

# attualità

## sez. 1 indice

### 1\_1 Il punto su ...

| doc. 509 **TUTELA PENALE DEL DIRITTO D'AUTORE**  
LA TUTELA PENALE DEL DIRITTO D'AUTORE E DEI DIRITTI CONNESSI  
– *di* David Terracina P.0000

### 1\_2 Novità legislative

| doc. 510 **CONTRATTI DI MUTUO**  
I NUOVI STRUMENTI GIURIDICI DI MODIFICA DEL CONTRATTI DI MUTUO – *di* Santo Viotti P.0000

## | 509 LA TUTELA PENALE DEL DIRITTO D'AUTORE E DEI DIRITTI CONNESSI

Sono passati circa otto anni dalla l. 248/2000, con cui il legislatore ha provveduto a riformare in maniera organica la materia del diritto d'autore, disciplinata con la l. 633/1941 (c.d. Legge sul Diritto d'Autore o LDA). Nonostante, per lo meno nelle intenzioni, l'iniziativa del legislatore fosse sicuramente apprezzabile, volendo portare un po' di ordine ad un corpo normativo, l'intervento del 2000 non ha affatto chiuso la stagione delle riforme. Anzi, proprio a partire dall'approvazione della l. 248/2000, sembrerebbe che la maggiore preoccupazione del nostro legislatore sia stata quella di modificare in maniera del tutto schizofrenica la materia del diritto d'autore.

È sin troppo evidente come un simile modo di legiferare abbia creato attorno alle fattispecie di reato previste nel corpo della LDA una situazione di grande incertezza.

Nell'articolo si affrontano le principali problematiche legate ad un'evoluzione normativa che, tradendo l'idea del legislatore del 2000, si è andata sviluppando sull'onda emotiva delle emergenze, più o meno reali, presentatesi di volta in volta all'attenzione del legislatore, piuttosto che non da un preciso disegno di politica criminale.

**Sommario** 1. Premessa. — 2. Il patrimonio quale bene giuridico tutelato. — 3. L'evoluzione normativa. — 4. Le problematiche. — 4.1. Il c.d. «bollino» S.I.A.E. — 4.2. L. autore e delitto di ricettazione. — 4.3. Lucro e profitto. — 4.4. La detenzione per scopo commerciale o imprenditoriale. — 4.5. I c.d. DRM (*Digital Right Management*). — 4.6. Il *file sharing*. — 4.7. Il lavoro del Comitato Consultivo permanente per il diritto d'autore.

### 1. PREMESSA

Trascorsi circa otto anni dalla riforma della legge sul diritto d'autore, è interessante provare a fare un bilancio anche alla luce dei continui contrasti giurisprudenziali esistenti in materia. Come ben si ricorderà, infatti, il legislatore del 2000, con un intervento ampio ed organico, rispetto alle modifiche specifiche e sporadiche appurate nel tempo alla l. n. 633 del 1941 (c.d. l. autore), aveva voluto ridare al diritto d'autore un nuovo assetto generale che, se non definitivo, fosse comunque destinato a garantire alla materia una certa stabilità<sup>(1)</sup>. La l. autore, così come concepita originariamente dal legislatore del 1941, aveva, infatti, avuto il pregio di resistere pressoché immutata per oltre quarant'anni, riuscendo, allo stesso tempo, a regolare efficacemente una materia così complessa e peculiare.

A partire dagli anni '80, però, a seguito dei radicali mutamenti apportati dalla tecnologia al mondo della proprietà intellettuale, l'impalcatura della l. autore ha iniziato a scricchiolare e, per fare fronte alle nuove sfide, la normativa è stata oggetto di numerose modifiche che ne hanno completamente stravolto l'assetto.

Nonostante le buone intenzioni, la l. n. 248 del 2000 non chiudeva affatto la stagione delle riforme, ma dava il via a modifiche ancor più radicali, raramente accompagnate

di  
**David  
Terracina**

<sup>(1)</sup> Mi sia consentito, in argomento, un rinvio a *diritti connessi*, Torino, 2006, 7 ss.  
TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei*

da un'approfondita riflessione penalistica. Per il penalista, infatti, salvo alcune illustri eccezioni <sup>(2)</sup>, la materia del diritto d'autore non ha mai mostrato un *appeal* irresistibile, probabilmente perché incapace di svelare da subito i momenti di particolare interesse. Così, anche l'analisi delle fattispecie di reato contenute nella l. autore è stata tradizionalmente appannaggio della dottrina civilistica e ciò ha fatto sì che la materia venisse elaborata attraverso le categorie tipiche del diritto civile, come d'altra parte accade comunemente nel diritto penale complementare o *extra codicem* <sup>(3)</sup>.

## 2. IL PATRIMONIO QUALE BENE GIURIDICO TUTELATO

A dispetto del lamentato disinteresse mostrato per la materia del diritto d'autore, le fattispecie di reato contenute nella l. autore presentano, però, numerosi aspetti che avrebbero potuto attirare l'attenzione della dottrina penalistica. In primo luogo, la materia si presta ad un'interessantissima analisi del complesso rapporto tra diritto penale e diritto civile che non è possibile in questa sede approfondire. Ci si trova, infatti, di fronte a fattispecie di reato in cui il precetto risulta di natura squisitamente civilistica e ricostruito secondo le categorie proprie del diritto civile, mentre la sanzione è quella tipica del diritto penale. Ciò viene amplificato dal fatto che tali fattispecie di reato presentano tutte delle clausole di illiceità speciale (rappresentate dall'utilizzo di avverbi quali *abusivamente illecitamente*, ecc...) <sup>(4)</sup>, che necessariamente rinviano alla disciplina civilistica sottostante ed inevitabilmente vengono interpretate alla luce di essa.

In secondo luogo, il fatto che la materia della tutela penale del diritto d'autore sia rimasta appannaggio della dottrina civilistica ha fatto sì che non si sia mai condotta un'attenta riflessione sulla natura del bene giuridico tutelato. Ebbene, l'importanza del bene giuridico nel diritto penale è oramai universalmente riconosciuta e non richiede alcun ulteriore approfondimento <sup>(5)</sup>. Con particolare riferimento alla materia del diritto d'autore, sarebbe bastato un minimo di riflessione per poter mettere in evidenza un dato fondamentale: tutte le fattispecie di reato poste a tutela del diritto d'autore ne proteggono la sola manifestazione economica, tendono a garantire, cioè, il pieno godimento dei diritti di sfruttamento economico dell'opera da parte del titolare, mentre si disinteressano totalmente delle facoltà morali. Volendo tradurre tutto ciò in linguaggio penalistico, parlare di tutela delle facoltà patrimoniali altro non vuol dire che parlare di

<sup>(2)</sup> Si fa riferimento, in particolare, ad ALESSANDRI, voce *Tutela penale dei segni distintivi*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 432 ss.; S. FIORE, voce *Diritto d'autore* (reati in materia di), in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2004, 195 ss.; PEDRAZZI, *Aspetti penalistici del diritto d'autore in Italia*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1969, 683 ss.; PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Napoli, 2004; PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-provider in Internet*, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 379 ss. e 510 ss.; SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 71 ss.; SEMINARA, *La responsabilità penale degli*

*operatori su Internet*, in *Dir. inf.*, 1998, 751 ss.; SEEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti di computer*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1206; P. SIRACUSANO, voce *Diritto d'autore* (reati in materia di), in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1991, 10 ss.

<sup>(3)</sup> PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, 99 ss.

<sup>(4)</sup> Sul concetto di illiceità o anti giuridicità speciale si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, ..., ...*, 167 ss.

