

TRIBUNALE RIESAME
BERGAMO

24 SETTEMBRE 2008

PARTI:

S.K.P.

**Informatica • Sequestro preventivo sito web
• Violazione del diritto d'autore • Inammissibilità.**

Le misure cautelari hanno carattere di numerus clausus, non conoscendo il codice di rito un istituto atipico quale quello di cui all'art. 700 c.p.c.; di conseguenza non è giuridicamente possibile emettere sequestro preventivo al di fuori delle ipotesi

nominate per le quali l'istituto fu concepito». « Posto che il sequestro preventivo ha natura reale in quanto si realizza nell'apposizione di un vincolo di indisponibilità della res e che il decreto volto ad inibire ogni collegamento al sito da parte di terze persone si risolve in un'inibitoria atipica che sposta l'ambito del provvedimento da quello reale — proprio del sequestro preventivo — a quello obbligatorio. Il sequestro va annullato.

Il Tribunale di Bergamo
letti

gli atti del procedimento in epigrafe nei confronti di S.K.P. ed altri per il reato di cui agli artt. 110 c.p. e 171-ter co. 2 lett. a-bis) L. 633/41 ed esaminata la documentazione;

udite

le parti all'udienza in data 24 settembre 2008;

premesso

che, su richiesta del Pubblico Ministero, in data 1 agosto 2008 il GIP di Bergamo disponeva il sequestro preventivo del sito web *www.thepiratebay.org*, disponendo che i fornitori di servizi internet (Internet Service Provider) e segnatamente i provider operanti sul territorio dello Stato italiano inibiscano ai rispettivi utenti — anche a mente degli artt. 14 e 15 del Decreto Legislativo n. 70 del 9 aprile 2003 — l'accesso:

— all'indirizzo *www.thepiratebay.org*;

— ai relativi alias e nomi di dominio presenti e futuri, rinviati al sito medesimo;

— all'indirizzo IP statico 83.140.176.146, che al momento risulta associato ai predetti nomi di dominio, e ad ogni ulteriore indirizzo IP statico associato ai nomi stessi nell'attualità ed in futuro;

rilevato

che con ricorso ex art. 324 c.p.p. e successiva memoria depositata il giorno dell'udienza, i difensori di S.K. chiedevano la revoca del sequestro, eccependo nullità di ordine processuale; difetto di giurisdizione; insussistenza del *fumus delicti*; nonché falsa applicazione dell'art. 321 c.p.p., degli artt. 14/17 D.Lgs. 70/03 e della direttiva 2000/31/CE;

ritenuto

che non può allo stato revocarsi in dubbio la sussistenza del *fumus delicti* (quantomeno secondo la tipicità dell'art. 171 co. 1 lett. a bis) L. 633/41), alla luce di quanto evidenziato dalla Guardia di Finanza, che riferisce di un elevatissimo numero di contatti al sito in questione registrati sul territorio nazionale (in termini di alcune centinaia di migliaia);

che tali contatti, per specificità, l'evidenza e l'ampiezza dell'offerta contenuta nel sito oggetto di cautela, devono essere ragionevolmente ricondotti, almeno in una significativa parte, all'acquisizione in rete di beni protetti dal diritto di autore, in violazione delle norme a presidio dello stesso; che in proposito a nulla rileva il fatto che tali beni non siano nella diretta disponibilità degli indagati, ma collocati in archivi contenuti in apparecchi elettronici di altri soggetti, dal momento che solo le informazioni contenute nel sito in questione (nel quale si trovano le chiavi per accedere agli archivi di cui sopra e attingerne direttamente documenti) consentono la realizzazione di quei contatti in numero esorbitante cui fa riferimento la Guardia di Finanza;

che in tale contesto risulta del tutto evidente come gli indagati, attraverso il sito *www.thepiratebay.org*, quantomeno mettano a disposizione del pubblico della rete opere dell'ingegno protette, condotta astrattamente rispondente alla tipicità dell'art. 171 citato;

