

CASSAZIONE

SEZIONE III PENALE

10 OTTOBRE 2006 N. 33945

PRESIDENTE:

LUPO

**Beni immateriali: tutela penale • Diritti di autore sulle opere dell'ingegno (proprietà intellettuale)**

- Abusiva diffusione di immagini attraverso internet
- Immissione in rete di « link » e « software » idonei alla loro captazione
- Configurabilità del concorso nel reato
- Sussistenza • Fattispecie

*È configurabile il concorso nel reato di abusiva diffusione, mediante Internet, di immagini protette da diritto di esclusiva anche in capo al soggetto che, pur non avendole immesse in rete, abbia inoltrato sul web, in epoca antecedente alla loro immissione ad opera di altri, informazioni sui collegamenti e sui programmi necessari alla loro visione, in tal modo agevolando la connessione e la loro indebita diffusione. (Fattispecie relativa al sequestro preventivo di due portali « web », attraverso i quali erano state illecitamente trasmesse in diretta via Internet partite del campionato di calcio italiano, mediante connessione ad emittenti cinesi che, acquistato il diritto di diffonderle localmente dal titolare dell'esclusiva, avevano ritenuto di immettere in rete la trasmissione degli eventi sportivi).*

**LA RILEVANZA PENALE  
DELL'IMMISSIONE ABUSIVA  
IN UN SISTEMA DI RETI  
TELEMATICHE DI  
UN'OPERA DELL'INGEGNO  
PROTETTA: BENE IUDICAT  
QUI BENE DISTINGUIT?**

**1. INTRODUZIONE.**

**L**a recente sentenza della Corte di Cassazione, emessa in sede cautelare, sull'oramai noto caso « sky-calcio libero »<sup>1</sup> ha sollevato non poche perplessità in ordine all'individuazione dei limiti di rilevanza penale della condotta di immissione, in un sistema di reti telematiche, di un'opera dell'in-

\* La decisione è pubblicata per esteso in questa *Rivista*, 2006, 741, con nota di P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*.

<sup>1</sup> Cfr. la sentenza della Corte di Cassazione, III sez. penale, 4 luglio-10 ottobre 2006, n. 33945, in <http://www.penale.it> e in *Dir. Giust.*, 2006, 40, 39 e ss. (con nota di NATALINI, *Internet, chi fornisce link per eludere i diritti Tv concorre nel reato*). Si

veda anche, con riferimento sia alla sentenza in commento, che al Tribunale di Milano, 3 giugno 2006, la nota di P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive: natura giuridica e loro tutela da sfruttamento non autorizzato agevolato dalle tecnologie informatiche*, in questa *Rivista*, 2006, 746 e ss. Cfr. inoltre DALIA, *Sky vs. Cina: terzo, e non ultimo, atto*, in *Dir. Internet*, 2007, 159 e ss.; *Id.*, *Quando lo streaming di calcio non è illegale*, in *Dir. Internet*, 2006, 261 e ss., nonché SCOPINA-

gegno protetta dal diritto d'autore ai sensi dell'art. 171, comma 1, lett. a-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modifiche (*postea*: l.d.a.).

La soluzione ermeneutica prospettata dalla Corte, pur non distinguendosi per chiarezza espositiva, sollecita un'attenta riflessione che deve muovere dall'analisi della fattispecie penale applicata, in prospettiva sistematica e teleologica, e dalla verifica del rispetto del principio di tassatività<sup>2</sup> nell'interpretazione seguita.

L'irrisoria sanzione pecuniaria, pur trattandosi di delitto, prevista dall'art. 171 l.d.a. (da euro 51,00 a 2065,00 di multa, salvo quanto previsto dal comma 2 della medesima disposizione) non deve trarre in inganno. Ferme restando le intuibili critiche su una simile scelta politico-criminale, e sulla stessa capacità della pena di assolvere così alle proprie funzioni general e special preventive, occorre considerare la rilevanza pratica della norma in rapporto a quanto previsto dall'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis l.d.a.<sup>3</sup>

Ma per individuare i confini di rilevanza penale delle condotte di « comunicazione al pubblico », « messa a disposizione del pubblico » ed « immissione » senza diritto in un sistema di reti telematiche di un'opera protetta<sup>4</sup>, è necessario non solo evidenziare la portata dei più recenti interventi di modifica della legge 22 aprile 1941, n. 633<sup>5</sup>, ma anche affrontare la questione preliminare relativa alla natura giuridica dei diritti televisivi su manifestazioni sportive, nonché alla sussistenza dei requisiti richiesti *ex lege* per poter considerare la trasmissione sportiva quale opera dell'ingegno<sup>6</sup>.