<sup>(5)</sup> Per tutti si vedano BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 15 ss. e MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

tutela del patrimonio che deve, dunque, essere individuato quale bene giuridico di categoria <sup>(6)</sup>.

L'inquadramento dei reati previsti in materia di diritto d'autore nell'ambito dei delitti contro il patrimonio non è fatto privo di conseguenze giuridiche. La materia del diritto d'autore è infatti, caratterizzata da rilevanti interessi economici che ruotano attorno ad essa. L'industria legata allo sfruttamento economico delle opere dell'ingegno è in continua espansione, sopportando investimenti decisamente onerosi, a fronte di ricavi inizialmente cospicui, ma oggi sempre più erosi dal fenomeno della c.d. «pirateria intellettuale» <sup>(7)</sup>. È proprio per tale ragione che le *lobbies* economiche interessate allo sfruttamento delle opere dell'ingegno si fanno sentire per veder tutelati i propri interessi, esercitando sul legislatore tutte le forme di pressione consentite. In parte sicuramente per tale ragione, in parte proprio per lo scarso approfondimento sulla natura del bene giuridico tutelato, le riforme intervenute in materia di diritto d'autore appaiono accomunate dal fatto di non essere state mai precedute da un reale, autentico, bilanciamento di tutti i molteplici interessi legati al mondo della proprietà intellettuale.

Ebbene, l'individuazione del patrimonio quale bene giuridico tutelato dalle fattispecie di reato previste all'interno della l. autore dovrebbe fornire un grande aiuto in tal senso. Ricordiamo, infatti, come il patrimonio, pur essendo un bene la cui tutela è espressamente contemplata dalla nostra Carta costituzionale, non figura tra i principi fondamentali dell'ordinamento. Di conseguenza, la sua tutela non potrà essere assoluta e dovrà necessariamente tenere in considerazione tutti gli altri valori con cui potrebbe entrare in potenziale conflitto.

### 3. L'EVOLUZIONE NORMATIVA

Fatta questa lunga ma doverosa premessa, si può procedere ad una rapida disamina di quella che è stata l'evoluzione normativa in materia di tutela penale del diritto d'autore. Come già detto in precedenza, la l. n. 633 del 1941 (l. autore) prevedeva originariamente un'unica fattispecie di reato, quella di cui all'art. 171, che sanzionava con la multa da 500 a 20.000 lire chiunque, senza averne il diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma riproducesse, trascrivesse, recitasse in pubblico o diffondesse, vendesse o mettesse in vendita o ponesse altrimenti in commercio «un'opera altrui». La normativa rispettava chiaramente la realtà dell'epoca, dove la maggior parte degli attacchi ai diritti di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno tutelate dal diritto d'autore consistevano in inadempimenti contrattuali. Il problema della pirateria intellettuale non si poneva nemmeno. La situazione era, però, destinata a mutare rapidamente ed in maniera radicale con l'evolversi del mercato delle opere dell'ingegno. Dei primi interventi legislativi venivano effettuati ad opera delle leggi 29 luglio 1981, n. 406 e 20 luglio 1985, n. 400, con le quali si prevedevano delle nuove fattispecie di reato rispettivamente contro l'illecita riproduzione o commercializzazione di *dischi, nastri o altri supporti analoghi*; e contro l'illecita riproduzione o commercializzazione di *opere destinate al circuito cinematografico o televisivo*.

<sup>(6)</sup> Mi sia consentito di rimandare, ancora una volta, a TERRACINA, cit., 89 ss.

<sup>(7)</sup> PASTORE, *La S.I.A.E. e la pirateria fonovideografica e del software*, in *Dir. autore*, 1994, 2, 235 ss.

A tali disposizioni faceva seguito il d.lg. 29 dicembre 1992, n. 518 con il quale, in attuazione della direttiva n. 250/91, si recepiva espressamente all'interno del corpo della l. autore la tutela dei programmi per elaboratore; il d.lg. 16 novembre 1994, n. 685, in materia di fonogrammi e videogrammi, adottato in attuazione della direttiva n. 98/93; nonché, da ultimo, prima della riforma organica del 2000, il d.lg. 6 maggio 1999, n. 169, in materia di banche di dati, adottato in attuazione della direttiva n. 9/96.

Nel giro di circa un ventennio, dunque, la normativa dettata in materia di diritto d'autore ha subito un radicale mutamento, e con essa, ovviamente, anche quella penale, soprattutto per far fronte alle nuove forme di aggressione portate ai diritti di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno, legati essenzialmente allo sviluppo della tecnologia digitale. Gli interventi normativi succedutisi nel tempo sono, però, tutti caratterizzati da un'eccessiva sporadicità e frammentarietà, e mal si sono armonizzati con il corpo normativo originario. Basti, pensare, a titolo meramente esemplificativo, ai problemi sorti in materia di «bollino S.I.A.E.» e non ancora risolti <sup>(8)</sup>.

#### 4. LE PROBLEMATICHE

Ma vediamo nel dettaglio gli elementi di novità relativi alla tutela penale del diritto d'autore che presentano aspetti maggiormente problematici.

##### 4.1. Il c.d. «bollino» S.I.A.E.

Con il d.P.C.M. n. 338 del 2001, si è finalmente adottato il regolamento di esecuzione in materia di bollino SIAE, di cui all'art. 181-*bis* l. autore, poi modificato ulteriormente con il decreto n. 296 del 2002. Come detto in precedenza, la materia del bollino SIAE ha da sempre rappresentato un momento particolarmente complesso e delicato dell'assetto normativo dalla l. autore. Tutto ciò, ovviamente, ha avuto dei notevoli riflessi sulla struttura di quelle fattispecie di reato che al bollino facevano espresso riferimento. Da ultimo, la Corte di Giustizia della Comunità Europea, con la recentissima sentenza resa dalla III sezione l'8 novembre 2007 <sup>(9)</sup>, e prontamente recepita dalla giurisprudenza della nostra Corte di cassazione, ha nuovamente gettato nel caos la regolamentazione relativa al bollino SIAE <sup>(10)</sup>.

Quanto accaduto in materia di bollino appare piuttosto significativo della superficialità e della precipitazione con cui il nostro legislatore si è occupato e si occupa della materia del diritto d'autore. Superficialità e precipitazione che non possono far altro

<sup>(8)</sup> Si veda in proposito, TERRACINA, *In materia di «bollino» S.I.A.E. gli interessi in gioco sovranano la lettera della norma*, in *Riv. pen.*, 2000, 7/8, 716 ss. Nell'occasione, si era lamentata una certa ostinazione mostrata dalla III sezione penale della Corte di cassazione nel voler ritenere di immediata applicabilità la fattispecie di reato di cui all'art. 171-*ter*, lett. c), l. autore, pur in difetto del regolamento di esecuzione che sarebbe stato adottato solamente nel 2001, facendo ricorso al vecchio regolamento di cui al r.d. n. 1369 del 1942, forzandone però palesemente il dettato, dal momento che tale normativa si riferiva espressamente alle opere a stampa. Un'interpretazione *contra legem*, dunque, in pieno disprezzo dei

principi fondamentali del diritto penale destinati, soprattutto nella legislazione penale speciale, a soccombere di fronte ad interessi di altra natura. La giurisprudenza della Suprema Corte sembrava, infatti, decisamente orientata a non lasciare spazio a pericolosi vuoti di tutela che avrebbero in qualche modo indebolito tutta l'impalcatura costruita a sostegno del diritto d'autore e dei diritti connessi, in attesa delle croniche lentezze del nostro legislatore.

<sup>(9)</sup> Sentenza pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea in data 22 dicembre 2007.