che, riconosciuto il *fumus* per come esposto, deve altresì affermarsi la sussistenza del *periculum*, dovendosi in proposito osservare che l'elevatissimo numero di connessioni rilevate induce a ritenere in via probabilistica (valutazione del tutto compatibile con il carattere della delibazione cautelare) l'attualità della commissione del delitto ipotizzato;

che, atteso il concreto atteggiarsi del fatto come sopra tratteggiato, all'affermazione della sussistenza di *fumus* e *periculum*, deve conseguentemente affermarsi anche la sussistenza della giurisdizione italiana;

considerato

che occorre ora esaminare il profilo inerente alla falsa applicazione dell'art. 321 c.p.p., che, in quanto attinente al merito, ha natura assorbente degli ulteriori profili eccepiti;

ritenuto

che le misure cautelari — e segnatamente i sequestri, secondo l'ordinamento processuale penale — hanno carattere di *numerus clausus*, non conoscendo il codice di rito un istituto atipico quale quello di cui all'art. 700 c.p.c.;

che di conseguenza non è giuridicamente possibile emettere sequestro preventivo al di fuori delle ipotesi nominate per le quali l'istituto fu concepito; che il sequestro preventivo ha una evidente natura reale (come peraltro fatto palese dallo stesso nomen iuris del genere al quale esso appartiene), in quanto si realizza nell'apposizione di un vincolo di indisponibilità sulla *res*, che sottrae il bene alla libera disponibilità di chiunque; che dunque l'ambito di incidenza del sequestro preventivo deve essere ristretto alla effettiva apprensione della cosa oggetto del provvedimento;

considerato

che il decreto censurato ha il contenuto di un ordine imposto dall'Autorità Giudiziaria a soggetti (allo stato) estranei al reato, volto ad inibire, mediante la collaborazione degli stessi, ogni collegamento al sito in questione da parte di terze persone;

che tale decreto (pur astrattamente in linea con la previsione degli artt. 14 e ss. D.Lgs. 70/03), lungi dal costituire materiale apprensione di un bene, si risolve in verità in una inibitoria atipica, che sposta l'ambito di incidenza del provvedimento da quello reale — come detto, ambito proprio del sequestro preventivo — a quello obbligatorio, in quanto indirizzato a soggetti indeterminati (i cd. *provider*), cui è ordinato di conformare la propria condotta (cioè di non fornire la propria prestazione), al fine di

ottenere l'ulteriore e indiretto risultato di impedire connessioni al sito in questione;

ritenuto

che l'uso del tipo di cui all'art. 321 c.p.p., quale inibitoria di attività, non può però essere condiviso, in quanto produce l'effetto di sovvertirne natura e funzione, di talché il sequestro deve essere annullato;

P.Q.M.

visti gli artt. 321, 322 e 324 c.p.p.

annulla il decreto di sequestro preventivo emesso in data 1 agosto 2008 dal GIP di questo Tribunale.

**ABNORMITÀ DEL
SEQUESTRO PREVENTIVO
CONSISTENTE
NEL DIVIETO DI ACCESSO
AD UN SITO WEB**

1. L'ordinanza del Tribunale di Bergamo si profila di elevato interesse per più ordini di ragioni. Il Gip presso il Tribunale di Bergamo aveva disposto il sequestro preventivo del sito web Piratebay e correlati ordinando ai provider operanti sul territorio italiano che inibissero agli utenti l'accesso al sito.

Il presupposto sostanziale — peraltro ritenuto fondato dal Tribunale di Bergamo — insisteva sulla destinazione del sito alla pirateria informatica, in quanto consentiva lo scambio di files in violazione delle norme sul diritto d'autore.

La *quaestio* posta dal Tribunale del riesame è di squisita natura processuale e l'ordinanza si presta a trasformarsi in *leading case* per le misure da adottare al fine di interrompere il compimento di reati tramite un sito web.

È vero, come nota anche il Tribunale del riesame, che il decreto di sequestro preventivo non apprende alcuna cosa, ma consiste in un ordine rivolto al provider di impedire l'accesso al sito di utenti dall'Italia. Si tratta, dunque, di una classica misura inibitoria, che prevede la collaborazione del soggetto indagato.