Solo successivamente si potrà verificare l'eventuale rilevanza agevolatrice della condotta contestata quale contributo concorsuale nel compimento del fatto tipico, o comunque di partecipazione alla realizzazione del reato *ex art. 110 c.p.*, come sembra prospettare la pronuncia commentata<sup>7</sup>.

È opportuno però procedere con ordine metodologico, richiamando preliminarmente i profili del fatto concreto contestato agli indagati.

RO, *Rilevanza penale della divulgazione via web di programmi TU*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 653 e ss.

<sup>2</sup> Tale principio viene inteso quale espressione del divieto per il giudice, oltre che per il legislatore, di ampliare o estendere l'ambito applicativo della fattispecie penale a casi non espressamente previsti. Si veda per tutti, quali fondamentali riferimenti, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, volume I - Nozione e aspetti costituzionali, Milano, 1965, in particolare 157 e ss. e 277 e ss., ora in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche* (a cura di CANESTRARI, MELCHIONDA), Milano, 2000, 511 e ss.; VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 278 e ss.; F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, in particolare 104 e ss., 190 e ss., 248 e ss. e 296 e ss.; Id., *Sulle funzioni delle norme defini-*

*torie*, in CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 381 e ss.; Id., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987, 230 e ss., nonché Id., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. Pen.*, 2005, 277 e ss. Vedi inoltre ampiamente, nella manualistica, Id., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino, 2006, 125 e ss. e 136 e ss.; PULITANO, *Diritto Penale*, Torino, 2005, 166 e ss. e 169 e ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Milano, 2001, 167 e ss.

<sup>3</sup> Vedi *infra*, par. 5 e 8.

<sup>4</sup> Si veda ampiamente *infra*, par. 5.

<sup>5</sup> Cfr. *infra*, par. 3.

<sup>6</sup> Vedi *infra*, par. 4.

<sup>7</sup> Cfr. *infra*, par. 7., 7.1. e 7.2.

2. LA TRASMISSIONE DELL'EVENTO SPORTIVO E L'IMMISSIONE IN RETE DELL'OPERA PROTETTA: FATTISPECIE CONCRETA E REATO IPOTIZZATO. DALLE DECISIONI DI MERITO ALLA SENTENZA DI RINVIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

La vicenda oggetto della decisione in esame ha tratto origine dal sequestro preventivo di due portali *web*, utilizzati per trasmettere attraverso Internet, tramite sistemi *peer to peer*, partite del campionato di calcio italiano su cui Sky deteneva i diritti di esclusiva.

Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, con ordinanza in data 8 febbraio 2006, non ha ritenuto di convalidare il sequestro disposto dal pubblico ministero, considerando non sussistenti gli elementi necessari ai fini della configurazione del reato previsto dall'art. 171, comma 1, lett. a-bis l.d.a.

L'appello presentato dal pubblico ministero avverso detta ordinanza è stato rigettato dal Tribunale del riesame per tre motivi principali: in *primis*, e seppur con riferimento ai presupposti procedurali relativi all'acquisizione dei filmati in sede di attività istruttoria, per l'esclusione della « trasmissione di una partita calcistica » dalle opere protette dal diritto d'autore, in quanto mera attività di « documentazione »; in secondo luogo, perché un numero non determinato di utenti, tramite una « normale connessione in Internet » e non attraverso l'elusione di misure tecnologiche predisposte da Sky, sarebbe riuscito a vedere gli eventi sportivi trasmessi da quest'ultima società, già immessi in rete da emittenti cinesi che ne avevano acquistato il diritto di trasmissione locale; in terzo luogo, perché gli indagati, « avendo facilitato l'accesso a tale prodotto con la diffusione di informazioni e la predisposizione di un link che permetteva il collegamento ai server cinesi » non avrebbero realizzato la condotta tipica di immissione, ma si sarebbero « limitati a diffondere in via telematica un prodotto che già altri avevano immesso » per cui « la condotta di agevolazione alla consultazione dei siti avveniva in un momento successivo al perfezionamento del reato »<sup>3</sup>.