<sup>(10)</sup> Si fa riferimento alle sentenze nn. 13810, 13816, 13853, 14705, 21579 e 27764 del 2008.

che produrre una normativa del tutto confusionaria. E se ciò accade in relazione ad un aspetto strettamente tecnico, quale, appunto, quello del bollino, si può facilmente immaginare ciò che può accadere in relazione ad aspetti sostanziali e decisamente più complessi. A farne le spese sono soprattutto quelle fattispecie di reato con le quali si sanziona la mancanza del contrassegno S.I.A.E. oltre, ovviamente, alla certezza del diritto (ma di questo sono in pochi a preoccuparsene).

Il problema da ultimo affrontato dalla Corte di Cassazione con le sentenze poc'anzi citate non riguarda, però, la costruzione della norma, o le carenze del regolamento di attuazione, di cui ci si era già occupati in passato. La Corte non è stata chiamata in causa per sanare le aporie lasciate da un legislatore distratto o incompetente, libera quindi di adottare decisioni che, pur forzando la lettera della norma, potessero comunque garantire la sopravvivenza e la stabilità di un assetto normativo decisamente carente. Al contrario, la Cassazione è stata chiamata a confrontarsi con un organismo sovranazionale, come la Corte di Giustizia UE, in grado di vincolarne *in toto* la discrezionalità, ed inchiodarla finalmente a quei tanto bistrattati principi fondamentali del diritto penale cui si è fatto riferimento più volte.

La Corte del Lussemburgo, con la sentenza Schwibbert, lascia infatti ben poco margine di manovra al giudice interno, affermando che: «la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 giugno 1998, 98/34/CE, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, come modificata con direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 luglio 1998, 98/48/CE, dev'essere interpretata nel senso che disposizioni nazionali come quelle di cui trattasi nella causa principale, in quanto stabilito, successivamente all'entrata in vigore della direttiva del Consiglio 28 marzo 1983, 83/189/CEE, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, l'obbligo di apporre sui dischi compatti contenenti opere d'arte figurativa il contrassegno «SIAE» in vista della loro commercializzazione nello Stato membro interessato, costituiscono una regola tecnica che, qualora non sia stata notificata alla Commissione, non può essere fatta valere nei confronti di un privato».

In considerazione di quanto precede, secondo la Corte di cassazione, nel caso di specie: «il giudice nazionale deve disapplicare — *fino al momento in cui sarà perfezionata la procedura di notifica* — la regola interna che impone l'obbligo di apporre sui supporti il marchio SIAE in vista della loro commercializzazione»<sup>(11)</sup>, venendo meno, di conseguenza, la rilevanza penale di tutte quelle fattispecie di reato che includano il contrassegno SIAE tra gli elementi costitutivi della condotta tipica e tali conclusioni valgono per ogni genere di supporto<sup>(12)</sup>. Ciò non significa, ovviamente, che la decisione della Corte di Giustizia vada ad incidere anche sulla tutela del diritto d'autore in quanto

<sup>(11)</sup> La Corte giust. CEE, con sentenza del 9 marzo 1978, causa Simmenthal, in *Racc.*, 1978, 629; e sentenza del 16 febbraio 1978, causa Schornenberg, in *Foro it.*, 1979, IV, 128 aveva sancito, infatti, l'obbligo del giudice nazionale di applicare le disposizioni di diritto comunitario e di garantirne piena efficacia, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, an-

che posteriore, senza doverne chiedere o attendere la rimozione (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 61 ss.)

<sup>(12)</sup> In argomento si vedano FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 5, 640; MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di di-*

tale, dimodoché, al di là delle vicende relative al bollino, rimane vietata qualsiasi attività che comporti l'abusiva diffusione, riproduzione o contraffazione delle opere dell'ingegno.

Le fattispecie sulle quali la sentenza resa dalla Corte di Giustizia sembrerebbe agire direttamente sarebbero allora quelle di cui agli artt. 171-*bis*, commi 1 e 2, e 171-*ter*, comma 1, lett. *d*). Per tutte le altre figure di reato, invece, la mancanza del contrassegno continuerà a rappresentare una prova dell'illiceità della condotta posta in essere, mantenendo una valenza indiziaria in ordine all'abusiva riproduzione.

#### 4.2. L. autore e delitto di ricettazione

Altra problematica di grande interesse è quella rappresentata dal rapporto tra le fattispecie di reato previste dalla l. autore ed il delitto di ricettazione. Come si diceva in precedenza, infatti, la materia del diritto d'autore è stata riorganizzata in modo organico per mezzo della l. n. 248 del 2000 che, all'art. 16, introduceva nel sistema un illecito amministrativo con il quale si andavano a sanzionare le condotte di chi acquistasse opere dell'ingegno di provenienza illecita. La finalità di una simile disposizione era piuttosto evidente, vale a dire quella di porre al riparo della sanzione penale condotte poste in essere dalla quasi totalità dei consociati che, possiamo darlo come dato sociologico acquisito, acquista con grande disinvoltura e senza la minima percezione del disvalore della propria condotta, opere dell'ingegno contraffatte. È evidente, dunque, l'atteggiamento piuttosto ambiguo, per non dire ipocrita, tenuto dall'intero ordinamento che, se da una parte ritiene la condotta di chi ponga in vendita illecitamente opere dell'ingegno contraffatte alla stessa stregua di chi commetta un furto, riserva poi un trattamento giuridico diverso per chi acquisti beni di provenienza furtiva, rispetto a chi acquisti, invece, opere dell'ingegno. In realtà, una simile ipocrisia, ben prima di essere consacrata dal legislatore in un testo normativo, era di fatto presente nel sistema che, già a livello applicativo praticava una simile disparità di trattamento, riservando la pressoché totale impunità a chi avesse acquistato opere dell'ingegno contraffatte, ben potendo tali condotte essere astrattamente ricondotte alla previsione dell'art. 648 c.p.

Il legislatore si è però ben presto reso conto che l'illecito amministrativo di nuova introduzione si andava a sovrapporre del tutto al delitto di ricettazione, di modo che anche colui che avesse acquistato i beni non per fini strettamente personali, ma per farne commercio, rispondesse per il solo illecito amministrativo.

Ciò appare come l'ennesima dimostrazione delle ambiguità, approssimazioni e superficialità legate al mondo della proprietà intellettuale. Con la l. n. 248 del 2000 si era, infatti, inteso rafforzare la tutela penale della proprietà intellettuale, andando ben oltre quanto sarebbe stato necessario, ma lasciando inspiegabilmente fuori dalla portata applicativa delle fattispecie proprio gli acquirenti dell'industria del falso. Lo strumento approntato era evidentemente sfuggito di mano al legislatore, il quale aveva così garantito l'impunità (occorre ricordarlo, limitatamente al reato di cui all'art. 648 c.p.)

ritto sostanziale, in *Cass. pen.*, 2006, 1331 ss.; MANNOZZI-CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 4, 899 ss.; POLINI, *L'interpretazio-*

*ne conforme al diritto comunitario in materia penale. Presupposti teorici, limiti applicativi, casi clinici*, in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1798 ss.; VIGANO, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 11, 1433 ss.



non solamente a chi avesse acquistato beni per farne un uso personale, ma anche a chi li avesse acquistati per poi commercializzarli.

Per porre rimedio ad un tale stato di cose, riprendendo, dunque, l'idea originaria di maggior rigore, con il d.lg. n. 68 del 2003 si abrogava la disposizione di cui all'art. 16 l. n. 248 del 2000 e si introduceva nel corpo della l. autore, all'art. 174-ter, un nuovo illecito amministrativo, sulla falsariga di quello abrogato, ma che trovasse applicazione solamente nell'ipotesi in cui l'acquisto o la ricezione del bene fossero avvenute per scopo personale.

