattispecie del pre-uso del marchio, legittimante il contemporaneo uso dello stesso da parte della convenuta, che lo utilizzava a livello prettamente locale.

La stessa parte contestava, a tale riguardo, che l'utilizzazione del mezzo di Internet contraddicesse tale assunto.

Accogliendo la domanda attorea il tribunale felsineo ha osservato che pur essendo provato l'uso contemporaneo del marchio come segno distintivo della convenuta in epoca anteriore alla registrazione, la concomitanza dell'utilizzo, in quanto causa di confusione per il pubblico, è disciplinata dall'art. 12 del c.p.i., lett. c), che statuisce che l'uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità della domanda di registrazione.

Soggiunge la corte che, non può peraltro condividersi la tesi della convenuta secondo la quale la diffusione dei prodotti e dell'attività sociale della stessa su Internet - provata come in atti e non contestata - non smentisce l'utilizzo puramente locale, in quanto tale assunto è non solo smentito dall'evidenza del notorio, ossia l'enorme diffusione, a livello globale, data da Internet a qualsivoglia prodotto o notizia, ma anche dal dato normativo dell'art. 22 del c.p.i.

■ Internet e phone banking

FORMA SCRITTA DEGLI ORDINI DI BORSA E TRADING ON-LINE

Tribunale di Ravenna, 19 Novembre 2007; Pres. Lacentra - Rel. Vicini

Sono nulli per vizio di forma i contratti di investimento in valori mobiliari se effettuati mediante servizi di Internet banking ed in assenza di utilizzazione di dispositivi di firma digitale (equiparabile alla sottoscrizione), anche laddove sia stato sottoscritto dall'investitore specifico accordo quadro, nonché la richiesta di attivazione del servizio di trading on line.

Nel giudizio in oggetto l'attore ha invocato la nullità di vari contratti di investimento afferenti un titolo, in seguito divenuto quasi privo di valore commerciale, per vizio di forma, non essendo stati stipulati per iscritto, ma unicamente mediante *trading on-line*.

La convenuta banca si è costituita contestando l'assun-

to circa la nullità dei contratti, poiché derivati da un antecedente ed autonomo contratto di Internet banking sottoscritto dall'attore e comunque in considerazione del fatto che la forma scritta sarebbe richiesta unicamente per il c.d. contratto quadro, nella specie debitamente sottoscritto e non in relazione ai singoli ordini d'acquisto.

Sulla questione osserva preliminarmente la corte che l'art. 23 del t.u.f. nel prevedere l'obbligo della forma scritta non chiarisce se essa sia richiesta solo per i contratti quadro ovvero anche ai successivi negozi esecutivi del mandato, quali sono gli ordini di borsa. Ad avviso del giudice ravennate occorre propendere per tale seconda interpretazione, accreditata anche dal Regolamento Consob 1/7/1998 n. 11522, il quale prevede, sì, l'inoltro degli ordini mediante mezzi telematici, ma purché associati all'utilizzo della firma digitale equiparato *ex lege* alla sottoscrizione olografa.

Nell'accogliere la domanda attorea, il giudice osserva che nel caso sottoposto all'attenzione del tribunale è pacifico non essere stata utilizzata alcuna firma digitale, derivandone, pertanto, la nullità dei singoli contratti di investimento per il sussistente vizio di forma.

VALIDITÀ DEGLI ORDINI DI BORSA MEDIANTE PHONE BANKING

Tribunale di Napoli, sez. IV civile, 21 febbraio 2007

Sono validi ed efficaci gli ordini di borsa inoltrati a mezzo di sistemi di phone banking, allorquando vi sia a monte un contratto quadro sottoscritto dall'investitore. Tuttavia per la prova dell'ordine occorre produrre nel giudizio le registrazioni delle conversazioni telefoniche intercorse.

Il tribunale di Napoli si è pronunciato sulla validità degli ordini di borsa effettuati mediante ordini telefonici (c.d. *phone banking*) e sulla prova degli stessi, a seguito della domanda proposta da una investitrice delusa dall'andamento dei titoli acquisiti.

La convenuta banca, in relazione alla doglianza formulata da parte attrice avente ad oggetto la nullità dei contratti ex art. 23 del t.u.f. e 30 del Regolamento Consob, eccepiva che la stessa era del tutto infondata in quanto proprio controparte aveva prodotto copia dei contratti per la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari contenenti tutti i requisiti previsti dalla normativa regolamentare. La convenuta rilevava, altresì, che gli ordini d'acquisto di cui trattasi erano avvenuti mediante il sistema *phone banking* ed era per tale motivo che non vi era alcun modulo cartaceo che attestasse la sottoscrizione di cui trattasi. A tali ordini erano seguite le c.d. note informative, inviate al domicilio degli investitori entro i successivi sette giorni lavorativi successivi a quello di esecuzione dell'ordine.

La corte rilevata la validità dei contratti quadro, evidenziava doversi ritenere pacifica tra le parti la circostanza

che gli attori avessero acquistato i suddetti titoli. Ciò posto - osservano i giudici - si deve esaminare la doglianza sollevata da parte attrice ed avente ad oggetto la nullità dei singoli ordini in quanto non redatti in forma scritta. Il tutto, tenendo presente che, con riferimento a tale questione, la Banca si è difesa evidenziando che in entrambi i casi gli ordini erano stati impartiti telefonicamente e, quindi, con il sistema del *phone banking*. Orbene, in ordine a tale questione si deve anzitutto rilevare che per gli ordini di cui trattasi non è prevista necessariamente la forma scritta ed infatti, in forza di quanto previsto dall'art. 30 comma 2 lett. c) del Regolamento Consob n.

11522/98, i contratti con gli investitori debbono indicare le modalità attraverso le quali l'investitore può impartire ordini ed istruzioni. Il tribunale di Napoli rileva infine che con riferimento agli ordini impartiti con l'utilizzo dei servizi bancari telefonici le registrazioni della banca, che allo stato non sono più nella disponibilità di quest'ultima, avrebbero fatto piena prova. In conclusione, ferma restando la validità dell'ordine, in difetto di prova in merito alle registrazioni si deve pertanto concludere quanto meno per quanto debba ritenersi accertato sulla base delle emergenze processuali - che l'ordine di acquisto dei titoli sia stato impartito telefonicamente.

RIVISTE



Il Lavoro nella giurisprudenza

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Direzione scientifica: Franco Carinci, Michele Miscione

Periodicità: mensile

Il mensile che informa con puntualità sulle novità giurisprudenziali in tema di rapporto di lavoro, previdenza sociale, prevenzione infortuni e igiene del lavoro, processo del lavoro. Accanto a qualificati articoli di dottrina, contiene numerose rubriche dedicate alla giurisprudenza della Corte di Cassazione e alla magistratura di merito; le sentenze più significative e innovative sono pubblicate integralmente e commentate autorevolmente.

Il **servizio online**, compreso nel prezzo e riservato esclusivamente agli abbonati è

consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/il-lavoronellagiurisprudenza e permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 200,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- www.ipsoa.it

Osservatorio di diritto internazionale ed europeo

a cura di Giovanni Maria Riccio, Guido Scorza e Giovanni Ziccardi

■ Nomi di dominio, richiesta di assegnazione funzionale alla rivendita, metatag, concorrenza sleale parassitaria

Tribunal de Grande Instance de Paris, 19 dicembre 2007

La registrazione di nomi di dominio analoghi a quelli registrati da altra società ed il contestuale utilizzo quali metatag di espressioni corrispondenti a quelle utilizzate dall'altra società sempre come metainformazione costituisce concorrenza sleale parassitaria.

Nella fattispecie all'origine della decisione che si annota, due commercianti francesi, constatato il successo di un sito internet di informazioni turistiche ed incontri, hanno proceduto alla registrazione di due nomi di dominio sostanzialmente identici a quelli assegnati al citato sito internet, che si differenziavano da questi ultimi solo in ragione del diverso *top level domain* tematico.

Gli stessi due commercianti, inoltre, avevano utilizzato come metatag del proprio sito le medesime espressioni presenti - sempre a livello di metainformazione - nel codice del sito della società ricorrente.

I resistenti, infine, avevano proposto alla società ricorrente di acquistare i due nomi di dominio a 6 mila euro, così da porsi al riparo da ogni contestazione.

Il Tribunale di Parigi ha ritenuto sussistente, nel caso di specie, una condotta di concorrenza sleale parassitaria ed ha, conseguentemente, condannato i resistenti a porvi termine, cedere ai ricorrenti i due nomi di dominio ed astenersi dall'utilizzare ulteriormente le citate espressioni quali metatag. Con il medesimo provvedimento, infine, il tribunale ha condannato i resistenti a risarcire alla società ricorrente il pregiudizio arrecatole.

■ Diritto d'autore, onere della prova, legittimazione all'azione di contraffazione

Tribunal de Grande Instance de Paris, 18 dicembre 2007

Presupposto per qualsivoglia azione di violazione di diritti d'autore è la titolarità da parte dell'attore dei diritti d'autore medesimi sull'opera che si assume contraffatta. In assenza di puntuale assolvimento da parte dell'attore di tale onere probatorio la domanda deve essere respinta.

Nella fattispecie all'origine della decisione che si annota, un comico francese aveva contestato ad un sito di distribuzione di contenuti digitali la distribuzione di alcuni video di cui esso assumeva essere titolare dei diritti.

I Giudici del Tribunale di Parigi, constatato che il comico non aveva puntualmente adempiuto al proprio onere della prova circa la titolarità in capo sé medesimo dei relativi diritti d'autore sui video pubblicati *on-line*, hanno ritenuto di rigettare detta domanda.

Si tratta di una decisione sintomatica di quanto, in Rete, possa talvolta esser difficile ottenere tutela in relazione ad un proprio diritto di proprietà intellettuale.

■ Mercato audiovisivo, Unione Europea, DRM

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui contenuti creativi *on-line* nel mercato unico, 3 gennaio 2008

La commissione Europea con la Comunicazione che si annota ha avviato una consultazione pubblica allo scopo di verificare e valutare le future azioni da intraprendere per incentivare lo sviluppo di un mercato unico dei contenuti digitali *on-line*.

La Commissione europea, ravvisando la necessità di promuovere lo sviluppo di un mercato unico della musica, dei film e dei videogiochi *on-line* più rispettoso dei diritti dei consumatori, ha promosso una consultazione pubblica, che si chiuderà il 29 febbraio 2008, allo scopo di raccogliere segnalazioni, idee e suggerimenti sulle iniziative da adottare al fine di raggiungere detto obiettivo.

Secondo quanto si legge nella Comunicazione della Commissione i cittadini dell'Unione Europea devono poter accedere in maniera più semplice e rapida ad una più ampia - rispetto a quella attuale - gamma di contenuti digitali in Rete.