Secondo la chiara massima del riesame, siffatto ordine esorbiterebbe dalla natura e finalità del sequestro, per risolversi in un provvedimento atipico conosciuto soltanto all'ordinamento civilistico.

Stando all'ordinanza in commento, per ottenere l'effetto desiderato non si sarebbe dovuto ricorrere al sistema penale, ma attivare la procedura *ex art. 700 c.p.c.*, in quanto è consentito al Giudice civile ordinare l'inibitoria atipica mentre il Giudice penale dispone soltanto le misure cautelari che comportino l'apprensione di una cosa e non l'imposizione di un comportamento.

2. Il perno della decisione verte, dunque, sulla funzione riferita nell'ordinamento penale al sequestro e, segnatamente, a quella forma tipica denominata sequestro preventivo.

La norma regolatrice è l'art. 321 c.p.p. che consente l'adozione della misura cautelare reale « quando la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati ».

La formulazione letterale della norma fornisce un potente indice eseguitico, in quanto il sequestro per propria intrinseca natura, consiste nell'apprensione di una res. Il sequestro preventivo risponde, quindi, alla *ratio* di inibire un'attività ritenuta pericolosa.

Appare evidente, dunque, un contrasto tra il decreto e l'ordinanza in commento: il primo si impernia esclusivamente sulla funzione svolta dal sequestro preventivo; il secondo, correttamente, ne rivaluta la natura ontologica ritenendola dominante rispetto alla finalità.

Una soluzione diversa, del resto, snaturerebbe la natura tipica del sequestro, dissolvendo l'attività fondamentale in cui consiste e dando prevalenza allo scopo assolto. Tale assunto si porrebbe in netto contrasto con i principi dell'ordinamento e la natura tassativa riferibile all'esegesi del termine « sequestro ».

Del resto, si era notato che operando, altrimenti, si configurerebbe quasi un *tertium genus* di sequestro, frutto, soprattutto, di un'elaborazione giurisprudenziale da qualcuno definita come « deviante »¹ o addirittura « aberrante »². A livello interpretativo, indubbiamente, atteggiamenti del genere non potevano non prestare il fianco a critiche. Talaltri, però, contemporaneamente riconoscono che questa prassi giudiziaria rispondeva a basilari ed irrinunciabili esigenze di tutela della collettività, lasciate senza protezione dal legislatore penale: e la ritengono giurisprudenza, quindi, lodevole e proficua nella sua funzione promozionale³.

3. Va ulteriormente considerato che, l'interpretazione offerta dal Tribunale del Riesame si allinea con l'opinione dottrina e giurisprudenziale costante.

Innanzitutto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno stabilito che il sequestro è una misura di « coercizione reale »⁴, ciò ne definisce l'essenza nei termini esattamente indicati dal Tribunale del Riesame, quale provvedimento che incide sulla disponibilità di una cosa e non già esclusivamente sul *facere* delle persone.

Nello stesso senso: « il sequestro preventivo non può avere ad oggetto un'attività, ma soltanto il risultato di un'attività, giacché tale misura cautelare non è destinata a svolgere una atipica funzione inibitoria di comportamenti rilevanti sul piano penale. Alla realizzazione di tale finalità sono infatti predisposti istituti di natura diversa, disciplinati da regole di garanzia funzionali allo scopo perseguito (arresto, fermo, ecc.) »⁵.

¹ G. VICICONTE, *Il sequestro preventivo*, Riv. it. proc. pen., 1992, 357, 358.

² F. TAFI, *Brevi note sui presupposti*, del sequestro preventivo, in Cass. pen., 1991, II, 91, 285.

³ E. AMODIO, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo*, 1073 e ss., secondo il quale « a spingere i giudici a fare ricorso ad uno strumento con finalità decisamente preventive (...) è stata la constatazione dell'idoneità dei rimedi tradizionali a fronteggiare condotte delittuose gravemente lesive di interessi collettivi », anche se, mentre andava anti-

cipando dimensioni di istituti che il legislatore non aveva ancora compiutamente delineato, inevitabilmente, dava vita a figure di sequestro che, proprio perché di creazione pretoria, avevano caratteristiche mutevoli e confini alquanto evanescenti ».