I giudici di merito, quindi, pur rilevando che l'agevolazione alla visione dell'evento sportivo è avvenuta tramite la predisposizione di un *link* e di ulteriori mezzi tecnici (comprensivi di un *software ad hoc* messo a disposizione degli utenti), che hanno in concreto consentito l'accesso, hanno ritenuto queste condotte irrilevanti ai fini penali, in relazione al contestato reato di cui all'art. 171, comma 1, lett. a-bis l.d.a.

Nel ricorso in Cassazione avverso tale ordinanza di rigetto la pubblica accusa ha sostenuto non solo che la trasmissione di un evento sportivo, per le modalità tecniche con cui avviene, debba essere riconducibile alle opere protette *ex art. 1 e 2 l.d.a.*, ma anche che la condotta di « immissione » debba intendersi, dall'esame della lettera della fattispecie legale, a forma libera.

Sul piano del diritto penale sostanziale la Corte di Cassazione ha perciò dovuto risolvere due assorbenti questioni interpretative, oltre a quella

<sup>3</sup> Corsivo e virgolette indicano le testuali espressioni utilizzate dai supremi giudici nel riportare le motivazioni a sostegno della conclusione cui era giunto il Tri-

bunale. Cfr. sentenza della Corte di Cassazione, III sez. penale, 4 luglio-10 ottobre 2006, n. 33945, in *Dir. Giust.*, cit., 39 e ss.

della qualificazione della trasmissione sportiva come opera dell'ingegno protetta.

Anzitutto, dall'analisi della motivazione della sentenza appare evidente che i supremi giudici hanno ricondotto alla nozione di « immissione » la « comunicazione » — *lato sensu* intesa — tramite Internet dell'opera protetta, grazie alla connessione che ha consentito agli utenti di accedere all'evento il quale — « *senza l'attività degli indagati* » — non sarebbe stato abusivamente diffuso o tale diffusione « *si sarebbe verificata in modo minore* ».

In secondo luogo, la Suprema Corte ha affermato che i mezzi utili per consentire la visione delle partite devono necessariamente essere stati messi a disposizione degli utenti « *in epoca antecedente all'immissione della trasmissione* » per via telematica per cui, « *in base alle generali norme sul concorso nel reato* », gli indagati hanno posto in essere una condotta consapevole, consistente in un contributo causale o quanto meno agevolatore apprezzabile, a sostegno « *dell'azione di terzi* ».

Per affrontare le specifiche problematiche sollevate dalla Corte è opportuno muovere dall'analisi dell'attuale formulazione della fattispecie penale oggetto di esame, nel contesto normativo in cui è inserita.

### 3. LE RECENTI MODIFICHE ALLA LEGGE SUL DIRITTO D'AUTORE: RIFLESSIONI SULLA TECNICA NORMATIVA DI FORMULAZIONE DELLE FATTISPECIE PENALI.

Il sistema di tutela penale del diritto d'autore è stato connotato, in questi ultimi anni, da numerosi interventi legislativi abrogativi, integrativi o modificatori delle disposizioni previste dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, il cui risultato ha portato ad una stratificazione di norme per origine, *ratio* e fini di matrice molto diversa<sup>9</sup>, che frequentemente riguardano i pro-

<sup>9</sup> Senza ripercorrere dettagliatamente tutte le tappe evolutive della disciplina penale in materia, si pensi agli interventi maggiormente incisivi, che hanno modificato l'originario impianto normativo (avvenuti principalmente, se non esclusivamente, per l'attuazione di fonti europee e internazionali), quali: la l. 5 febbraio 1992, n. 93 — Norme a favore delle imprese fonografiche e compensi per le riproduzioni private senza scopo di lucro; il D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 — Attuazione della direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore; il D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581 — Attuazione della direttiva 93/83/CEE in materia di diritto d'autore e di diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo; il D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169 — Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati; la l. 18 agosto 2000, n. 248 — Nuove norme di tutela del diritto d'autore; il D.Lgs. 15 no-

vembre 2000, n. 273 — Attuazione della Direttiva 98/84/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato; il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68 — Attuazione della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione; il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 — Attuazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico; la l. 21 maggio 2004, n. 128 — Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo; la l. 31 marzo 2005, n. 43 — Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio

fili penali<sup>10</sup>. In particolare, le previsioni di cui agli artt. 171, comma 1, lett. a-bis, e 171-ter, comma 2, lett. a-bis, l.d.a. sono frutto di recenti novelle.