La Commissione intende, quindi - sempre stando a quanto riferito nella comunicazione - incoraggiare l'industria dei contenuti, le società di telecomunicazioni ed i fornitori di servizi internet a cooperare attivamente per accrescere la

Nota:

(*) Il testo integrale delle disposizioni illustrate è pubblicato sul sito www.ipsoa.it/diritto dellinternet.

disponibilità dei contenuti *on-line* a fronte di forti rassicurazioni circa la protezione, che l'ordinamento europeo accorda ed accorderà alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

In tale prospettiva, nella comunicazione, la Commissione si augura che i titolari dei diritti d'autore sui contenuti digitali inizino ad utilizzare contratti di licenza relativi all'intero territorio dell'Unione Europea così da facilitare la circolazione dei contenuti medesimi.

Secondo studi e ricerche commissionati dalla Commissione, dei quali si da conto nella comunicazione la realizzazione e lo sviluppo di un effettivo mercato unico dei contenuti digitali *on-line*, potrebbe rafforzare considerevolmente l'industria europea dell'audiovisivo, quadruplicandone da qui al 2010 gli utili.

Nella Comunicazione si riferisce che il mercato europeo dei contenuti digitali, allo stato, soffre della regolamentazione frammentata nei diversi Paesi membri, della mancanza di un quadro di regole certe per l'accesso dei consumatori ed utenti ai contenuti disponibili in Rete nonché, dell'assenza di posizioni comuni in relazione al tema della copia privata.

Nella Comunicazione, infine, la Commissione ha identificato quattro macroaree di intervento:

– Disponibilità dei contenuti creativi: secondo la Commissione attualmente i titolari dei diritti d'autore sono assai poco propensi a rendere disponibili i propri contenuti *on-*

line, prevalentemente per timore che detti contenuti possano formare oggetto di atti di pirateria.

– Licenze multiterritoriali: internet offre una grande opportunità ai titolari dei diritti di approfittare delle economie di scala realizzabili attraverso una distribuzione senza confini; per cogliere tali opportunità, tuttavia, sarebbe necessario utilizzare delle licenze multiterritoriali idonee a consentire la commercializzazione di un contenuto sull'intero territorio europeo.

– Interoperabilità e trasparenza dei DRM: l'utilizzo di tecnologie di gestione di diritti può giocare un ruolo chiave nella realizzazione di nuove dinamiche nel mercato dei contenuti digitali. Perché ciò avvenga è, tuttavia - secondo la Commissione - necessario che i DRM utilizzati siano interoperabili e trasparenti nell'informare i consumatori circa i limiti di uso dei contenuti digitali.

– Offerta lecita di contenuti digitali e pirateria: la Commissione riconosce che la pirateria audiovisiva *on-line* rappresenta un problema centrale nella creazione di un mercato unico e ritiene, pertanto, opportuno promuovere ed attuare l'approvazione di codici di condotta e procedure di cooperazione tra i fornitori di accesso e di servizi, i titolari dei diritti ed i consumatori al fine di garantire la presenza *on-line* di un'adeguata offerta di contenuti digitali, un ragionevole livello di protezione dei diritti d'autore ed un buon livello di collaborazione contro la pirateria ed il *p2p* illegale.

LIBRI



COLLANA: Formulari ragionati

Formulario del recupero crediti

Con schemi di dottrina e CD-Rom allegato

Di Cesare Bruzzone e Massimo Curti

Il volume riporta tutte le **formule** relative alla responsabilità patrimoniale del debitore precedute da **schemi di dottrina esplicativi dei profili sostanziali e procedurali dei singoli istituti.**

Il formulario è aggiornato alle novità normative intervenute negli ultimi mesi.
+ **CD-Rom** contenente tutte le formule utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed adattabili al caso specifico.

Ipsoa 2007, € 26,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**

Corrispondenza privata

La divulgazione di mail personali sui mass media e diritto alla riservatezza

di Elena Falletti

Nel contributo che segue si propongono alcune riflessioni sulla liceità e sull'opportunità di pubblicare corrispondenza privata trasmessa per posta elettronica sui mezzi di comunicazione di massa al fine di supportare idee e coinvolgere l'opinione pubblica nel dibattito su di un determinato argomento, oppure soddisfare la curiosità dell'opinione pubblica in merito ad un determinato avvenimento di cronaca.

1. Introduzione

Alcune recenti vicende di cronaca hanno aperto il dibattito sulla liceità della pubblicazione ovvero della diffusione della corrispondenza elettronica tra persone coinvolte in casi di grande attenzione mediatica. Nell'intervento che segue ci si domanda se sia ammissibile ovvero giustificato diffondere stralci di corrispondenza relativi alla vita privata, anche se nelle intenzioni degli autori degli articoli ci sia l'intenzione di dimostrare una tesi, di avvalersi del diritto di cronaca, o comunque di soddisfare la curiosità dei lettori. Il punto cruciale del problema sta altrove e risiede nel seguente quesito: è lecito pubblicare stralci di una mail, nella quale sono contenuti dati sensibili in quanto inerenti la vita personale di terzi, senza l'autorizzazione del mittente e del destinatario, allo scopo di avvalorare un ideale ovvero una posizione politica? Quali sono i limiti del diritto alla riservatezza e quanto può essere invadente la libertà di manifestazione del pensiero?

2. Profili convenzionali, costituzionali e legislativi della questione

La segretezza della corrispondenza era riconosciuta in via embrionale in epoca romana dove veniva punita la soppressione ovvero la divulgazione del plico chiuso con l'*actio furti* o l'*actio iniuriarum* (1), ma essa ha trovato una vera e propria protezione soltanto con la creazione di veri servizi postali, a partire dal XVII secolo (2).

Nel secolo successivo, tali diritti vengono considerati presupposti necessari della libertà individuale già dall'Assemblea Nazionale francese che, in piena Rivoluzione, ne riconobbe la protezione anche nei confronti di ingerenze da parte dei pubblici poteri (3).

Per quanto riguarda il XIX secolo, nello Statuto Albertino, la libertà e la segretezza della corrispondenza non erano esplicitamente tutelate, tuttavia la dottrina dell'epoca riteneva che fosse possibile desumere l'invulnerabilità della corrispondenza privata quale garanzia della libertà individuale (4).

Appena terminata l'esperienza della dittatura fascista, nella giovane Repubblica l'Assemblea Costituente dedicò particolare attenzione alla tematica, infatti a questo proposito, la Relazione predisposta dalla Commissione Forti riconosceva l'esigenza di garantire "la piena libertà di comunicare con altri "attraverso "i mezzi esistenti, sia postali che telegrafici e telefonici, all'infuori di qualsiasi controllo o censura, e con garanzia di piena segretezza" (5).

La Costituzione italiana, all'art. 15, stabilisce che «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dall'Autorità Giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

Note:

(1) F. Donati, *Articolo 15*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, Vol. 1, 363.

(2) E. Richard, *History of German Civilization*, New York, 1911, 355.

(3) Infatti, il Titolo I della Costituzione del 3 settembre 1791, tra i gli altri diritti naturali civili già richiamati nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino di due anni prima, afferma che: «*La liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication* (...)».

(4) V. Italia, *La libertà di corrispondenza*, in *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Vicenza, 1967, 203 e ss.

(5) *Relazione all'Assemblea Costituente della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, I, Roma, 1946, 104. In dottrina si rileva che l'Assemblea Costituente volutamente scelse di escludere l'intervento preventivo della polizia in caso di necessità ed urgenza in materia di libertà e segretezza della corrispondenza, in quanto per questo tipo di comunicazioni è difficoltoso ottenere una misura urgente, nonché in quanto le limitazioni della libertà di corrispondenza e di comunicazione incidono anche su un altro soggetto, rispetto alle perquisizioni personali (F. Donati, *op. cit.* Si veda altresì, R. Zaccaria, *Libertà e segretezza della corrispondenza*, *Riv. pen.*, 1955, I, 449; Id., *Il "fermo" della corrispondenza ha ancora finalità censorie?*, in *Foro It.*, 1970, I, 1985, ss.). Altra dottrina, al contrario, evidenzia come dal silenzio dei lavori preparatori della Costituzione non sarebbe possibile desumere la volontà dei Costituenti di vietare interventi preventivi dell'autorità di pubblica sicurezza (F. Donati, *op. cit.*).

Nell'architettura costituzionale, tale articolo è strettamente collegato con il primo e il secondo comma dell'art. 21 della Costituzione, i quali stabiliscono che: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure».

Infatti, la libertà di corrispondenza garantita dall'art. 15 Cost. e quella di manifestazione del pensiero prevista dall'art. 21 Cost. hanno la medesima natura: in entrambi i casi si tratta di una comunicazione di idee ovvero notizie da un soggetto ad un altro, mentre la differente disciplina che regola le due fattispecie deriva dal fatto che la prima è una sottospecie della seconda (6).

La dottrina ha elaborato diverse tesi in merito alla distinzione tra la nozione di corrispondenza tutelata dall'art. 15 Cost. e la libertà di informazione tutelata dall'art. 21 Cost. Una prima tesi (7) considera in maniera assai ampia il concetto di comunicazione, nel quale rientra anche la corrispondenza. Secondo questa tesi è irrilevante tanto il contenuto trasmesso quanto la forma adoperata nonché lo strumento di trasmissione. Tale impostazione valuta la nozione costituzionale di comunicazione sulla base di due elementi:

a) la personalità: nel senso che la comunicazione deve essere diretta ad uno o più soggetti determinati;
 b) l'attualità: in quanto la comunicazione cessa di essere tale quando, a causa del decorso del tempo, cessa il carattere privato e personale e l'oggetto della comunicazione acquista un valore diverso da quello personale, cioè retrospettivo, affettivo, storico, artistico, scientifico, probatorio e così via (8). Questa impostazione rileva che la differenza tra le libertà rispettivamente previste dagli artt. 15 e 21 Cost. consiste nel carattere necessariamente intersoggettivo e personale della libertà di comunicazione (9). Secondo altra dottrina la comunicazione ricadrebbe invece nell'ambito di applicazione dell'art. 21 Cost. quando il numero dei destinatari è elevato ovvero la corrispondenza sia "aperta". Si tratterebbe del caso di comunicazioni effettuate attraverso mailing list (10). La medesima dottrina sottolinea come pure la corrispondenza "aperta" (cartoline, lettere aperte) rientri nella tutela costituzionale offerta dall'art. 15 Cost. A tal riguardo il D.P.R. 29 maggio 1982, n. 655, recante il Regolamento di esecuzione del "Codice Postale", all'art. 24 definisce corrispondenza epistolare «qualsiasi invio chiuso, ad eccezione dei pacchi, che contenga comunicazioni aventi carattere attuale e personale». La formulazione generica della norma ne permette l'applicazione estensiva anche alla posta elettronica. Tuttavia va altresì ricordato il disposto 616 c.p., ultimo comma, così come sostituito dall'art. 5 l. 23 dicembre 1993, n. 547, che definisce corrispondenza: «quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza».

Sotto il profilo della normativa di matrice internaziona-

le convenzionale, vanno ricordate le disposizioni che tutelano la riservatezza della corrispondenza. Tra queste assume sicura importanza l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Al primo comma, esso afferma che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza». Mentre al secondo comma viene consentita una limitazione di tali diritti solo se «prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». In via generale, è possibile affermare che la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha interpretato in via restrittiva tali limiti (11).