Al di là, però, delle difficoltà sorte a seguito dell'introduzione nel corpo della l. autore di un illecito amministrativo che si sovrapponesse, integralmente o parzialmente, alla fattispecie di reato di cui all'art. 648 c.p., la problematica relativa al rapporto tra il delitto di ricettazione e tutte le fattispecie di reato contemplate dalla l. autore, è piuttosto risalente nel tempo. Da subito ci si è accorti, infatti, che con l'introduzione nella l. autore di nuove fattispecie di reato, si poneva un problema di possibile concorso con il delitto di ricettazione, dal momento che appare inevitabile come un soggetto che commercializzi opere dell'ingegno contraffatte, prima le riceva o le acquisti illecitamente.

In relazione a tale problematica, in giurisprudenza si era venuto a delineare un duplice indirizzo interpretativo: un primo, del tutto minoritario, secondo il quale si sarebbe potuto configurare il concorso tra il reato di ricettazione e quello di cui all'art. 171-ter l. autore qualora il soggetto agente, oltre ad acquistare videocassette e musicassette contraffatte, le avesse anche detenute a fine di commercializzazione. Secondo questo primo filone, infatti, l'illecito amministrativo di cui all'art. 16 l. n. 248 del 2000 (ricordiamo, poi abrogato dall'art. 41 comma 4 d.lg. n. 68 del 2003), si sarebbe configurato soltanto qualora l'acquisto fosse stato effettuato ad uso esclusivamente personale; un secondo che, invece, tendeva ad escludere il concorso ora argomentando sul fatto che tra le fattispecie di cui all'art. 171-ter e quella di cui all'art. 648 c.p. sussistesse un rapporto di continenza, ora sostenendo che la condotta di acquisto illecito di supporti audiovisivi integrasse sempre l'illecito amministrativo di cui al citato art. 16 l. n. 248 del 2000 <sup>(13)</sup>.

La giurisprudenza di merito sembrava, invece, orientata a riconoscere un assorbimento della condotta di acquisto nell'attività di abusiva riproduzione delle opere dell'ingegno realizzate a fini di lucro <sup>(14)</sup> anche perché, come sottolineato da una parte della dottrina, il trattamento sanzionatorio derivante dall'applicazione sia delle fattispecie di reato previste all'interno della l. autore, sia del delitto di ricettazione, risulterebbe del tutto sproporzionato al disvalore sociale del fatto <sup>(15)</sup>.

Per superare il contrasto interpretativo intervenivano comunque le sezioni unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza 23 dicembre 2005, n. 47164, stabilivano

TRIB. MILANO  
3 NOVEMBRE 2004

CASS., SEZ. UN.,  
N. 47164 DEL 2005

<sup>(13)</sup> Per una più estesa trattazione della problematica si veda CINGARI, *Acquisto e detenzione di supporti «piratati»: tra ricettazione e repressione della circolazione di «cose illecite»*, in *Cass. pen.*, 2006, 3538, e mi sia consentito rinviare a TERRACINA, *Il cerchio e la botte, linee interpretative delle Sezioni Unite in materia di tutela penale del diritto d'autore*, in *Dir. Internet*, 2006, 2, 6 ss.

<sup>(14)</sup> Così, Trib. Milano 3 novembre 2004, in *Foro ambr.*, 2004, 320.

<sup>(15)</sup> D'AIETTI, *La tutela giudiziaria del software. Il decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518 ed il suo inserimento nella difesa delle opere dell'ingegno*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1994, 49 ss.



che non ci fosse concorso apparente di norme, bensì di reati, tra le fattispecie di cui all'art. 648 c.p. e quella di cui all'art. 171-ter l. autore, precisando, inoltre, che l'acquisto di supporti audiovisivi di provenienza illecita, effettuato prima del 2003, integrasse l'illecito amministrativo di cui all'art. 16 l. n. 248 del 2000 e non anche il delitto di ricettazione di cui all'art. 648 c.p., e ciò indipendentemente dalla finalità per la quale l'acquisto si fosse effettuato; mentre, a seguito della modifica introdotta nel corpo della l. autore ad opera del d.lg. n. 68 del 2003, tale illecito amministrativo veniva circoscritto alla sola ipotesi in cui l'acquisto fosse effettuato per scopo personale, risultando in tutti gli altri casi applicabile l'ipotesi di reato di ricettazione <sup>(16)</sup>.

Con l'introduzione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 16 l. n. 248 del 2000, poi riscritto e circoscritto nella sua portata applicativa per mezzo del d.lg. n. 68 del 2003, non si è, dunque, affatto risolto il nodo fondamentale. Si è anzi introdotta nel sistema un'ulteriore complicazione, che ha indotto la giurisprudenza a dare per scontato il concorso tra le fattispecie di reato contenute nella l. autore ed il reato di ricettazione.

Come, però, sottolineato dalla dottrina da ultimo citata, a prescindere dalla soluzione adottata, la pronuncia delle Sezioni Unite non supera affatto la problematica di fondo, il problema originario relativo alla configurabilità di un concorso tra il delitto di ricettazione e le altre figure di reato previste dalla l. autore, sostenendo in proposito come: «l'unica strada che avrebbe potuto essere percorsa, ma che la sentenza annotata non ha intrapreso... è quella consistente nel verificare la possibilità che tra le due norme contestate (art. 171-ter l. n. 633 del 1941 e art. 648 c.p.) fosse individuabile un rapporto di valore: più precisamente si sarebbe dovuto accertare se, alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, il disvalore globale espresso dal fatto di vendere *compact-disc* abusivamente riprodotti avesse racchiuso e consumato in sé il disvalore insito nel fatto di aver ricevuto consapevolmente merce che costituisce prodotto di reato» <sup>(17)</sup>.

Una simile verifica avrebbe dovuto condurre alla conclusione che non è possibile detenere per la vendita opere dell'ingegno contraffatte se non avendole illecitamente ricevute in precedenza, rappresentando ciò, in tutta evidenza, un antifatto non punibile. Sembra, infatti, difficile ipotizzare che in un sistema penale razionale (come per altro il nostro non è!) il legislatore abbia potuto concepire fattispecie di reato che non possano vivere autonomamente senza che la commissione dell'una debba necessariamente comportare la commissione dell'altra. Ma la stessa Corte di cassazione, nella sentenza in esame, ha ritenuto i criteri di assorbimento e di consunzione del tutto privi di alcun sostegno normativo, dal momento che l'inciso finale dell'art. 15 c.p. alluderebbe evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, e ritenendo, inoltre, i giudizi di valore in contrasto con il principio di legalità e, in particolare, con i principi di determinatezza e tassatività.

### 4.3. Lucro e profitto

L'aver individuato nel patrimonio il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di reato previste all'interno della l. autore assume una particolare rilevanza anche in relazione

<sup>(16)</sup> Una simile soluzione veniva, peraltro, criticata da una parte della dottrina (ZANNOTTI, *(Dis)orientamenti della Cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*, in *Dir. Internet*, 2005, 3, 269 ss.).