Per quanto concerne la prima norma, essa è stata introdotta dall'art. 3, comma 3-ter della legge 31 marzo 2005, n. 43 (di conversione, con modifiche, del D.L. 31 gennaio 2005, n. 7), che ha previsto l'applicazione della multa, salvo quanto previsto dagli artt. 171-bis e 171-ter l.d.a., a chiunque « 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 ».

2005, n. 7, recante disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, nonché per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione; la l. 2 dicembre 2005, n. 248 — Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, recante misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria. Per quanto riguarda le principali fonti sovranazionali, si considerino: la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 9 settembre 1886 (completata a Parigi il 4 maggio 1896, e riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, a Berna il 24 marzo 1914, a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 ed a Parigi il 24 luglio 1971); gli accordi GATT/TRIPs del 15 aprile 1994; i Trattati OMPI sul diritto d'autore e sul diritto connesso (Ginevra, dicembre 1996), nonché la stessa Convenzione *Cybercrime*, aperta alla firma a Budapest il 23 novembre 2001 (la quale, all'art. 10, pur non elencando le violazioni punibili, rinvia alla legislazione statale di attuazione degli obblighi internazionali già assunti). Si veda ampiamente, per maggiori ed aggiornati approfondimenti sulle fonti del diritto d'autore, L. CHIEMIANTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore (Aggiornato con il D.Lgs. 118/2006 e con il D.Lgs. 140/2006)*, Milano, VII ed., 2006, I e ss.

<sup>10</sup> In prospettiva storica e con riferimento alla tutela penale si vedano GROSSO, *Problemi di responsabilità penale in tema di appropriazione o utilizzazione non plagiaria delle altrui opere dell'ingegno*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1968, 67 e ss.; PEDRAZZI, *Aspetti penalistici del diritto d'autore in Italia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1969, 683 e ss.; ID., *Commento a l. 29 luglio 1981 n. 406. Misure urgenti contro l'abusiva duplicazione, riproduzione, importazione, distribuzione e vendita di pro-*

*dotti fonografici non autorizzati*, in *Leg. Pen.*, 1982, 29 e ss.; ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Padova, 1978, in particolare 3 e ss., 31 e ss., 323 e ss.; 383 e ss.; FABIANI, *Responsabilità penale per radiodiffusione abusiva di opera dell'ingegno*, in *Giur. merito*, 1981, 1312 e ss.; P. SIRACUSANO, *Diritto d'autore (reati in materia di)*, in *Dig. Discip. Pen.*, IV, Torino, 1990, 10 e ss.; COLUCCI, F. FIORE, *La tutela penale nel diritto d'autore*, Torino, 1996, 3 e ss., in cui gli Autori riportano schematicamente l'evoluzione della tutela penale in *subiecta materia*. Cfr. inoltre SEMINARA, *La pirateria su Internet ed il diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 71 e ss. e, dopo la riforma del 2000, MINOTTI, *Diritto d'autore e disciplina penale dopo la legge 248/2000*, in SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, I ed., Rimini, 2001, 349 e ss., ID., *Diritto d'autore e disciplina penale nella società dell'informazione*, in SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, II ed., Rimini, 2003, 365 e ss. nonché, alla luce dell'entrata in vigore delle disposizioni di cui alla l. 31 marzo 2005, n. 43 e del D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, cfr. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, III ed., Rimini, 2005, in particolare 217 e ss. Vedi anche PALLADINO, *La tutela penale del diritto d'autore dopo la riforma*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 235 e ss.; ONORATO, *La tutela penale del diritto d'autore. Le fattispecie incriminatrici dopo la legge n. 248/2000*, in *Cass. Pen.*, 2003, 675 e ss.; TERRACINA, *La l. 18 agosto 2000 n. 248 e l'evoluzione della tutela penale del diritto d'autore*, in *Riv. Pen.*, 2000, 1089 e ss. e ID., *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Torino, 2006, 77 e ss., nonché S. FIORE, *Diritto d'autore (reati in materia di)*, in *Dig. Discip. Pen.*, vol. agg., Torino, 2005. Su alcuni orientamenti della giurisprudenza di legittimità si veda ZANOTTI, *(Dis) orientamenti della Cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*, in *Dir. Internet*, 2005, 269 e ss.