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, contiene un articolo analogo, cioè l'art. 7, il quale stabilisce che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni». Successivamente all'abbandono del processo di ratificazione della Costituzione europea (12), va ricordato che con il Trattato di Lisbona, firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 (13), all'art. 6 comma 1, vengono richiamati e riconosciuti i diritti, le libertà e principi della Carta di Nizza, attribuendole medesimo valore giuridico dei trattati (14).

3. Gli episodi controversi più recenti

La violazione della segretezza della corrispondenza è stata recentemente al centro dell'attenzione dell'opinione

Note:

(6) F. Donati, *op. cit.*

(7) Tale tesi è molto diffusa tra i penalisti. Tra i principali fautori della medesima si ricordano V. Manzini, *Diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1947, 780; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 1981, 190.

(8) P. Barile, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali*, Bologna, 1984, 164; F. Donati, *op. cit.*

(9) F. Donati, *op. cit.*, 364.

(10) A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, 146.

(11) Si veda *supra*, §7. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si ricorda la decisione della Corte europea dei diritti umani, 4 maggio 2000, Rotaru contro Romania.

(12) Dove tale norma era trasposta nell'art. II-7 del Trattato di adozione di una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004. Tuttavia, tale articolato, si riferiva espressamente al rispetto delle comunicazioni, limitandosi ad affermarne il diritto, senza individuarne i limiti, come invece disciplinato dal secondo comma dell'art. 8 CEDU (F. Donati, *op. cit.*, 371).

(13) Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee il 17 dicembre 2007, n. C306/13.

(14) L. S. Rossi, *I diritti fondamentali e il Trattato di Lisbona*, in www.europeanrights.eu, consultato in data 18 gennaio 2008.

pubblica con casi eclatanti di pubblicazione di corrispondenza privata. Vediamone alcuni, i più noti.

Una delle vicende che ha contribuito al dibattito sul tema (15) è stata prodotta dalla pubblicazione sul più autorevole quotidiano d'opinione italiano di diversi stralci di messaggi di posta elettronica che la mittente ha inviato al marito, in seguito ricorrente davanti al Garante della Privacy, e a quattro testimoni per conoscenza seguendo quanto ordinato dal Corano in caso di divorzio islamico. Tale locuzione ("divorzio islamico") è al centro di una forte discussione che interessa l'opinione pubblica in Italia, Paese di antica migrazione e oggi alle prese con i problemi scaturiti dal confronto con il multiculturalismo e le tradizioni originate altrove. Tuttavia, il punto focale della questione trattata non verte su cosa dispone il testo sacro dei mussulmani in tema di divorzio, che invece è oggetto dell'articolo del vicedirettore di quel quotidiano e del quale gli stralci della mail privata fanno parte integrante, perché nelle intenzioni dell'autore sono dimostrativi di una tesi. Infatti, il 16 gennaio 2007 il "Corriere della Sera" aveva pubblicato in prima pagina e a pag. 23 un articolo dal titolo "Poligamia, la moglie che accusa il capo dell'Ucoii" a firma di M. A. L'articolo riportava integralmente frasi tratte da un messaggio di posta elettronica inviata al ricorrente in data 7 ottobre 2006 e ad altre quattro persone in qualità di "testimoni esclusivi" da una donna che il ricorrente, H. R. P., aveva sposato alcuni mesi prima con il rito islamico e successivamente ripudiato.

Considerato che la diffusione della corrispondenza non era stata autorizzata né dalla mittente né dal ricevente, il ricorrente aveva presentato una istanza ai sensi degli artt. 7 e 8 del Codice della Privacy, opponendosi all'ulteriore trattamento dei dati personali, per conoscerne l'origine oltre a verificare l'esistenza di eventuali altri dati riguardanti la corrispondenza privata intercorsa tra gli interessati e di ottenerne la cancellazione nonché l'attestazione che tale operazione di rettifica sia portata a conoscenza di coloro ai quali i dati sono stati diffusi. Non avendo ricevuto soddisfacente riscontro dall'editore, il ricorrente aveva proposto ricorso al Garante ai sensi degli artt. 145 e ss. del Codice della privacy ribadendo le richieste e chiedendo che le spese del procedimento siano poste a carico della controparte.

L'editore resistente aveva considerato lecita la pubblicazione dei dati riferibili al ricorrente in quanto aveva ritenuto sussistente un interesse pubblico in relazione ai temi trattati nell'articolo, ovvero il matrimonio islamico, il ripudio e la difesa dei diritti della moglie ripudiata.

A seguito dell'invito del Garante, l'editore aveva risposto con due memorie inviate nel marzo 2007 in cui la difesa ribadiva la liceità del trattamento dei dati del ricorrente per i motivi che di seguito si illustrano:

a) è stato uno dei destinatari della mail ad inviargli copia al giornalista M. A. del Corriere della Sera. Questi inoltre si era avvalso dell'art. 138 del Codice della Privacy onde mantenere riservata la fonte dalla notizia. Il mede-

simo giornalista, inoltre, aveva già in precedenza trattato il tema della poligamia scrivendo diversi articoli sempre pubblicati sul Corriere della Sera;

b) secondo l'editore è l'azione dell'invio a più destinatari ad escludere la natura riservata della corrispondenza, posto che ciascuno di essi può disporre della propria copia;

c) la diffusione dell'e-mail si spiega in quanto è stata la stessa mittente a considerare la sua vicenda personale un fatto pubblico, un caso emblematico da rendere noto ai fini di denuncia dei mali dell'Islam in Italia e per tutelare le altre donne aveva raccontato le sue vicende sul suo proprio *blog* pubblico in Internet "dimostrando anche l'intenzione di rendere presto nota l'identità del ricorrente";

Onde rafforzare il pregio delle proprie argomentazioni, la difesa dell'editore aveva affermato che la lettera pubblicata consisterebbe in una sorta di "lettera aperta" il cui contenuto è di interesse pubblico e viene utilizzato da un giornalista nell'esercizio del suo diritto/dovere di cronaca riguardo ai temi della poligamia e del ripudio nonché di "informare tutti i simpatizzanti dell'Ucoii e tutti i soggetti interessati della condotta tenuta dal ricorrente in privato".

In un secondo episodio recente (16) il problema si è posto in merito alla pubblicazione sulla stampa quotidiana di stralci di corrispondenza proveniente da una mailing list insieme ai nomi dei magistrati autori di alcuni di questi messaggi ed altri dettagli della loro attività, quali la posizione ricoperta e la sede dell'ufficio. Nella medesima pagina di quel quotidiano era pubblicato un altro articolo firmato con uno pseudonimo dove la mailing list veniva descritta come "una mailing list via internet ... con la quale si possono mettere in contatto i giudici da tutta Italia" strumento creato dalle "due correnti di sinistra dei giudici", Movimenti riuniti e Magistratura democratica per parlarsi tra loro" (17).

In un terzo caso, la pubblicazione della corrispondenza personale privata su un quotidiano a diffusione nazionale ha riguardato la vittima e l'unico indagato di un omicidio commesso nell'estate 2007 nei dintorni di Pavia. La dinamica dei fatti non ancora chiarita, e la curiosità sul fidanzato della vittima, aveva spinto alcune testate giornalistiche a pubblicare la corrispondenza personale intercorsa via mail tra i due ragazzi.

Note:

(15) Oggetto del provvedimento del Garante della Privacy del 24 maggio 2007.

(16) Tribunale di Milano, 27 giugno 2007.

(17) Tribunale di Milano, 27 giugno 2007, cit. Specificamente, negli atti di causa, "il querelante sottolineava che la mailing list in esame è una lista di spedizione di posta elettronica e la pubblicazione dei messaggi di posta elettronica è avvenuta in violazione di legge; che i messaggi così inviati costituiscono corrispondenza riservata, tutelata dall'art. 15 della Costituzione e dalle altre leggi vigenti in materia tra cui l'art. 5 l. 547/93, nonché gli artt. 616 e 618 c.p."

4. L'effettività della tutela della riservatezza della corrispondenza elettronica nella giurisprudenza recente

I casi raccontati nel paragrafo precedente sono di sicuro interesse per il giurista che si occupa di difesa della riservatezza nelle comunicazioni personali effettuate con strumenti tecnologici. Va sottolineato che, nell'era di Internet, vi è anche la possibilità che tali vicende possano avere una vasta eco in Rete, grazie alla capillare diffusione e ripetizione delle notizie attraverso i *blog* (18). Nel caso presentato per primo le argomentazioni del Garante vagliano innanzitutto la sussistenza dell'interesse pubblico relativamente alla vicenda privata del ricorrente che coinvolge aspetti generali di carattere politico-sociale. Detta sussistenza, tuttavia, va tenuta distinta dalla pubblicazione della corrispondenza privata inerente alla vita personale di costui.

Il ricorrente non solo ha diritto alla cancellazione dei suoi dati personali in virtù del ricorso presentato ai sensi degli artt. 145 e ss del Codice fondato sugli artt. 7 e 8 del medesimo; ma il suo diritto trova protezione ai sensi dell'art. 15 della Costituzione in materia di tutela della riservatezza della corrispondenza personale e di ogni altra forma di comunicazione. Il Garante riconosce tutela anche ai sensi della legge sul diritto d'autore, *ex art.* 93 l. 633/1941.

Oltre alla ricostruzione del sistema delle fonti in materia, è sicuramente interessante il bilanciamento degli interessi che il Garante effettua in concreto. Il Garante afferma che la decisione della mittente di inviare per conoscenza la mail anche a quattro testimoni, in ottemperanza ad un precetto religioso in tema di ripudio non incide sull'illegittimità del comportamento tenuto dal titolare del trattamento dei dati, ovvero l'editore, considerato il mancato consenso dei diretti interessati. Ne consegue che nel caso di specie, secondo quanto descritto dal Garante, non sono configurabili i requisiti richiesti dalla legge al fine di pubblicare lecitamente sul giornale e sul sito internet del medesimo i contenuti della missiva (19).

Malgrado ciò, se analizzata sotto un profilo critico, la lettura del provvedimento del Garante non offre soluzioni chiare. Da un lato ravvisa che "il riconoscimento della garanzia costituzionale della libertà e della segretezza della corrispondenza operano a prescindere dal mezzo di corrispondenza scelto" (e quindi anche della posta elettronica); mentre dall'altro afferma che "nel caso specifico indubbiamente sussisteva l'interesse pubblico a conoscere, seppure nei limiti dell'essenzialità, una vicenda che per la qualificazione dei protagonisti coinvolti e lo stretto legame tra ambito privato e tematiche di interesse generale presenta evidenti risvolti di carattere politico e sociale".

Il Garante confonde: se la divulgazione della corrispondenza delinea una lesione di diritti costituzionalmente garantiti, tale lesione viene integrata in ogni caso, nonostante l'interesse dell'opinione pubblica, in codesto caso

golosamente incuriosita su di un argomento esotico quale il "divorzio islamico".

Pubblicare indebitamente la corrispondenza privata, anche se scambiata per mezzo di strumenti telematici, su di un giornale (a tiratura nazionale o meno) non è lecito e configura una lesione alla sfera della personalità umana inerente alla riservatezza, risarcibile nelle opportune sedi.