<sup>(17)</sup> ZANNOTTI, cit., 271.

alla determinazione di concetti solo in apparenza semplici, quali quelli di lucro e di profitto. Nell'ambito delle fattispecie di reato previste dalla l. autore, il lucro ed il profitto sono, infatti, elementi che connotano soggettivamente le condotte delittuose. In particolare, nel disegno realizzato con la l. n. 248 del 2000, il fine di profitto caratterizza la fattispecie di cui all'art. 171-*bis*, mentre il fine di lucro quella di cui all'art. 171-*ter* <sup>(18)</sup>. Ma, come più volte ricordato, in materia di diritto d'autore sembrerebbe veramente che il legislatore non riesca a trovare pace. Infatti, con il d.lg. n. 68 del 2003 la finalità di lucro prevista per la fattispecie di cui all'art. 171-*ter* l. autore veniva sostituita con quella ben più ampia di profitto, per poi, però, essere reintrodotta con il d.l. n. 7 del 2005. Dunque, i termini lucro e profitto non solo si sono alternati diacronicamente all'interno di una medesima fattispecie, ma sono stati anche utilizzati in maniera sincronica nell'ambito del medesimo corpo normativo. E ciò ha indubbiamente creato una certa confusione cui ha più volte tentato di porre rimedio la Corte di Cassazione, dando sfogo ad una serie di reazioni scomposte da parte di istituzioni che dovrebbero, invece, avere a cuore gli interessi di tutti i soggetti che orbitano attorno al mondo della proprietà intellettuale e non di una sola parte (che guarda caso è anche la più forte!).

In particolare, con la sentenza n. 149/2007 resa dalla III sez. penale, la Corte di Cassazione stabiliva che: «le differenti espressioni adottate dal legislatore nella diversa formulazione degli artt. 171-*bis* e *ter* l. n. 633 del 1941, così come modificata dalla l. n. 248 del 2000, hanno esplicitato la funzione di modificare la soglia di punibilità del medesimo fatto, ampliandola allorché è stata utilizzata l'espressione «a scopo di profitto» e restringendola allorché il fatto è stato previsto come reato solo se commesso «a fini di lucro». Le predette espressioni assumono, infatti, nella loro comune accezione, ed a cui il legislatore ha indubbiamente fatto riferimento, un diverso disvalore» <sup>(19)</sup>.

La Corte di Cassazione condivideva, dunque, l'impostazione della Corte d'Appello di Torino confermandone la sentenza assolutoria, a differenza di come si era espresso il Giudice di prime cure. Secondo la Suprema Corte, infatti, i termini lucro e profitto non possono in alcun modo essere utilizzati come sinonimi di uno stesso concetto, in quanto ciò contrasterebbe con il diverso valore che tali espressioni assumono nella loro comune accezione ed a cui il legislatore ha senz'altro fatto riferimento non solo nella L. AUTORE, ma anche in materia di delitti contro il patrimonio.

Non ci si deve, dunque, dimenticare del fatto che le fattispecie di reato contemplate dalla l. autore vanno inquadrare tra i reati contro il patrimonio e che da ciò ne dovrebbe conseguire che anche il profitto, e non solo il lucro, va inteso come una realtà economicamente rilevante, evitando di smarrire qualsiasi riferimento alla patrimonialità delle condotte <sup>(20)</sup>. Una parte della dottrina si è spinta addirittura oltre, sostenendo che, soprattutto nelle fattispecie di reato poste a tutela del patrimonio, il profitto debba

CASS. PEN.  
N. 149 DEL 2007

<sup>(18)</sup> Senza appesantire ulteriormente la trattazione, per un'analisi della portata dei concetti di profitto e di lucro in seno alla l. autore mi sia consentito rimandare a TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore...*, cit., 113 ss., e anche, *Molto rumore per nulla: lucro e profitto nella giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di violazione del diritto d'autore*, in *Dir. internet*, 2007.

<sup>(19)</sup> In *Cass. pen.*, 2007, 7/8, 2977 ss. In relazione a tale pronuncia si veda il commento di FARINA, *Il dolo specifico e la tutela penale del diritto d'autore: il caso della pirateria altruistica* on line, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 8, 1019 ss.

<sup>(20)</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, t. II, *I delitti contro il patrimonio*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 2005, 36 ss.

necessariamente costituire un *pendant* del danno, e se il danno è caratterizzato dalla natura economico-patrimoniale, così deve necessariamente essere anche per il profitto<sup>(21)</sup>. Occorre, dunque, evitare che la nozione di profitto smarrisca un qualsiasi riferimento alla patrimonialità della condotta, altrimenti non potrebbe costituire un elemento della fattispecie idoneo ad esprimere una realtà naturalistico-materiale certa<sup>(22)</sup>. In quest'ottica, peraltro del tutto condivisibile, appare allora difficilmente accettabile qualsiasi nozione generica di profitto configurabile anche in un semplice vantaggio psicologico o morale come viene, invece, fatto dalla Corte di Cassazione<sup>(23)</sup>. Inoltre, la posizione di estremo rigore espressa dalla Cassazione non lascia spazio ad alcuna riflessione sull'oggettività giuridica delle fattispecie di reato contenute all'interno della l. autore.

CASS. PEN.

N. 33303 DEL 2001

#### 4.4. La detenzione per scopo commerciale o imprenditoriale

Strettamente legato al problema del lucro e del profitto, appare quello dell'esatta determinazione dello *scopo commerciale o imprenditoriale*. Sul tema, si è, infatti, assistito ad una giurisprudenza sia di merito che di legittimità piuttosto oscillanti dove non sono mancate anche pronunce decisamente sorprendenti<sup>(24)</sup>.

A parte le inevitabili critiche ad una giurisprudenza particolarmente fantasiosa, occorre, però, interrogarsi sulla ragione di alcune pronunce basate essenzialmente su argomentazioni «metagiuridiche», piuttosto che non su un'interpretazione puntuale della lettera della norma, anche alla luce del bene giuridico tutelato che ricordiamo essere il patrimonio. Tali pronunce, infatti, a ben vedere, lasciano trasparire una certa insofferenza, per non dire una vera e propria avversione, peraltro da riscontrare in una buona parte dei consociati, rispetto ai vincoli posti dalla l. autore alla libera utilizzazione delle opere dell'ingegno di carattere creativo, nonché anche una reazione al ricorso da parte del legislatore a fattispecie eccessivamente sbilanciate nella tutela esclusiva di determinati interessi (vale a dire solamente quelli economici).

In particolare, la problematica prende spunto proprio dalla pronuncia del GIP di Bolzano che sottolineava, in via preliminare, come non fosse corretta l'interpretazione secondo la quale sarebbe sufficiente che un programma fosse in uso ad un professionista o ad una ditta, per ritenere realizzato lo scopo imprenditoriale richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 171-*bis* l. autore, così come modificato dalla l. n. 248 del 2000, potendosi in tale ipotesi configurare, al limite, l'illecito di cui all'art. 174-*ter* l. autore.

La particolare chiave di lettura dello scopo commerciale suggerita sarebbe giustificata dall'art. 171-*ter* comma 2 l. autore, dove si prevede un aggravamento di pena per colui che «*esercitando in forma imprenditoriale* attività di riproduzione...., si renda colpevole dei fatti previsti dal comma 1...». Un conto sarebbe, dunque, lo *scopo im-*

<sup>(21)</sup> AZZALI, *Scritti di teoria generale del reato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1999, 148 ss.

<sup>(22)</sup> SGUBBI, voce *Patrimonio* (reati), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 283 ss.

<sup>(23)</sup> Cass. pen., sez. III, 25 giugno 2001, n. 33303, in *Cass. pen.*, 2002, 2477.