La lett. *a)-bis* del comma 2 dell'art. 171-*ter* l.d.a. è stata, invece, introdotta dall'art. 1, comma 3, della legge 21 maggio 2004, n. 128, di conversione con modificazioni del D.L. 22 marzo 2004, n. 72, ed è stata, successivamente, modificata dall'art. 3, comma 3-*quinqüies*, della citata legge 31 marzo 2005, n. 43. L'attuale previsione incriminatrice prevede l'applicazione della pena cumulativa della reclusione (da 1 a 4 anni) e della multa per chiunque « *in violazione dell'art. 16, a fini di lucro, 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* ».

Tale ultima norma si distingue, perciò, da quella di cui all'art. 171 non solo per la specificità dell'ambito applicativo, ma anche per la misura e quantità delle sanzioni (« *reclusione da uno a quattro anni* » e « *multa da euro 2582,00 a euro 15.493,00* » rispetto alla « *multa da euro 51,00 a euro 2065,00* »), per la descrizione della condotta tipica (« *in violazione dell'art. 16, comunica al pubblico* », non prevista dalla lett. *a)-bis* del comma 1 dell'art. 171 l.d.a.) e per l'elemento soggettivo del reato (in quanto l'elemento finalistico del profitto è stato sostituito da quello di lucro, mentre il comma 1 dell'art. 171 l.d.a. fa riferimento a « *chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma* »).

La tecnica di formulazione normativa utilizzata è caratterizzata dalla previsione di una fattispecie meramente sanzionatoria di precetti extrapenal<sup>11</sup>: per cui comportamenti di per sé leciti divengono illeciti in forza di un requisito di illiceità speciale, in quanto realizzati in modo abusivo o senza diritto, ovvero in contrasto con le disposizioni civili ed amministrative previste da norme extrapenal<sup>11</sup>.

#### 4. LA RIPRESA DELL'EVENTO SPORTIVO QUALE OPERA PROTETTA DAL DIRITTO D'AUTORE: DUBBI SU NATURA CREATIVA E ORIGINALE DELL'OPERA E TITOLARITÀ DEL DIRITTO CONNESSO.

La prima questione, che deve essere preliminarmente affrontata, è se sussistono i requisiti richiesti *ex lege* per considerare il prodotto quale opera dell'ingegno. La Corte non ha svolto (in quanto giudice di legittimità) una verifica di merito sulla possibile riconducibilità al regime di tutela previsto dalla legge sul diritto d'autore della trasmissione di un evento sportivo, limitandosi ad affermare che « *le deduzioni del ricorrente [procuratore della repubblica, n.d.r.] sono in astratto condivisibili ed i giudici del rinvio controlleranno se sono di attualità nella ipotesi concreta e verificheranno se, qualora le trasmissioni non fossero da qualificare come opere dell'ingegno, possa trovare applicazione l'ipotesi di reato di cui all'art. 171 lett. f.l. 633/1941* », che « *tutela i programmi coperti dal diritto*

<sup>11</sup> Si veda PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova,

2004, 21 e ss. e Id., *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 189 e ss.

di esclusiva indipendentemente dalla loro qualificazione come opere dell'ingegno».

Infatti, la valutazione sulla sussistenza dei requisiti di originalità e creatività dell'opera si risolve in un giudizio di merito, sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione. Ma è opportuno sottolineare che tali requisiti sussistono anche quando l'opera è composta da idee e nozioni semplici, purché siano «formulate ed organizzate in modo personale ed autonomo rispetto alle precedenti»<sup>12</sup>.

Da un lato è vero, quindi, che la ripresa televisiva di una partita di calcio non può essere considerata *tout court* opera dell'ingegno, in quanto è necessario accertare la presenza, nel caso specifico, dei requisiti richiesti dalla legge.