Ed è in questa piega dell'ordinamento che ci si chiede quale effettiva opportunità possa avere un provvedimento del Garante, il quale ha condannato l'editore del quotidiano a 500 Euro di spese legali, quando in casi come questo la sede corretta per far valere le violate ragioni è il giudizio penale. In ogni modo, tale provvedimento dell'Authority rischia soltanto di sminuire la forza ed il prestigio del giudizio penale, essendo esso un "doppione" senza la corrispondenza forza incisiva e sanzionatoria.

Nel secondo caso presentato, invece, decidendo sulla violazione della segretezza della corrispondenza perpetuata con la diffusione di messaggi spediti attraverso una mailing list, il giudice di merito ne ha accertato l'avvenuta violazione sotto tre diversi profili:

- a) relativamente all'applicabilità a questo tipo di messaggi dell'art. 15 Cost. ovvero dell'art. 21 Cost.;
- b) se per pubblicare legittimamente il messaggio diffuso su mailing list sia necessario il consenso del solo destinatario, ovvero sia indispensabile anche il consenso del mittente;
- c) se l'avvenuta divulgazione dei dati personali e lavorativi del mittente e autore dei messaggi sia stata eccessiva rispetto ai requisiti della essenzialità e completezza dell'informazione che il giornalista intendeva fornire ai suoi lettori (20).

Anche in questo caso il giudicante ha privilegiato il diritto alla riservatezza dell'autore della missiva rispetto al diritto di cronaca dei giornalisti che hanno pubblicato, senza il consenso di costui, ampi brani della sua corrispondenza privata, seppur indirizzata ad una pluralità di destinatari, cioè gli aderenti alla mailing list. Il Tribunale di Milano ha infatti affermato che "la pubblicazione di

Note:

(18) Infatti, vi è stata tra i *blogger* una dettagliata e animata discussione sulle questioni proposte dalla corrispondenza violata, come se vi fosse stata un'ulteriore amplificazione delle notizie riportate in violazione della riservatezza, rendendole così disponibili in qualunque momento della giornata e, *worldwide*, cioè in qualsiasi posto del mondo, se raggiunto da una connessione Internet.

(19) Afferma il Garante: «Con riferimento alla corrispondenza epistolare che abbia carattere confidenziale o si riferisca alla intimità della vita privata viene poi in rilievo l'art. 93 della legge 22 aprile 1941 n. 633 (...) che richiede il necessario consenso dell'autore e del destinatario della corrispondenza affinché essa possa essere pubblicata(a), riprodotta(a) o in qualunque modo portata(a) alla conoscenza del pubblico. Tale presupposto del consenso è previsto da una speciale disposizione da rispettare anche in ambito giornalistico (Garante per la protezione dei dati personali, 24 maggio 2007)».

(20) S. De Nardi, *La comunicazione a una cerchia definita rende tutelabili anche i messaggi multipli*, in *Guida Diritto*, 2007, 41, 60.

corrispondenza epistolare che abbia carattere confidenziale o si riferisca all'intimità della vita privata, in mancanza del consenso dell'autore costituisce violazione del diritto alla riservatezza, anche qualora la diffusione avvenga con il consenso del destinatario (21)". Ne consegue che non risulta sufficiente il consenso di uno dei destinatari per la divulgazione dei messaggi inviati, sembrando prevalente il diritto alla riservatezza dell'autore", riconoscibile nel caso di specie in conseguenza della pubblicazione dei suoi dati personali, posizione lavorativa e sede dell'ufficio.

Da un lato la curia milanese aderisce alla tesi in precedenza prospettata della tutela ampia della corrispondenza ai sensi dell'art. 15 della Costituzione: ne consegue che anche i messaggi di posta elettronica scambiati attraverso una mailing list a cui aderiscono diverse centinaia di persone costituisce pienamente e a tutti gli effetti di "corrispondenza epistolare privata" (22). Da ciò deriva che il messaggio scambiato in quella sede gode di tutte le garanzie costituzionali e legali previste per questo tipo di corrispondenza (23). Nelle mailing list i messaggi vengono scambiati vengono contemporaneamente e automaticamente dal mittente alla pluralità di destinatari determinati. Ci si domanda che cosa succede qualora la mailing list fosse "moderata" o meno, cioè se prima dell'invio del messaggio qualcuno, il moderatore (cioè colui che preventivamente legge l'argomento della missiva), intervenga sul contenuto degli stessi onde a modificarne i contenuti più discutibili o offensivi del messaggio. In realtà l'intervento del moderatore non sposta i termini del dibattito, in quanto i messaggi di mailing list mantengono il loro carattere riservato, protetti dalle norme che ne difendono la riservatezza sia sotto l'aspetto legale, sia sotto quello costituzionale. (24)

Infine, per quanto concerne l'ultimo dei casi di studio presentati, il 14 dicembre 2007 il Garante della Privacy ha emanato un comunicato stampa (25) dove stigmatizza la pubblicazione delle mail intercorse tra i due giovani e tra il fidanzato della vittima e sua madre, in quanto questa concretizza una lesione inutile nella loro sfera più intima e personale. Nello specifico, "pur nel diritto dovere di informare su vicende di interesse pubblico, i mezzi di informazione devono astenersi dal diffondere dettagli e particolari che violino l'intimità stessa tra due persone. A maggior ragione quando una delle due persone è defunta e quando tali dettagli non presentano alcun elemento di rilevante interesse per una maggiore comprensione del caso" (26).

5. Precedenti giurisprudenziali in materia di pubblicazione di corrispondenza personale

Di particolare interesse sembrerebbe l'analisi dei precedenti della giurisprudenza ordinaria in materia, onde enucleare il bilanciamento tra l'interesse della collettività alla conoscenza di particolari della vita privata di soggetti pubblici e il diritto alla riservatezza di costoro rispetto alla loro corrispondenza personale.

Recentemente la giurisprudenza di merito ha affermato che "Per ciò che riguarda la raccolta del dato sensibile riguardante (...) le opinioni politiche del ricorrente l'art. 5 del codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica del 29 luglio 1998 stabilisce che il giornalista nel raccogliere dati personali relativi alle opinioni politiche di un soggetto - così come di altri dati sensibili - deve garantire il diritto all'informazione su fatti di interesse pubblico, mentre l'art. 6 appare rivolto a determinare l'ambito del principio di essenzialità dell'informazione affermando che "la divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti" (27). Mentre nel noto caso inerente alla diffusione delle lettere personali di Italo Calvino a Elsa De Giorgi la giurisprudenza di merito ha avuto occasione di pronunciarsi relativamente alla loro pubblicazione sia online sia con i tradizionali strumenti cartacei. Da un lato il Tribunale di Milano statuisce che "è legittima l'inibitoria alla ulterio-

Note:

(21) Trib. Milano, 27 giugno 2007, in questa *Rivista*, 1, 2008, 45 con commento di M. Mezzanotte.

(22) Tra i precedenti in materia si ricordano: T.A.R. Lazio, 15.11.2001, n. 9425, in *Foro Amministrativo*, 2001, 2971. Tra i casi decisi dall'Autorità Garante delle Comunicazioni va ricordato il Comunicato Stampa n. 23 del 12 luglio 1999, pubblicato sul Bollettino n. 9/99, p. 96, nonché la deliberazione del CSM del 17 luglio 2002, dove si sottolineava che in ogni manifestazione della vita sociale il magistrato "deve sempre attenersi a valori quali la correttezza, l'equilibrio e la misura, valori che connotano deontologicamente la figura del magistrato sia nell'esercizio dell'attività lavorativa, sia nelle cosiddette attività libere, fra le quali può annoverarsi anche la partecipazione e lo scambio di messaggi all'interno di una mailing list" (S. De Nardo, *op. cit.*, 62).

(23) S. De Nardi, *op. cit.*, 61.

(24) In dottrina ci si è altresì domandati come si debbano regolare i casi delle "comunicazioni a circuito aperto", ovvero le newsletter, i forum e le chat multiple che non siano condizionate dall'accesso con *password*. Secondo l'opinione dominante, a queste fattispecie non andrebbero applicate le norme relative all'art. 15 Cost., in quanto mancherebbe l'aspetto personale della comunicazione.

(25) Disponibile su www.garanteprivacy.it

(26) Comunicazione del 14 dicembre 2007 dell'Autorità Garante della Privacy, cit.

(27) Trib. Milano, 25 novembre 2004, in *Giustizia a Milano* 2004, 79. In materia la severità dell'indirizzo della giurisprudenza di merito è ormai consolidata, infatti il Tribunale di Milano ha statuito che "la pubblicazione di corrispondenza epistolare che abbia carattere confidenziale o si riferisca all'intimità della vita privata, in mancanza del consenso dell'autore o, in caso di sua morte, dei parenti o congiunti, costituisce violazione del diritto alla riservatezza, anche qualora la diffusione avvenga con il consenso del destinatario" (Trib. Milano, 5 marzo 1998 in *Dir. informatica* 1999, 410 con commento di E. Poddighe). Nello stesso senso si orienta la Pretura di Verona, la quale asserisce che "La normativa posta a tutela della confidenzialità delle corrispondenze epistolari è particolarmente rigorosa posponendo il diritto di proprietà materiale sulla corrispondenza e anche l'eventuale diritto d'autore al diritto alla riservatezza" (Pret. Verona, 30 ottobre 1990, in *Dir. informatica* 1991, 171).

re riproduzione, pubblicazione ed utilizzo, anche in via telematica, di brani tratti dalla corrispondenza epistolare di una persona deceduta nel caso in cui essa rivesta carattere confidenziale ed abbia ad oggetto la sfera privata dei sentimenti, in assenza di consenso dei congiunti dell'autore (28). Dall'altro lato, il medesimo giudice ribadisce, come anche affermato dal Garante nel caso sopra esaminato, che "la pubblicazione su un quotidiano a larga tiratura della corrispondenza epistolare a carattere confidenziale di un famoso e defunto scrittore integra la violazione del diritto alla riservatezza tutelato dall'art. 93 l. autore" (29).

6. Prospettiva comparatistica del problema

La comparazione tra ordinamenti differenti può aiutare ad approfondire gli altri importanti problemi presenti in questo tipo di fattispecie. Ci si riferisce, in particolare alla libertà di espressione, al "right to be alone", all'eventuale illiceità dell'acquisizione della corrispondenza altrui. Il primo modello preso in considerazione è quello statunitense, comunemente noto per la grande tradizione di inchieste giornalistiche che tanto materiale hanno offerto non solo ai giuristi ma anche al cinema e alla letteratura.

Come è noto, il *First Amendment* della Costituzione degli Stati Uniti (30) garantisce a chiunque la libertà di manifestazione del pensiero con ogni mezzo a disposizione. Invece, il riconoscimento della privacy nel diritto statunitense risale alla fine del XIX secolo, quando sulla *Harvard Law Review* venne propugnata l'affermazione del diritto alla riservatezza quale difesa dall'invasione degli allora nuovi strumenti di comunicazione (31). Se il progresso tecnologico della fine dell'Ottocento poteva già sembrare petulante nei confronti del bisogno di tutela e di discrezione degli individui, l'attuale invasione di strumenti tecnologici sembra aver posto le nostre vite all'interno di una scatola di vetro dove, anche contro volontà, ci si sente indifesi dalla curiosità altrui.