<sup>(24)</sup> Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza

del 31 marzo 2005 resa dal GIP di Bolzano. Su tale sentenza, nonché per un'analisi più approfondita della problematica, si rinvia a TERRACINA, *La detenzione per scopo commerciale o imprenditoriale di software costituisce sempre reato? Brevi riflessioni a margine della sentenza 31 marzo 2005 resa dal GIP del Tribunale di Bolzano*, in *Dir. Internet*, 2005.

prenditoriale, caratterizzato da una condotta che abbia una rilevanza esterna, commerciale, un conto sarebbe la condotta che, seppure legata all'esercizio dell'impresa, rimanga comunque interna all'impresa medesima.

Tali conclusioni non sembrano, però, assolutamente condivisibili. Appare, infatti, un'evidente forzatura ritenere addirittura una disposizione come quella di cui all'art. 171-ter comma 2 l. autore, una norma definitoria. Con tale disposizione, infatti, il legislatore non ha inteso fornire una definizione di scopo imprenditoriale ma, al contrario, ha semplicemente ritenuto di far conseguire un aggravamento di pena laddove alcune condotte sanzionate dallo stesso art. 171-ter fossero poste in essere in *forma* imprenditoriale.

*Scopo* imprenditoriale e *forma* imprenditoriale appaiono, dunque, due concetti ben distinti tra loro. Ed una simile conclusione viene avvalorata da diverse considerazioni: l'utilizzo da parte del legislatore della forma temporale del gerundio «esercitando» lascerebbe intendere che si tratti di una delle tante modalità con cui il reato può essere commesso; inoltre, mentre l'art. 171-bis l. autore fa riferimento allo *scopo* commerciale e imprenditoriale, l'art. 171-ter prende in considerazione la *forma* imprenditoriale.

Ma, per fugare ogni dubbio bisognerebbe far riferimento al disposto dell'art. 2082 c.c., secondo il quale è imprenditore chiunque eserciti professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi. I termini *scopo* e *forma* non risultano, allora, affatto coincidenti, limitandosi la forma imprenditoriale richiamata dall'art. 171-ter l. autore solamente ad alcune delle forme di manifestazione dell'imprenditorialità. Ciò significa, dunque, che lo scopo imprenditoriale cui fa riferimento l'art. 171-bis l. autore, ben possa essere perseguito già a livello di organizzazione interna dell'impresa <sup>(25)</sup>.

Occorre poi riflettere sul fatto che, con la l. n. 248 del 2000, la condotta di detenzione a scopo imprenditoriale viene comunque accompagnata dalla detenzione a scopo commerciale, bloccando in tal modo qualsiasi questione interpretativa legata alla fattispecie. Proprio per tale ragione la Suprema Corte, nella sentenza 33896 del 2001 richiamata in nota, ha specificato che la nozione di detenzione a scopo commerciale deve intendersi quale detenzione «nell'ambito di una attività imprenditoriale caratterizzata da scopo commerciale». E la nozione di scopo commerciale andrebbe interpretata, secondo le indicazioni fornite dalla Corte, alla luce della nozione di impresa commerciale di cui all'art. 2195 c.c. che, tra l'altro, fa riferimento all'attività industriale diretta alla produzione di beni e servizi, all'attività intermediaria di circolazione di beni, all'attività di trasporto via terra, acqua o aria, all'attività bancaria o assicurativa ed alle altre attività ad esse ausiliarie. Da ciò deriva che le condotte di detenzione incriminate ai sensi dell'attuale art. 171-bis l. autore devono ritenersi tutte quelle condotte strumentali alla produzione, alla cessione ed alla fornitura di beni e servizi <sup>(26)</sup>.

CASS. PEN.

N. 33896 DEL 2001

<sup>(25)</sup> Anche la giurisprudenza, d'altra parte sembrerebbe orientata in tal senso. In proposito, si veda Cass. pen., sez. III, 28 giugno 2001, n. 33896, in *Riv. pen.*, 2001, 992 e, in dottrina, D'AIETTI, in BORRUSO-BUONOMO-CORASANITI-D'AIETTI, *Profili penali dell'in-*

*formatica*, Milano, 1994, 48 ss.

<sup>(26)</sup> Si veda, in tal senso, ONORATO, *La tutela penale del diritto d'autore. Le fattispecie incriminatrici dopo la legge n. 248/2000*, in *Cass. pen.*, 2003, 680.

#### 4.5. I c.d. DRM (*Digital Right Management*)

Con il già richiamato d.lg. n. 68 del 2003, veniva introdotta all'interno della l. autore la disposizione di cui all'art. 102-*quater*, secondo la quale «i titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 129-bis comma 3, 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. 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 trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo della protezione...».

Con il medesimo intervento normativo veniva modificata anche la fattispecie di reato di cui all'art. 171-*ter*, lett. *d*), l. autore, così come concepita dal legislatore del 2000, andando a sanzionare «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».

La portata applicativa della fattispecie originaria veniva, dunque, limitata alle sole condotte aventi ad oggetto mezzi di protezione non riconducibili a quelli di cui all'art. 102-*quater*, che trovano specifica tutela nella nuova disposizione di cui all'art. 171-*ter*, la lett. *f-bis*), con la quale 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 partire dal 2003, dunque, 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 che comprimono fortemente i diritti dei consumatori.

La nuova normativa presenta, però, degli indubbi momenti di criticità. In primo luogo ci si domanda, infatti, quale sia il rapporto tra la vecchia disposizione di cui all'art. 171-*ter*, lett. *d*), l. autore e la nuova disposizione di cui alla lett. *f-bis*). Se, cioè, la nuova disposizione rappresenti solamente una specificazione di quanto già previsto, oppure una nuova fattispecie incriminatrice.

La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità ha avuto modo di occuparsi del tema soprattutto, ancora una volta, in merito alla successione nel tempo di disposizioni normative. In particolare, come ricordato in precedenza, con il d.lg. n. 68 del 1983 veniva introdotta all'art. 171-*ter* l. autore, la nuova disposizione di cui alla lett. *f-bis*) che poneva da subito problemi di coordinamento con la previgente disposizione di cui

alla lett. *d*) dello stesso art. 171-*ter*. La III sezione penale della Corte di Cassazione <sup>(27)</sup>, ribaltando la pronuncia resa dalla Corte d'Appello di Trento, ha ritenuto che con la nuova disposizione il legislatore abbia inteso semplicemente introdurre un elemento di chiarezza rispetto alla previgente previsione normativa, e non una nuova ipotesi di reato <sup>(28)</sup>.

CASS. PEN.

N. 33768 DEL 2007

In effetti, la decisione adottata dalla Corte di Cassazione non convince. Mentre, infatti, con la lett. *d*) dell'art. 171-*ter* l. autore, precedente alla modifica avvenuta per mezzo del d.lg. n. 68 del 2003, si sanzionavano tutte le condotte illecite aventi ad oggetto sistemi atti ad eludere, decodificare o rimuovere le misure poste a protezione del diritto d'autore, la lett. *f-bis*) dello stesso art. 171-*ter*, fa ora espresso riferimento all'art. 102-*quater* l. autore. Ebbene, in considerazione della funzione fortemente limitativa dei diritti di libertà svolta da quest'ultima disposizione, come forse non ve ne sono altre nell'intero corpo della l. autore, e sulla cui legittimità ha espresso perplessità la stessa Corte di cassazione nella pronuncia in esame, non possono esservi dubbi sul fatto che si tratti di una norma di carattere eccezionale mediante la quale, più che riconoscersi dei diritti già consolidati — come invece, ritiene la Cassazione — se ne prevedano di nuovi e particolarmente circoscritti. In buona sostanza, è solo grazie alla nuova previsione di cui all'art. 102-*quater* l. autore che il titolare del diritto d'autore può comprimere in maniera particolarmente invasiva i diritti altrui per tutelare i propri.