⁴ Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2003, citata in *Codice di Procedura Penale*, a cura di F. LATTANZI e M.D. LOSAPIO, vol. IV, tomo II, Milano, 2003, pag. 1595.

⁵ Arch. Nova proc. pen., 1999, 31. Cass., sez. VI 2 febbraio 1999 (14 dicembre 1998), n. 4016-V (massima 1) RV212349.

La dottrina ha convenuto che «l'indisponibilità» (della cosa) «è, quindi, la caratteristica comune del *genus*»⁶.

Del resto, la Corte regolatrice ha ribadito che il legislatore del 1988 ha formalmente riconosciuto e regolamentato il sequestro preventivo, distinguendolo nettamente, per natura e per funzioni, dal sequestro probatorio e collocandolo unitamente al sequestro conservativo, nel titolo dedicato alle misure cautelari reali. Secondo l'assunto condivisibile del S. C. «il sequestro preventivo non può avere ad oggetto un'attività, ma soltanto il risultato di un'attività, giacché tale misura cautelare non è destinata a svolgere una atipica funzione inibitoria di comportamenti rilevanti sul piano penale. Alla realizzazione di tale finalità sono infatti predisposti istituti di natura diversa, disciplinati da regole di garanzia funzionali allo scopo perseguito (arresto, fermo, ecc.)»⁷. Il principio è ulteriormente confermato: «in sede di sequestro preventivo non è possibile imporre al destinatario un obbligo di *facere*, atteso che tale misura cautelare reale mira esclusivamente al congelamento della situazione pericolosa»⁸.

4. Va, tuttavia, sottolineato che l'ordinamento non resta disarmato dinnanzi a condotte lesive come quella presupposto del sequestro in commento; ben segnala il Tribunale del riesame che il codice di procedura civile contempla provvedimenti che rispondono alla funzione perseguita nel caso e presentano natura atipica, non sono, dunque, tassativamente correlati all'apprensione di una cosa e, sussistendone i presupposti, possono consistere anche nell'imposizione di obblighi di *facere* o di astensione; presentano, infatti, duttilità di molto superiore al sequestro preventivo.

GIOVANNA CORRIAS LUCENTE

⁶ P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, 111. In tal senso, cfr. per la dottrina processualciviltistica, fra i numerosi autori: P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 123 ss.; L. CALVOSA, *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Torino, 1963, 326 ss.; A. CANDIAN, *Il sequestro conservativo penale*, Padova, 1955, 6 ss.; G. CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, Milano, 1949, 3 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*⁶, Padova, 1959, 575 ss.; A. SCAGLIONI, *Il sequestro del processo civile*, Milano, 1941, 37 ss.; da ultimo, M. ZUMPARO, voce *Sequestro conservativo e giudiziario*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, 1988, 112 ss., con api riferimenti bibliografici; per quanto riguarda il processo penale, cfr. per tutti E. AMODIO, *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1971, 24 ss.; M. BELLAVISTA, *Nozioni di diritto processuale*, Milano, 1966, 247; F. CORDERO, *Procedura penale*⁷, Milano, 1983, 445; A.A. DALIA, *Sequestro pe-*

nale, in *Dizionario di diritto e procedura penale* a cura di G. VASSALLI, Milano, 1986, 939 ss.; MINACCI, *Contributo allo studio del sequestro conservativo nel processo penale*, Milano, 1972; ID., *Il sequestro conservativo nel nuovo processo penale*, Padova, 1990; F. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. I, Milano, 1921; A. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, cit., 522; V. FERRONE, *Il sequestro nel processo penale*, cit., 8; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961, 610 ss.; V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*⁶, Padova, 1934, 225; ID., *Trattato di diritto processuale penale*, ed. agg. da G. CONSO e G.D. PISAPIA, vol. IV, Torino, 1972; GIU. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 509 s.; ID., voce *Sequestro per il procedimento penale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVII, Torino, 1970, 79.

⁷ Cass., 14 dicembre 1998, *Cass. pen.*, 2000, 457.

⁸ Cass., 17 gennaio 2002, *C.E.D. Cass.*, n. 221434.