A questo proposito, nel 1986 negli Stati Uniti è stato emanato il "Electronic Communication Privacy Act" (32) (ECPA) che sanziona civilmente e penalmente i comportamenti di coloro che intenzionalmente rivelino a terzi i contenuti riservati di comunicazioni registrate, scritte, orali o trasmesse per via elettronica. Ne consegue che qualora un giornale pubblichi una informazione vera ma ottenuta in violazione del *Wiretap Act* (che dell'ECPA fa parte) si configura responsabilità allorché si avesse avuto ragione di credere che detta informazione sia stata ottenuta violando le norme di legge (33).

Anche se l'attualità delle attività di intercettazioni non autorizzate poste in essere dalla National Security Agency rende molto magmatico il dibattito sul punto (34), sembra interessante verificare come la giurisprudenza statunitense abbia effettivamente applicato in concreto tale disposizione normativa. Uno dei casi recenti più noti è *Bartnicki v. Vopper* (35). In questo caso, la Corte Suprema statuì che è tutelato dal *First Amend-*

ment il giornalista il quale abbia pubblicato la trascrizione di conversazioni registrate all'insaputa degli interlocutori, purché i nastri siano stati ricevuti in maniera legittima dal giornale. In questo caso viene privilegiata la libertà di espressione e di critica dell'opinione pubblica rispetto alla tutela della riservatezza dei singoli (36). Il punto cruciale della questione riguarda il fatto che il *defendant* abbia ottenuto la registrazione illegale in maniera legale; ciò comporta che non sia punibile la divulgazione dei contenuti di quella registrazione. L'orientamento della Corte Suprema è spiegato dalla natura stessa del Primo Emendamento, cioè "il perseguimento della verità attraverso lo scambio delle idee" (37), specie quando sono coinvolti nel dibattito eventi e personaggi pubblici (38).

Note:

(28) Tribunale di Milano, 13 settembre 2004, in *Redazione Giuffrè*, 2004

(29) Tribunale di Milano, 9 settembre 2004, in *Dir. informatica*, 2004, 710.

(30) Il testo del First Amendment recita: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances».

(31) Warren & Brandeis, *The Right To Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890). Per la ricostruzione delle dottrine inerenti alla protezione del diritto alla privacy come diritto dominicale ovvero diritto della personalità, si veda G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 214 e ss.

(32) Communications Privacy Act of 1986, Pub. L. No. 99-508, 100 Stat. 1848 (1986), emendato con il 18 U.S.C. §§ 2510-2522, 2701-2711, 3121-3127 (2000). Il Communication Privacy Act è suddiviso in tre specifiche disposizioni legislative: il Wiretap Act, (18 U.S.C. §§ 2510-2522 (2000)), il Pen Register Act, 18 U.S.C. §§ 3121-3127, e lo Stored Communications Act (SCA) 18 U.S.C. §§ 2701-2711. In dottrina si vedano M. D. Roundy, *The Wiretap Act--Reconcilable Differences: A Framework For Determining The "Interception" Of Electronic Communications Following United States V. Councilman's Rejection Of The Storage/Transit Dichotomy*, 28 W. New Eng. L. Rev. 403, (2006), p. 413; S. L. Martin, *Interpreting The Wiretap Act: Applying Ordinary Rules Of "Transit" To The Internet Context*, 28 Cardozo L. Rev. 441, (2006), 443.

(33) J. M. Hilmert, *The Supreme Court Takes On The First Amendment Privacy Conflict And Stumbles: Bartnicki V. Vopper, The Wiretapping Act, And The Notion Of Unlawfully Obtained Information*, 77 Ind. L.J. 639, (2002), 640.

(34) Ci si riferisce al programma di intercettazioni illegali poste in essere dalla National Security Agency su mandato presidenziale non vagliato da un giudice. Ne diede notizia il New York Times il 15 dicembre 2005, con un articolo intitolato *Bush Secretly Lifted Some Limits on Spying in U.S. After 9/11*, *Officials Say* a firma di J. Risen e E. Lichtblau. In dottrina si veda, J. C. Sims, *What Nsa Is Doing... And Why It's Illegal*, 33 Hastings Const. L.Q. 105, (2006). Per una ricostruzione della vicenda E. Falletti, *La lotta al terrorismo e la violazione della sfera privata individuale: il caso delle intercettazioni abusive di massa*, in questa Rivista, 1, 2007, 50.

(35) *Bartnicki v. Vopper*, 121 S. Ct. 1753, 1764 (2001).

(36) J. M. Hilmert, *Op. cit.*, p. 651. La giurisprudenza statunitense è costante nel riconoscere la prevalenza del Primo Emendamento nel bilanciamento degli interessi tra libertà di espressione e diritto alla riservatezza dei singoli. In questo senso, infatti si vedano anche., *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989); *Smith v. Daily Mail Publ'g Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *Cox Broad. Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

(37) T. I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 Yale L.J. 876, (1963), 881; J. M. Hilmert, *Op. cit.*

Recentemente sempre negli Stati Uniti si è posto un grave problema, giuridico e politico, relativo alla conservazione della registrazione di messaggi di posta elettronica spediti da funzionari governativi e in precedenza cancellati in quanto inerenti ad uno degli scandali più imbarazzanti per l'amministrazione del presidente J. W. Bush, cioè quello relativo alla fuga di notizie inerenti all'identità degli agenti della CIA, i servizi segreti statunitensi (39). In questo caso si noti il paradossale aspetto di richiamarsi alla tutela della riservatezza al fine di impedire che i messaggi scambiati diventino prova della commissione di gravi reati.

Onde prevenirne la definitiva cancellazione con la distruzione dei supporti di archiviazione, e con essa la sparizione di buona parte delle prove dei reati commessi, il giudice ha ordinato la custodia e la conservazione dei supporti medesimi e dei contenuti (40).

In Europa si prende quale modello di riferimento il sistema sopranazionale di tutela dei diritti dell'uomo posto in essere dal Consiglio d'Europa e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. È noto che alla questione vadano applicate le norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale, all'art. 8, comma 1, afferma che "ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza". In una recente decisione, *Copland V. United Kingdom* (41), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato il Regno Unito a risarcire alla ricorrente 3000 a titolo di danno non patrimoniale per non aver garantito la riservatezza delle sue conversazioni telefoniche e della sua corrispondenza via mail.

7. Il bilanciamento degli interessi

Come si è visto, i modelli presentati reagiscono in modo differente alla questione posta all'inizio di questa breve trattazione, ovvero: è lecito utilizzare della corrispondenza privata altrui per contribuire al dibattito pubblico? Negli Stati Uniti la soluzione sembrerebbe chiara: purché acquisiti lecitamente dall'editore i materiali sono pubblicabili, mentre in Europa, la Corte europea dei diritti dell'uomo privilegia la tutela della riservatezza dell'individuo. Quest'ultimo è il modello di riferimento nel Vecchio Continente, in conseguenza della sottoscrizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali da parte di tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, compresa l'Italia (42). Ed è in materia di tutela della riservatezza individuale contro l'intrusione della carta stampata nella vita delle persone, ben oltre il diritto di cronaca, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emanato una delle sue sentenze più note, ovvero *Hannover contro Germania* (43). Seppure il caso specifico riguardasse la pubblicazione di fotografie inerenti la sfera privata della ricorrente, i principi affermati dalla Corte di Strasburgo possono trovare applicazione anche in questa materia. Si tratta di effettuare il medesimo bilanciamento di diritti

contrapposti: da un lato il diritto alla riservatezza della vita privata (contenuto nell'art. 8 CEDU) mentre dall'altro il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero (contenuto nell'art. 10 CEDU), la quale costituisce un fondamento della vita democratica (44). A questo riguardo il ruolo giocato dalla stampa è essenziale: nel rispetto dei limiti della reputazione altrui e dei doveri deontologici, è compito della stampa fornire informazioni ed idee sui temi di interesse generale, comprendendo anche una certa dose di provocazione (45). La pubblicazione di notizie riservate non riguarda la divulgazione di idee, ma piuttosto consiste nella intromissione nella vita privata dell'individuo (46). Come fece la Corte di Strasburgo nel caso Hannover, ci si potrebbe chiedere quale sia, per esempio, il valore aggiunto apportato al dibattito pubblico di interesse generale sul divorzio islamico dalla pubblicazione di quella corrispondenza elettronica privata. In concreto, la vicenda si è risolta con un turbinio di furenti polemiche che hanno coinvolto le figure dei protagonisti e il loro ruolo pubblico, senza che siano state migliorate le conoscenze dell'opinione pubblica sulla delicata questione.

Note:

(38) J. M. Hilmert. *Op. cit.*

(39) Si tratta del noto scandalo relativo al rivelamento dell'identità dell'agente sottocopertura Valery Plame sembrerebbe autorizzato da esponenti di primo piano della Casa Bianca per far pressioni sul marito di lei, un importante diplomatico, aperto oppositore della guerra in Iraq. Per una ampia, seppur non esaustiva, rassegna stampa su questa vicenda: http://www.wikio.it/esteri/nord_america/stati_uniti_d_america/valerie_plame

(40) Il dispositivo della decisione del giudice H. H. Kennedy, del distretto di Columbia, relativa alla causa Civil Action 07-01707 (HHK) ordina che «*defendants shall preserve media, no matter how described, presently in their possess or under their custody or control, that were created with the intention of preserving data in the event of its inadvertent destruction. Defendants shall preserve the media under conditions that will permit their eventual use, if necessary, and shall not transfer said media out of their custody or control without leave of this court.*».

(41) Corte Europea dei diritti dell'uomo, 3 aprile 2007, *Copland v. United Kingdom*, in www.echr.coe.int

(42) Firmata a Roma il 4 novembre 1950, essa è stata resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

(43) Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2004, n. 59320/00, consultabile sul sito Internet www.echr.coe.int, vedasi altresì in, in *Foro it., Rep. 2005, voce Diritti civili e politici*, n. 113. In dottrina, G. Tiberi, *Riservatezza e protezione dei dati personali, in I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 365.

(44) Hannover contro Germania, cit. §58: *Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique» (Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, série A no 24, 23, § 49).*

(45) Hannover contro Germania, cit.

(46) Hannover contro Germania, cit.

Misure antiviolenza negli stadi

Instant book

Il volume riporta un dettagliato commento alle **novità introdotte dal d.l. 8 febbraio 2007, n. 8**, convertito, con modificazioni, dalla **L. 4 aprile 2007, n. 41** "Misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche, nonché norme a sostegno della diffusione dello sport e della partecipazione gratuita dei minori alle manifestazioni sportive".

Il commento è preceduto da **schemi di sintesi degli effetti** e **tabelle di confronto** tra vecchia e nuova normativa che chiariscono come il provvedimento in esame ha modificato la legislazione precedente.