In secondo luogo occorre compiere una riflessione, senz'altro più complessa e di portata più ampia, sulla legittimità di un assetto normativo quale quello attualmente previsto dall'art. 102-*quater* l. autore. Non c'è dubbio, infatti, che i c.d. DRM, se da una parte possono risultare funzionali alla tutela dei diritti, dall'altra rappresentano degli strumenti particolarmente invasivi che vanno a comprimere spesso in maniera del tutto inaccettabile i diritti di coloro che abbiano acquistato le opere dell'ingegno o i supporti nei quali le stesse vengono incorporate. Anche la Corte di cassazione che, con la sentenza 33768 del 2007 ha avuto modo di occuparsi del problema, ha sottolineato come: «non è questa la 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 limitazioni dei diritti dell'individuo e del consumatore potenzialmente sproporzionata».

Aggiungendo, inoltre, come: «meriterebbero ulteriore attenzione i rischi di posizio-

<sup>(27)</sup> Cass. pen., sez. III, sent. n. 33768 del 2007, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 10, 1285 ss.

<sup>(28)</sup> Al contrario di quanto stabilito dalla Suprema Corte, secondo la Corte d'Appello, INSERIRE ESTREMI, in ..... la normativa introdotta nel 2003 si sarebbe riferita espressamente alla tutela delle c.d. *console* per videogiochi ed alla *playstation*, andando in tal modo a colmare un vuoto normativo, con l'evidente conseguenza che la disposizione di cui alla lett. *f-bis*) dell'art. 171-*ter* l. autore costituirebbe senz'altro una nuova incriminazione. Secondo la

stessa Corte d'Appello, peraltro, ad una simile conclusione si sarebbe dovuti giungere anche considerando che con la lett. *d*) dell'art. 171-*ter* l. autore si punivano le alterazioni dei soli supporti su cui l'opera tutelata risultava incisa o contenuta, ma non anche le alterazioni apportate agli apparati con cui le opere si possono leggere ed utilizzare. In argomento, si veda TERRACINA, *In tema di modchip per la modifica della PlayStation2 le considerazioni meramente tecniche distolgono l'attenzione dai problemi reali*, in *Dir. Internet*, 2008, 2, 163 ss.



ne 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 dell'ingegno contenuta in un supporto che necessita di quel tipo di apparato per poter essere finita e consumata»<sup>(29)</sup>.

La Suprema Corte esprime, dunque, fortissimi dubbi sulla legittimità di un simile assetto normativo, pur non traendone le logiche conseguenze. Attraverso il riconoscimento in capo ai titolari dei diritti d'autore della possibilità di apporre non solo sulle opere, ma anche sui dispositivi strumentali alla fruizione delle stesse, delle efficaci misure di protezione, si comprime fortemente la possibilità di utilizzo dei supporti e dei dispositivi di lettura in capo ai legittimi acquirenti, andando di fatto a creare delle vere e proprie posizioni di monopolio. E ciò viene portato alle estreme conseguenze da una legislazione particolarmente rigorosa ed illiberale che sanziona penalmente qualsiasi condotta di elusione delle misure di protezione, a prescindere dallo scopo lecito o illecito per cui viene posta in essere.

Non è detto, infatti, che l'elusione delle misure di protezione sia necessariamente indirizzata a fini illeciti. Si faccia l'esempio concreto della *PS2*, che è stata poi oggetto specifico di attenzione da parte della Corte nella sentenza citata. Senza le modifiche apportate alla *console* per mezzo dei c.d. *modchip*, che permettono l'elusione dei DRM, non sarebbe possibile utilizzare una copia privata masterizzata di un supporto lecitamente acquistato<sup>(30)</sup>. Ma ci sono degli ulteriori aspetti da tenere in considerazione: attualmente, infatti, il mercato mondiale dei *DVD* risulta essere suddiviso in aree geografiche in modo tale che una *console* acquistata in una determinata area non potrà supportare *DVD* acquistati in aree differenti. O, ancora, spesso le *console* non supportano *DVD* prodotti da altre aziende. Tutto ciò comporta sia un'evidente distorsione della concorrenza, sia una lesione dei diritti dei consumatori che non saranno liberi di realizzare copie di riserva di quanto legittimamente acquistato. Inoltre, se per ragioni di carattere culturale (vedere *film* in lingua originale, o vedere *film* non distribuiti ovunque), si volessero acquistare dei prodotti presenti solamente in una determinata area di mercato, ciò non sarebbe comunque possibile.

<sup>(29)</sup> Si rimanda, in proposito, alle interessanti riflessioni di RICOLFI, *Diritto ed abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, 4-5, 149 ss.

<sup>(30)</sup> Si veda, in relazione alla problematica dei *modchip* RABAZZI, *Modchip e console per videogiochi modificate: strumenti illegali o utili mezzi per potenziare e sfruttare in maniera lecita un'opera dell'ingegno*, in *Dir. Internet*, 2006, 7-8, 1750 ss. In particolare, i *modchip*, sulla cui illiceità si è espressa la cassazione, non solo permettono alle *console* per videogiochi denominate *PlayStation 2* di utilizzare qualsiasi supporto, ma anche di espandere a pieno le loro potenzialità e divenire in tal modo un vero e proprio PC in grado di avviare ed eseguire copie di giochi originali e di giochi «masterizzati», di visualizzare filmati in formato DivX, foto in formato JPEG, ascoltare file sonori in formato MP3, etc. Ciò significa, dunque, che attraverso l'apposizione di DRM il titolare dei diritti è autorizzato a porre sul mercato un prodotto la cui piena funzionalità risulta seriamente

compromessa, senza peraltro che l'elusione di tali dispositivi sia necessariamente indice di una violazione dei diritti protetti. Sarebbe un po' come vendere una Ferrari con il limitatore di giri, ma a prezzo pieno. In proposito risultano di grande interesse le riflessioni di CASO («Modchips» e tutela penale delle misure tecnologiche di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?, in *Dir. Internet*, 2008, 2, 154 ss.). L'Autore evidenzia come la liceità dei *modchips* sia posta in discussione, dal momento che le limitazioni poste alla funzionalità delle *console* costituirebbero delle *Technological Protection Measures* (TPMs o MTP), anche impropriamente definite *Digital Rights Management* (DRM). In realtà, contrariamente a quanto viene dato in genere per scontato, è proprio tale principio che viene messo in discussione. Non è così pacifico, infatti, che l'*hardware* della *Playstation* rappresenti effettivamente una efficace misura di protezione rilevante ai sensi dell'art. 102-*quater* l. autore.



Discorso molto simile è quello relativo ai c.d. *kit sharer*, vale a dire alle apparecchiature che consentono di fruire, su più televisori, di programmi satellitari ad accesso condizionato. Con sentenza del 2 luglio 2004, infatti, la III sezione penale della Corte di Cassazione, confermando la tesi sostenuta in un decreto di sequestro emesso in data 30 ottobre 2003 dal GIP del Tribunale di Agrigento, stabiliva che la fabbricazione, la distribuzione e la vendita a fini di lucro di tali dispositivi integra gli estremi del reato di cui all'art. 171-ter lett. f-bis) l. autore, dal momento che le suddette apparecchiature avrebbero la prevalente finalità di eludere efficaci misure tecnologiche di protezione<sup>(31)</sup>. La sentenza della Corte di Cassazione si pone in contrasto con quanto precedentemente sostenuto dalla giurisprudenza di merito nell'unico precedente di cui si ha notizia, vale a dire una pronuncia del Tribunale di Trento del 3 maggio 2004<sup>(32)</sup>. Ma, come anche per i *modchip*, la dottrina ha sottolineato che tali sistemi non possano affatto ritenersi realizzati con la prevalente finalità di elusione delle misure tecnologiche<sup>(33)</sup>.

CASS. PEN.  
N. 28912 DEL 2004

TRIB. TRENTO  
3 MAGGIO 2004

In relazione alla fattispecie in esame si impongono, infine, delle ulteriori considerazioni. La nuova disposizione di cui alla lett. f-bis), introdotta all'interno dell'art. 171-ter l. autore, che già presentava una struttura piuttosto complessa, con il d.lg. n. 68 del 2003, ne aumenta la complessità. Si tratta, infatti, di una fattispecie a più norme tutte equiparate dalla medesima sanzione. Ciò dovrebbe significare, in teoria, che le diverse norme che compongono la disposizione in esame sono tutte caratterizzate dal medesimo disvalore penale, ma non è così. Da una rapida lettura dell'art. 171-ter l. autore appare subito evidente come si tratti di un coacervo di condotte incriminate del tutto eterogenee, alcune di danno, altre di pericolo, alcune di evento, altre di mera condotta, e tutte indistintamente confluite all'interno di un *monstrum* giuridico di difficile lettura. In particolare, la fattispecie di reato di cui alla più volte richiamata lett. f-bis) costituisce un'ipotesi di pericolo avente natura ostativa, con il quale si vanno a colpire condotte meramente prodromiche alla lesione del bene tutelato<sup>(34)</sup> assimilabile, ad esempio, rimanendo nell'ambito dei reati contro il patrimonio, alla contravvenzione di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli di cui all'art. 707 c.p. Ma mentre, però, la disposizione di cui all'art. 707 c.p. ha natura contravvenzionale ed è punita con l'arresto da sei mesi a due anni<sup>(35)</sup>, l'ipotesi delittuosa di cui alla lett. f-bis) è punita con la reclusione da sei mesi a tre anni, oltre che con pena pecuniaria. Una simile disparità di trattamento non appare giustificata da una sostanziale differenza di disvalore penale tra le condotte incriminate 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, così come anche stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza richiamata in nota, facendo riferimento a

<sup>(31)</sup> Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2004, n. 28912 in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 3, 321.

<sup>(32)</sup> Trib. Trento 3 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, II, 375.

<sup>(33)</sup> GUERRA, Pay-TV tra tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione e principio della «principale finalità elusiva», in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 3, 326 ss.

<sup>(34)</sup> In proposito mi sia consentito un ulteriore

richiamo a TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore...*, cit., 109 ss.

<sup>(35)</sup> Si veda, in argomento, 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.*, ANNO, 434 ss. e 944 ss.

situazioni univoche e realmente sintomatiche, la struttura della lett. f-bis) l. autore è del tutto generica ed indeterminata, presentando un gravissimo *deficit* di tassatività. Ma ciò che sorprende ulteriormente 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. Con la lett. f-bis) dell'art. 171-ter l. autore si propone, quindi, una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità delle condotte ivi contemplate, esprimendo una posizione di maggior rigore persino rispetto a quanto fatto dal legislatore del '30.

#### 4.6. Il *file sharing*

Come si diceva in apertura del presente lavoro, *Internet* rappresenta senz'altro una delle principali sfide al mondo del diritto d'autore e dei diritti connessi. La Rete nasce, infatti, proprio con la finalità di scambiare informazioni gratuitamente tra gli utenti in maniera pressoché istantanea. In particolare, poi, i sistemi di *file sharing* rappresentano i principali strumenti per condividere *file* di ogni tipo, anche quindi *file* il cui contenuto risulti protetto dalla l. autore<sup>(36)</sup>. Per contrastare tali condotte, come già detto in precedenza, nel corpo della l. autore si sono progressivamente introdotte delle nuove fattispecie — o si sono aggiornate quelle già esistenti — proprio per adattare alle nuove problematiche. In particolare, con il decreto Urbani, la finalità di lucro prevista dall'art. 171-ter l. autore veniva sostituita dalla più ampia finalità di profitto per poi, però, essere ripristinata ad opera del d.l. n. 7 del 2005. Con lo stesso decreto Urbani si introduceva al comma 2 dell'art. 171-ter la nuova disposizione di cui alla lett. a-bis) con la quale si punisce con la reclusione da uno a quattro anni la condotta di chi «in violazione dell'art. 16, per trarne profitto, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa». Anche tale disposizione veniva poi riscritta nel 2005, quando il fine di profitto veniva sostituito dal fine di lucro. Infine, con il citato d.l. n. 7 del 2005, si provvedeva ad inserire all'art. 171 l. autore la disposizione di cui alla lett. a bis) con la quale oggi si punisce con la multa da euro 51,00 ad euro 2065,00 la condotta di chi «mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa».

Il legislatore, a parte la breve parentesi rappresentata dal decreto Urbani, fa dunque una distinzione tra chi utilizza i programmi di *file sharing* a fine di lucro e chi, invece, ne faccia un uso domestico. In buona sostanza, oggi «scaricare» delle opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore per mezzo di programmi di *file sharing* quali, ad esempio, *eMule*, per fini personali, non costituisce reato ai sensi della disposizione di cui al comma 2, lett. a-bis) dell'art. 171-ter, bensì ai sensi della lett. a-bis) dell'art. 171 l. autore. Peraltro, lo stesso art. 171 prevede per chi abbia commesso la violazione di cui alla lett. a bis) un meccanismo di estinzione del reato simile all'oblazione.

<sup>(36)</sup> In argomento si vedano RICCI-VICIAGO, *Sistemi peer to peer: rilevanza penale delle condotte in violazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi*, in *Dir. Internet*, 2008, 3, 278. Interessante la descrizione del funzionamento dei programmi di *file sha-*

*ring* che consentono al computer di ricercare *file* nella rete e, contemporaneamente, di mettere *file* a disposizione degli altri utenti, di modo che più computer risultino collegati alla rete e più *file* sono a disposizione degli utenti per essere scaricati.

#### **4.7. Il lavoro del Comitato Consultivo permanente per il diritto d'autore**

Infine, il presente lavoro risulterebbe senz'altro incompleto se non si facesse anche solo un breve riferimento ad alcuni risultati cui è approdato il Comitato Consultivo permanente per il diritto d'autore, e presentati a Roma il 18 dicembre 2007. Non è certamente questa la sede adatta per dar conto compiutamente del lavoro svolto dal Comitato ma, anche alla luce dei rilievi mossi in precedenza, vi sono alcuni aspetti che meritano di essere sottolineati. Ci si riferisce, in particolare, alla proposta avanzata dal prof. Ghidini e dall'avv. Cavani, nel cui preambolo si sottolinea la necessità di «giungere a formulare normative che realizzino l'equilibrata tutela degli interessi rilevanti nella materia autoriale», anche a seguito di una «diffusa richiesta di riequilibrio, di un nuovo bilanciamento degli attuali assetti normativi degli interessi rilevanti», dal momento che «molti ritengono infatti che tali assetti riflettano impostazioni eccessivamente «protezionistiche» per i detentori di diritti d'autore e connessi».

Al di là delle buone intenzioni espresse da alcuni membri della Commissione, va peraltro sottolineato come il testo licenziato e sottoposto all'attenzione del Ministro risulti, in realtà, piuttosto deludente, soprattutto per quel che riguarda le fattispecie di reato che, nonostante le buone intenzioni espresse, restano pressoché invariate nella loro assoluta illiberalità. Come era forse prevedibile, la montagna ha per l'ennesima volta partorito il topolino.