Una terza sezione è dedicata a risolvere i principali **casi e questioni** in cui il professionista potrebbe venirsi a trovare.

Chiude l'opera l'**appendice normativa**, che riporta integralmente il contenuto del d.l. convertito.



Autori:
Maria Francesca Cortesi

I Edizione
pagg. 192, € 20,00

Avvocati penalisti
Magistrati

Compili e invii subito il coupon in busta chiusa a **Ipsoa Editore**, Str. 1, Pal.F6, 20090, Milanofiori/Assago oppure via fax allo **02 82476403**, Servizio Informazioni Commerciali Ipsoa tel. 02 82476794 oppure rivolgersi all'**Agenzia Ipsoa di zona**

www.ipsoa.it

Si, desidero acquistare il volume:

(00081343) **"Misure antiviolenza negli stadi"** a € 20,00

Cognome e Nome Azienda/Studio _____

Via _____ C.a.p. _____ Città _____

Tel. _____ Fax _____ Cod. cliente _____

(3003) Pagherò con bollettino postale sul c.c. n° 583203, intestato a WKI S.r.l. - Gestione incassi

Addebitare l'importo di € _____ sulla mia carta di credito

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo intestatario carta di credito _____

Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 30.6.2003 n. 196. La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Domain name e Portale web

Modello di *due diligence* legale per l'acquisizione di un piccolo portale

di Iacopo Pietro Cimino

Principale finalità della relazione di *due diligence* è, come noto, quella di rappresentare - attraverso una raccolta mirata ed analitica di informazioni - le effettive condizioni di fattibilità dell'operazione programmata, evidenziando elementi e profili di criticità che possano comprometterne il buon esito. Le caratteristiche dei processi di *due diligence* variano in relazione all'oggetto di indagine. Quello che segue costituisce, pertanto, un modello base (*alias*, semplificato) di una relazione di *due diligence* per l'acquisizione di un piccolo Portale Internet.

1. Oggetto dell'operazione (1)

L'operazione, così come ci è stata prospettata dalla società e sulla base della documentazione fornita, ha ad oggetto:

- a) il trasferimento del nome di dominio xx.it;
- b) il trasferimento del nome di dominio xx.eu;
- c) l'acquisizione di tutti i diritti di sfruttamento economico su tutti i codici sorgente che compongono il portale xx (espressi in formato HTML, nonché in qualsivoglia altro linguaggio informatico, come, a mero titolo di esempio: JavaScript, CGI, Visual Basic, ecc.), così come questo è divulgato on line all'indirizzo telematico "www.xx.it" e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono, alla data di sottoscrizione del contratto di trasferimento con il sig. Tizio ed ivi incluse, tra l'altro, le componenti grafiche;
- d) l'acquisizione di tutti i diritti di sfruttamento economico sui data base sviluppati, server e/o soltanto connessi o funzionali ai servizi messi a disposizione nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono, così come questi risulteranno aggiornati alla data di sottoscrizione del contratto di trasferimento con il sig. Tizio, ad eccezione dei data base afferenti a servizi accessibili solo dal portale xx, ma facenti capo a terzi inserzionisti estranei al sig. Tizio;
- e) l'acquisizione di tutti i diritti di sfruttamento economico sul marchio di fatto "xx";
- f) l'acquisizione dei diritti di responsabile del trattamento dei dati personali di tutti gli utenti registrati al portale xx facenti capo al titolare del trattamento, sig. Tizio, nei limiti del consenso prestato al trattamento stesso da parte dei predetti utenti registrati, in qualità di interessati al trattamento (come meglio evidenziato al paragrafo V-2., che segue).

2. Osservazioni preliminari (2)

Si precisa che il portale xx e tutti i data base sviluppati,

server e/o soltanto connessi o funzionali ai servizi messi a disposizione nell'ambito del medesimo, sono attualmente allocati su server in condivisione di proprietà della XX-Tizio S.r.l. (società controllata dal medesimo sig. Tizio), con contratto di housing per la connettività con ABCDE S.p.a. e con contratti di mantenimento del dominio sotto i TLD ".it" e ".eu" con FGHI S.p.a. Si precisa ulteriormente che né i server di proprietà della XX-Tizio S.r.l., né i contratti con ABCDE S.p.a. e con FGHI S.p.a. sono oggetto dell'operazione.

3. Proprietà Intelletuali (3)

3.1. Brevetti

Non è stata fornita documentazione dall'esame della

Note:

(1) Uno degli obiettivi della *due diligence* legale è quello di fornire, nel quadro delle considerazioni relative all'efficienza strategico-finanziaria e fiscale dell'operazione, indicazioni utili in merito agli strumenti giuridici più idonei a perfezionare l'acquisizione del *target*. Ad esempio, la titolarità dei rapporti giuridici facenti capo ad un determinato soggetto può essere conseguita non solo attraverso l'acquisizione delle partecipazioni sociali, ma anche attraverso l'acquisto delle sue attività e del suo patrimonio. È il caso della cessione d'azienda o del ramo di azienda e del conferimento di un'azienda nel capitale della società acquirente.

(2) Come è già stato osservato (Scotti, *Due diligence finanziaria nell'e-commerce*, in *Contabilità, finanza e controllo*, 863, 2004), lo svolgimento di una *due diligence* finanziaria su imprese operanti nell'e-commerce, presenta alcuni aspetti peculiari connessi, da un lato, alle specificità del *business* (sistema di pagamenti *on-line*, integrazione della logistica, relazioni con portali e motori di ricerca, gestione dei *database* utenti registrati ecc.), dall'altro, al fatto che, generalmente, le imprese che svolgono esclusivamente questo tipo di attività sono di recente costituzione. In questi termini, l'assoluta mancanza di dati storici e di *benchmark* di mercato e, spesso, la presenza di un sistema gestionale che è solo al primo stadio di implementazione sono elementi che condizionano la portata delle analisi.

(3) Considerato l'oggetto dell'analisi nell'ipotesi di acquisizione di un sito Internet, l'attenzione nell'area della proprietà intellettuale ed indu-

(segue)

quale potesse emergere che il sig. Tizio sia titolare di diritti di brevetto connessi alla realizzazione e/o al funzionamento del portale xx e/o dei data base ad esso serventi, ovvero che abbia depositato (o sia in procinto di depositare) domande per l'ottenimento di tali eventuali diritti.

3.2. Marchi

Non è stata fornita documentazione dall'esame della quale potesse emergere che il sig. Tizio sia titolare di diritti di marchio registrato relativamente al denominativo "xx", ovvero che abbia depositato (o sia in procinto di depositare) domande per l'ottenimento di tali eventuali diritti, presso l'U.I.B.M.

Il sig. Tizio ha riferito di aver utilizzato dal quale marchio di fatto (alias, non registrato) per il portale xx, la denominazione "xx", espressa anche in un logo avente peculiari caratteristiche grafiche.

Ad un esame condotto mediante il motore di ricerca del U.I.B.M., privo di alcun valore di certificazione legale, la suddetta denominazione "xx" non risulta essere stata registrata, o in corso di registrazione, in Italia per alcuna classe merceologica.

3.3. Diritti d'autore

Non è stata fornita documentazione dall'esame della quale potesse emergere che il sig. Tizio sia titolare di diritti d'autore certificati dal deposito presso la S.I.A.E. ai fini del riconoscimento d'antiorità, relativamente a tutti i codici sorgente che costituiscono il portale xx ed alle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono; nonché relativamente ai data base sviluppati, serventi e/o soltanto connessi o funzionali ai servizi messi a disposizione nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono.

Il sig. Tizio ha riferito di essere il titolare di tutti i diritti patrimoniali d'autore su tutti i codici sorgente che costituiscono il portale xx e le varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono. Il sig. Tizio ha, altresì, riferito di essere il titolare di tutti i diritti patrimoniali d'autore sui data base sviluppati, serventi e/o soltanto connessi o funzionali ai servizi messi a disposizione nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono.

3.4. Progetti e modelli di utilità

Non è stata fornita documentazione dall'esame della quale potesse emergere che il sig. Tizio sia titolare di diritti su progetti e/o modelli di utilità connessi alla realizzazione e/o al funzionamento del portale xx e/o dei data base ad esso serventi, ovvero che abbia depositato (o sia in procinto di depositare) domande per l'ottenimento di tali eventuali diritti, presso l'U.I.B.M.

3.5. Certificati di registrazione dei domini

Il sig. Tizio ha fornito documentazione comprovante

l'avvenuta registrazione, a nome del medesimo sig. Tizio, del nome di dominio "xx" sotto i TLD ".it" e ".eu".

Il sig. Tizio non ha fornito copia della LAR (lettera di assunzione della responsabilità) inviata all'Istituto di Informatica e Telematica - CNR - Registro del cc TLD ".it".

3.6. know-how

Il sig. Tizio non ha fornito documentazione dall'esame della quale potesse emergere che il medesimo sig. Tizio abbia protetto, mediante accordi di riservatezza formalizzati, informazioni rilevanti circa metodologie, prassi e/o politiche aziendali connesse alla realizzazione e/o al funzionamento del portale xx e delle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono e/o dei data base ad esso serventi e/o soltanto connessi o funzionali ai servizi ivi messi a disposizione.

4. Accordi Commerciali e Contratti (4)

4.1. Contratti per la vendita spazi pubblicitari e di affiliazione

Il sig. Tizio ha fornito documentazione (e-mail, copia di condizioni generali di contratto, ecc.) dall'esame della quale emerge che il medesimo sig. Tizio ha concluso i seguenti accordi commerciali e/o contratti per la vendita di spazi pubblicitari nell'ambito del portale xx e delle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono, ferma restando la possibilità - a noi ignota - che esistano ulteriori accordi non formalizzati e/o dei quali non ci sia stata fornita la relativa documentazione.

Note:

(segue nota 3)

stria deve essere principalmente orientata alla analisi della situazione brevettuale, alle eventuali licenze, ed ai marchi di cui il *target* faccia uso, verificando se tale utilizzo sia consentito, ed in caso affermativo, se ciò avvenga in quanto il *target* ne sia titolare esclusivo ovvero in virtù di contratti di licenza d'uso. Per quanto riguarda i marchi, le analisi saranno indirizzate primariamente a verificare se il marchio utilizzato dalla società *target* sia stato o meno sottoposto a registrazione (nazionale o internazionale). Strettamente legati alla proprietà industriale sono poi i con tratti di licenza, sub-licenza, sfruttamento brevetti e simili.

(4) Per limiti di natura temporale usualmente non può essere indagata la totalità dei contratti stipulati dal *target*. È bene però che nell'attività di *due diligence* si dedichi attenzione ad alcune tipologie di contratti, la cui esistenza e continuità sia determinante per un'appropriata e proficua gestione della società *target*, o la cui portata economica sia di particolare rilievo, o la cui durata possa avere effetti limitativi della libertà dell'acquirente.

4.1.1. Contratti standard (5)

Contratto "Pubblicità 1" con Motore di Ricerca 1 Ltd - unilateralmente predisposto da Motore di Ricerca 1 e reperibile on line all'indirizzo https:.....

Durata	Il Contratto termina in qualsiasi momento, per recesso dell'affiliato, decorsi dieci (10) giorni lavorativi dal ricevimento di apposita comunicazione da parte di Motore di Ricerca 1. Motore di Ricerca 1 può recedere in qualsiasi momento, anche senza alcun preavviso.
Tipologia	Pay per clic e pay per impressions
Limitazioni	È previsto l'impegno a non visualizzare sulla stessa pagina web alla quale siano associati Insieme di annunci, Annunci, Collegamenti, Campi di ricerca o Pulsanti Referral Pubblicità 1, uno o più annunci pubblicitari che l'utente finale del/i Sito/i possa ragionevolmente confondere con un annuncio pubblicitario Motore di Ricerca 1. Motore di Ricerca 1 agisce quale concessionaria esclusiva, non potendosi utilizzare altre concessionarie per la pubblicità
Osservazioni	Motore di Ricerca 1 non rilascia alcuna garanzia in merito al livello di impressions relative agli Annunci o ai clic su Annunci o Pulsanti Referral, ai tempi di tali impressions e/o clic, al completamento degli Eventi Referral o all'ammontare di qualsiasi pagamento maturato ai sensi del Contratto.
Giurisdizione e competenza	Il Contratto è soggetto alla legge dello Stato della California ed alla cognizione del Tribunale della Contea di Santa Clara in California

Contratto "Affiliazione" con Motore di Ricerca 2 BVD - unilateralmente predisposto da Venditore 1 e reperibile on line all'indirizzo https:....

Durata	Il Contratto può terminare per recesso di entrambe le parti in qualsiasi momento e senza alcun preavviso
Tipologia	Pay per sales
Limitazioni	Venditore 1 declina qualsiasi responsabilità per eventuali danni causati dall'utilizzo o dalla temporanea sospensione del proprio sito web
Osservazioni	Venditore 1 ha la facoltà di cedere il contratto a qualsiasi società posseduta da Venditore 1 direttamente o indirettamente per almeno il 50%, o a qualsiasi altra società affiliata a Venditore 1 tramite società finanziaria
Giurisdizione e competenza	Il Contratto è soggetto alla legge Olandese ed alla cognizione del Tribunale di Amsterdam

4.1.2. Contratti negoziati

Contratto "Affiliazione" con alfabetagamma.net

Durata	Il Contratto può terminare per recesso di entrambe le parti in qualsiasi momento e senza alcun preavviso
Tipologia	Linking agreement - Fornitura contenuti
Limitazioni	Nessuna
Osservazioni	Il contratto è formalizzato da uno scambio di e-mail
Giurisdizione e competenza	Nessuna clausola

4.2. Contratti per l'acquisto di spazi pubblicitari

Il sig. Tizio ha fornito documentazione (e-mail, copia di condizioni generali di contratto, ecc.) dall'esame della quale emerge che il medesimo sig. Tizio ha concluso i se-

guenti accordi commerciali e/o contratti per l'acquisto di spazi pubblicitari nell'ambito del portale xx e delle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono, ferma restando la possibilità - a noi ignota - che esistano ulteriori accordi non formalizzati e/o dei quali non ci sia stata fornita la relativa documentazione.

Contratto "Parole" con Motore di Ricerca 1 Ltd

Durata	Motore di Ricerca 1 può recedere in qualsiasi momento, anche senza preavviso. Il Cliente ha la facoltà di richiedere la cancellazione di ciascun annuncio pubblicitario, ovvero di recedere dal Contratto, annullando tutte le campagne pubblicitarie richieste.
Tipologia	Sponsored links
Limitazioni	Il Cliente riconosce ed accetta che: I) il posizionamento degli annunci sul sito di Motore di Ricerca 1 sia effettuato ad esclusiva discrezione di Motore di Ricerca 1; (II) Motore di Ricerca 1 abbia facoltà di offrire lo stesso target a più di un inserzionista; (III) il Cliente potrà non raggiungere alcun risultato per il suo annuncio se per un determinato target risultano esservi più di un inserzionista e/o di un annuncio rispetto alle posizioni disponibili
Osservazioni	Le parti non possono cedere e/o trasferire i diritti e le obbligazioni derivanti dal presente Contratto, senza il previo consenso scritto dell'altra parte (che non può essere irragionevolmente negato). Motore di Ricerca 1 potrà cedere, trasferire i diritti e gli obblighi derivanti dal presente Contratto senza il preventivo consenso scritto del Cliente a società controllate, o controllanti, ai sensi dell'art. 2359 c.c., ovvero al cessionario in caso di trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa
Giurisdizione e competenza	Il contratto è soggetto alla legge italiana ed alla cognizione del Tribunale di Milano

5. Responsabilità civile e controversie (6)

5.1. Obblighi legali connessi all'attività di commercializzazione di prodotti editoriali

Non è stata fornita documentazione dall'esame della

Note:

(5) Gli obiettivi delle analisi di *due diligence* legale in questo ambito saranno focalizzati a I) verificare la legittimità dei singoli contratti e la conformità delle loro clausole rispetto alla disciplina prevista dal codice civile o dalle leggi speciali di volta in volta applicabili; II) acquisire dettagliate informazioni sulle specifiche obbligazioni conseguentemente assunte dalla società *target* e sul loro adempimento (anche attraverso l'esame della corrispondenza relativa ai singoli contratti); III) accertare l'eventuale esistenza di clausole che possano porre a carico del *target* obblighi caratterizzati da un'eccessiva onerosità in termini economici o pratici ovvero di clausole che possano impedire o influenzare il buon esito della programmata acquisizione (ad esempio le clausole che determinano il corrispettivo e la durata del contratto, clausole che prevedono determinati effetti in caso di *change of control*, clausole che prevedono rinnovi taciti o automatici del contratto, clausole che attribuiscono diritti di esclusiva, diritto di recesso, clausole risolutive espresse, clausole penali, clausole di non concorrenza particolarmente gravose).

(6) L'indagine attivata con il processo di *due diligence* deve curarsi di verificare se l'attività specifica svolta dalla società *target* sia soggetta a regime concessorio, ovvero necessiti di autorizzazioni e simili, o ancora di iscrizioni in albi o registri (basti pensare a banche, assicurazioni, ecc.), acquisendo copia della relativa documentazione.

quale potesse emergere che il sig. Tizio abbia fatto richiesta di contribuzioni e/o sgravi fiscali legati al settore dell'editoria e/o dei prodotti editoriali, sicché, ai sensi della legge n. 62/2001, non sussiste, pertanto, alcun obbligo di registrazione del portale xx, quale testata editoriale telematica, presso il registro della Stampa.

5.2. *Obblighi legali connessi al trattamento di dati personali* (7)

L'informativa per il trattamento dei dati personali di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003, resa agli utenti registrati (in qualità di interessati al trattamento) ai servizi messi a disposizione nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono, non è conforme, in alcuni elementi, alla fattispecie normativa. In particolare: (I) è omessa la necessaria indicazione circa la natura obbligatoria, o facoltativa, del conferimento dei dati; (II) è omessa la necessaria indicazione circa le conseguenze di un eventuale rifiuto di prestare il consenso al trattamento. Ai sensi dell'art. 161 del d.lgs. n. 196/2003 la violazione delle disposizioni di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003 è punita con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 3.000,00 (tre-mila/00) ad 18.000,00 (diciottomila/00), fermo restando l'eventuale risarcimento dei danni cagionati per effetto del trattamento, ai sensi dell'art. 2050 c.c.

Si evidenzia, inoltre, che i dati personali degli utenti registrati (in qualità di interessati al trattamento) ai servizi messi a disposizione nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono, non possono essere ceduti: "a nessuna società esterna, per nessun motivo".

In considerazione di quanto precede, nell'ambito dell'operazione la società acquisirà unicamente la qualità di responsabile del trattamento.

I dati personali degli utenti registrati (in qualità di interessati al trattamento) ai servizi messi a disposizione, nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono possono essere utilizzati (dal titolare del trattamento, alias il sig. Tizio) e/o dalla società, alla data di sottoscrizione del contratto di trasferimento con il sig. Tizio, nella qualità di responsabile del trattamento, per le seguenti finalità: (I) erogazione dei servizi messi a disposizione attraverso portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono; (II) inserimento nella newsletter periodica: massimo un (1) invio a settimana; (III) comunicazioni in merito alle modalità d'uso del servizio e/o eventuali comunicazioni personali; (IV) utilizzo per fini statistici; (V) utilizzo per, non meglio precisati, fini commerciali, anche a nome di terzi.

5.3. *Controversie* (8)

Il sig. Tizio ha riferito di non aver ricevuto la notificazione di alcuna domanda di risarcimento danni e/o altro genere di controversia, né in ambito giudiziale, né di procedimenti arbitrali, negli ultimi 2 (due) anni, in relazio-

ne a quanto divulgato ed ai servizi messi a disposizione, nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono.

Il sig. Tizio ha riferito di non aver preso parte a controversie, anche arbitrali, definite, interrotte, sospese e/o concluse negli ultimi due (2) anni, in relazione a quanto divulgato ed ai servizi messi a disposizione, nell'ambito del portale xx e nelle varie pagine web di sotto-dominio che lo compongono. Il sig. Tizio ha, inoltre, riferito di non aver subito alcuna sospensione dell'assegnazione del nome di dominio www.xx.it su ordine dell'autorità giudiziaria o del collegio arbitrale.

Note:

(7) Uno dei maggiori asset di un sito Internet è costituito dalla banca dati personali degli utenti e/o clienti. Per tale motivo, l'accertamento dell'esatto adempimento degli obblighi di cui al d.lgs. n. 196/2003 è estremamente necessario, anche alla luce dall'ampio quadro sanzionatorio ivi previsto, non solo amministrativamente ma anche, nei casi più gravi, penalmente. Occorre quindi verificare la puntuale avvenuta esecuzione degli adempimenti previsti dalle leggi in tema di tutela dei dati personali.

(8) La *due diligence* deve perciò curarsi di rappresentare un quadro completo ed esauriente delle informazioni utili e della documentazione essenziale in relazione a tutte le controversie giudiziali pendenti, ai procedimenti arbitrali ed alle ispezioni amministrative o a qualunque altro procedimento (in Italia o all'estero) di qualunque natura che interessino il *target*.

Rassegna bibliografica

a cura di **Francesco Brugaletta, Carmelo Giurdanella, Andrea Lisi, Giuseppe Vaciago**

Parte dei testi selezionati sono recensiti nella sezione *on line* della Rivista www.ipsoa.it/dirittodellinternet

■ Diritto amministrativo

Giovanni Adezati

Decreto flussi: procedura informatica al via per la richiesta di assunzione internazionale, in *Guida al diritto*, 2007, fasc. 48, 118

Fabio Bravo

Appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e tecniche di redazione contrattuale. Le linee guida del CNIPA, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, fasc. 1, 103

Edoardo Chiti, Laura Segni

Telecomunicazioni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, fasc. 8, 870

Gregorio Cosentino

Trent'anni di domanda e offerta ICT nella pubblica amministrazione italiana
Milano, Giuffrè, 1997, 206

Silvia Martino

Il caso "Alice". Regolazione e concorrenza, nuova frontiera del giudizio amministrativo, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, fasc. 3, 841

■ Diritto della proprietà intellettuale e diritto della concorrenza

AA. VV. a cura di Maria Lillà Montagnani e Maurizio Borghi

Proprietà Digitale - Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management
Milano, Egea, 2007, 264

Carlo Blengino, Monica Alessia Senor

Il caso «Peppermint»: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer-to-peer, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, fasc. 4/5, 835

Fabio Bravo

Problemi di diritto contrattuale ed esemplificazioni nella distribuzione on-line di opere digitali mediante sistemi automatici per la negoziazione dei diritti (DRM), in *Cyberspazio e diritto*, 2007 fasc. 2, 167

Ivana Clemente

Confondibilità delle testate e concorrenza sleale, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, fasc. 2, 304

Andrea Tatafiore

La riproduzione temporanea in Internet di opere protette, in *Diritto d'autore (II)*, 2007, fasc. 3, 437

■ Diritto penale

Raffaella Antonia De Rosas

Dichiarazioni offensive attraverso Internet, discredito dell'attività artistica e risarcimento del danno morale, in *Giudice di pace*, 2007, fasc. 2, 145

Roberto Flor

Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, fasc. 2/3, 899

Marco Grimi

Lo "sblocco" di telefonini cellulari vincolanti in Italia: aspetti tecnici, profili penali e civilistici per l'analisi del fenomeno, in *Cyberspazio e diritto*, 2007, fasc. 2, 211

Michele Guernelli

I «computer crimes» nell'attuale sistema penale tedesco: aspetti sostanziali e processuali, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2007, fasc. 3, 643

Pietro Previati

Il reato di frode informatica ai sensi del d.lgs. 231/2001: standard di controllo e procedure per la compliance del Modello Organizzativo, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La)*, 2007, fasc. 1, 161

Ivan Salvadori

I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, fasc. 4, 1069

■ Diritto tributario

Roberta Aiolfi, Valerio Artina

Documenti informatici: caratteristiche dell'adempimento, in *Pratica Fiscale e professionale*, 2007, fasc. 35, 21

Massimo Giaconia, Laura Greco

Quando il server è stabile organizzazione materiale, in *Corriere tributario*, 2007, fasc. 28, 2322

Raffaello Lupi

Controlli fiscali: dall'illusione contabile a quella informatica, in *Guida ai controlli fiscali*, 2007, fasc. 3, 5

Franco Ricca

Comunicazione telematica degli incassi dei soggetti in franchigia Iva, in *Corriere Tributario*, 2007, fasc. 35, 2833

■ E-Commerce, contratti on-line e contratti informatici

Vera Arcari, Antonio Bana, Andrea Gentilomo, Roberto Molteni, Guido Vittorio Travaini

La vendita di farmaci in internet: considerazioni medico-legali e criminologiche, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2006, fasc. 6, 1099

Per Carlsson, Arne Andersson

A flexible model for tree-structured multi-commodity markets, in *Electronic Commerce Research*, 2007, fasc. 1, 69

Laura Falcioni

La vendita dei medicinali su internet alla luce del caso C-322/01, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, fasc. 1, 183

Cristina Rigato

Vendite a distanza e attività di e-commerce, in *Contabilità Finanza e Controllo*, 2008, fasc. 1, 78

■ Informatica giuridica e diritto dell'informatica

Luigi D'Agosto

Il sistema del wi-fi nel diritto delle telecomunicazioni, in *Nuovo Diritto (II)*, 2007, fasc. 5/6/7, 382

Alfredo Viterbo, Arnaldo Codignola

I 70 anni del Manifesto dell'intelligenza artificiale, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, fasc. 4, 725

Raffaele Zallone

Elementi di diritto dell'informatica - Tutela dei dati personali, documento informatico e firma digitale, *Internet e commercio elettronico*
Torino, Franco Angeli, 2007, 159

■ Privacy e Sicurezza

Maurizio Cinotti

Internet security
Milano, Hoepli, 2007, 480

Lucente Giovanna Corrias

Le recenti prescrizioni del Garante sulla pubblicazione di atti di procedimenti penali e la cronaca giudiziaria. Rigide interferenze

tra privacy e libertà di informazione, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, fasc. 3, 593

Luigi Viola

Il garante per la protezione dei dati riservati detta le regole di policy aziendale, in *Studium iuris*, 2007, fasc. 5, 597

■ Profili costituzionali e comparatistici

Carla Di Lello

Internet e Costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)*, 2007, fasc. 4/5, 895

■ INDICE AUTORI

Caso Roberto

"Modchips" e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato? 154

Cimino Iacopo Pietro

Modello di *due diligence* legale per l'acquisizione di un piccolo portale 207

Cunegatti Beatrice

Danno all'immagine e responsabilità dell'*internet service provider* 135

D'Ulisse Daniela

Tutela cautelare e tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni 128

Falletti Elena

La divulgazione di mail personali sui mass media e diritto alla riservatezza 199

Fini Maria

Scommesse *on-line* 173

Pani Mattia

Accesso alle posizioni giuridiche virtuali rappresentate dalle informazioni immagazzinate in supporti magnetici 189

Navone Gianluca

La firma digitale ed il sistema di certificazione quale nuovo strumento di pubblicità legale 113

Resta Federica

Scommesse *on-line* 173

Stazi Andrea

Il risarcimento dei danni da ingiustificato distacco della linea telefonica 142

Stazi Claudia

Il risarcimento dei danni da ingiustificato distacco della linea telefonica 142

Terracina David

"Modchips" e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato? 163

Trucco Lara

Favoreggiamento della prostituzione in internet per mezzo di messaggi pubblicitari 182

■ INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza civile

Corte di cassazione

8 novembre 2007, n. 23304, sez. III 141

Tribunale

21 febbraio 2007, Napoli, sez. IV 195

6 giugno 2007, ord., Napoli, sez. dist. di Pozzuoli 127

16 luglio 2007, Milano 134

15 settembre 2007, n. 20383, Roma 133

26 ottobre 2007, n. 2789, Bologna 194

19 novembre 2007, Ravenna 195

Giurisprudenza penale

Corte costituzionale

13 luglio 2007, n. 284 170

Corte di cassazione

4 maggio 2007, n. 16928, sez. III 171

3 settembre 2007, n. 33768, sez. III 149

24 ottobre 2007, n. 39354, sez. III 181

Tribunale

5 giugno 2007, Milano, sez. I 194

Giurisprudenza amministrativa

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, sez. giurisdizionale, 8 ottobre 2007, n. 927 187

Giurisprudenza internazionale

Tribunal de Grande Instance de Paris, 19 dicembre 2007 197

Tribunal de Grande Instance de Paris, 18 dicembre 2007 197

Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui contenuti creativi *on-line* nel mercato unico, 3 gennaio 2008 197

Normativa

Legge 9 gennaio 2008, n. 2 (G.U. 25 gennaio 2008, n. 21) 121

Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (G.U. 28 dicembre 2007, n. 300 - *Suppl. ord. n. 285*) 127

Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (G.U. 28 dicembre 2007, n. 300 - *Suppl. ord. n. 285*) 122

Decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 (G.U. 31 dicembre 2007, n. 302) 122

Agenzia del territorio, Decreto 18 dicembre 2007 (G.U. del 21 dicembre 2007, n. 296) 122

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Decreto 30 ottobre 2007, n. 240 (G.U. 21 dicembre 2007, n. 296) 123

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Deliberazione 8 novembre 2007, n. 162/07/CSP (G.U. del 11 dicembre 2007, n. 287) 123

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Deliberazione 15 novembre 2007 (G.U. 5 dicembre 2007, n. 283) 124

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Deliberazione 15 novembre 2007 (G.U. 5 dicembre 2007, n. 283) 124

Garante per la protezione dei dati personali, Deliberazione 14 dicembre 2007, n. 65 (G.U. 9 gennaio 2008, n. 7) 124

Garante per la protezione dei dati personali, Deliberazione 14 dicembre 2007, n. 66 (G.U. 9 gennaio 2008, n. 7) 125

INDICE ANALITICO

Contratti

Il risarcimento dei danni da ingiustificato distacco della linea telefonica (*Cass. civ., Sez. III, 8 novembre 2007, n. 23304*) di *Andrea Stazi e Claudia Stazi*

141

Corrispondenza privata

La divulgazione di mail personali sui mass media e diritto alla riservatezza di *Elena Falletti*

199

Diritto d'autore

"Modchips" e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato? (*Cas. Pen., Sez. III, 3 settembre 2007, n. 33768*) di *Roberto Caso e David Terracina*

149

Diritto di accesso

Accesso alle posizioni giuridiche virtuali rappresentate dalle informazioni immagazzinate in supporti magnetici (*Consiglio di giustizia amm. per la regione siciliana, Sez. Giuris., 8 ottobre 2007, n. 927*) di *Mattia Pani*

187

Domain name e Portale web

Modello di *due diligence* legale per l'acquisizione di un piccolo portale di *Iacopo Pietro Cimino*

207

Gioco e scommesse

Scommesse on-line (*Corte Cost. 13 luglio 2007, n. 284 e Cass. pen., Sez. III, 4 maggio 2007, n. 16928*) di *Maria Fini e Federica Resta*

170

Firma elettronica

La firma digitale ed il sistema di certificazione quale nuovo strumento di pubblicità legale di *Gianluca Navone*

113

Messaggi pubblicitari e sequestrabilità in via cautelare

Favoreggiamento della prostituzione in internet per mezzo di messaggi pubblicitari (*Cass. pen., Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 39354*) di *Lara Trucco*

181

Responsabilità civile

Danno all'immagine e responsabilità dell'Internet Service Provider (*Trib. Roma, 15 settembre 2007, n. 20383 e Trib. Milano, 16 luglio 2007*) di *Beatrice Cunegatti*

133

Telecomunicazioni

Tutela cautelare e tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie in materia di telecomunicazioni (*Trib. Napoli, Sez. Dist. di Pozzuoli, Ord. 6 giugno 2007*) di *Daniela D'Ulisse*

127

LIBRI

Responsabilità "penale" delle persone giuridiche

D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231

A cura di *Angelo Giarda, Enrico Maria Mancuso, Giorgio Spangher, Gianluca Varraso*

Il volume costituisce un **contributo allo studio del d.lgs. n. 231 del 2001** ed è strutturato in 15 capitoli tematizzati il cui contenuto è rappresentato dai commenti, articolo per articolo, di tale corpo normativo.

Ogni capitolo è preceduto da un saggio introduttivo mirato a fornire linee guida.

Il volume è stato ideato e realizzato, anzitutto, per magistrati ed avvocati; in secondo luogo per il mondo della professione e degli operatori imprenditoriali; infine quale sostegno didattico dei corsi universitari.

Sono riportati i **testi legislativi completari** di maggiore rilievo: legge 29 set-

tembre 2000, n. 300; d.m. 26 giugno 2003, n. 201; legge 16 marzo 2006, n. 146.

Ipsoa 2007, € 48,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali** (tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>