Dall'altro lato, la natura creativa e originale dell'opera potrebbe essere ravvisata nella tecnica o nel modo di ripresa, nonché nel prodotto elaborato dall'operatore tramite la scelta delle prospettive, delle inquadrature e delle angolazioni<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Si veda l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, anche in una recente sentenza: Cass., sez. I civ., 12 gennaio 2007, n. 581 in <http://www.ricercajuridica.com/> e in <http://www.cortedicassazione.it>. Tale pronuncia è conforme al più risalente orientamento espresso dalla medesima Corte, la quale aveva già sostenuto, in aderenza all'interpretazione seguita anche dalla dottrina maggioritaria, che «il concetto giuridico di creatività, al quale si riferisce l'art. 1 [della legge 633/41], non coincide con quelli di creazione, originalità e novità assoluta, ma rappresenta la personale ed individualizzata espressione di un'oggettività appartenente esemplificativamente alle ontologie razionali della scienza, letteratura, musica, arti figurative, architettura, teatro e cinematografia...». Di conseguenza, «condizione per aversi opera protetta dal diritto di autore [...] è la presenza di un atto creativo, seppur minimo, manifestato in forma concreta, suscettibile di estrinsecazione, nel mondo esteriore e appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge n. 633 del 1941» (cfr. Cass., sez. I civ., 2 dicembre 1993, n. 11593, in *Riv. Dir. Ind.*, 1994, II, 157 e ss., con nota di FRASSI e in *Dir. Aut.*, 1994, 593 e ss., con nota di FABIANI). Si veda, in generale, DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 378 e ss. e 431 e ss.; GIACOBBE, *Proprietà intellettuale*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 368 e ss. Più specificatamente vedi, inoltre, AUTERI, *Diritti esclusivi sulle manifestazioni sportive e libertà d'informazione*, in *AIDA*, 2003, 183 e ss. e UBERTAZZI, *Diritto d'autore, cinematografia ed emittenti televisive*, in *AIDA*, 1997, 510 e ss.

<sup>13</sup> Sul dibattito dottrinale relativo alla natura di opera dell'ingegno, protetta ai sensi degli artt. 1 e 2 l.d.a., della ripresa televisiva di un evento calcistico, si veda già Trib. Milano, Sez. Spec. PII, 3 giugno 2006, in *Dir. Internet*, 2006, 557 e ss. (con nota di DE ANGELIS-MULA, *Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare per violazioni dei diritti d'autore commesse da terzi*). Sulle questioni di carattere generale, attinenti anche ai requisiti di creatività e originalità dell'opera, vedi già DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, cit., 378 e ss. e 431 e ss.; GIACOBBE, *Proprietà intellettuale*, cit., 368 e ss. Più specificatamente vedi, inoltre, AUTERI, *Diritti esclusivi sulle manifestazioni sportive e libertà d'informazione*, cit., 2003, 183 e ss. e UBERTAZZI, *Diritto d'autore, cinematografia ed emittenti televisive*, cit., 510 e ss.; anche con riferimento alle nuove opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore, si veda ampiamente CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, cit., in particolare 4 e ss., 11 e ss., 66 e ss., 99 e ss. Con riguardo alle opere audio-video, cfr. BERTANI, *Video-clip, opere audiovisive e diritto d'autore*, in *AIDA*, 2002, 362 e ss.; MORELLI, *Un programma in cerca d'autore-brevi note in tema di tutela dello schema di programma televisivo*, in *Dir. aut.*, 1999, 29 e ss.; FABIANI, *Disciplina giuridica internazionale dell'opera cinematografica o audiovisiva e sostituzione della colonna musicale*, in *Dir. aut.*, 1995, 53 e ss.; FRAGOLA, *Aspetti giuridici dell'audiovisivo*, in *Dir. aut.*, 2001, 155 e ss.; COLLOVÀ, *Sui recenti sviluppi in materia di compressione audio digitale e di tutela dei diritti degli autori, degli interpreti o esecutori e dei produttori nella distribuzione on line di brani musicali*, in *Dir. aut.*,

Si consideri, infatti, che il legislatore italiano ha adottato un criterio analitico nella determinazione delle opere protette proprio per l'intrinseca difficoltà nel definire l'opera dell'ingegno. La stessa elencazione prevista dall'art. 2 l.d.a. è considerata di carattere esemplificativo, perché idonea ad includere fra le opere dell'ingegno anche quelle di forme espressive non previste, purché aventi carattere creativo ed originale. Tale interpretazione potrebbe quindi rispondere alle diversificate esigenze di tutela nate con l'evoluzione tecnologica e grazie a nuovi e molteplici modi espressivi della creatività intellettuale<sup>14</sup>.

Con riferimento a quest'ultima è bene precisare che far riferimento alla « creatività » non equivale a richiedere un'« elevata creatività », essendo sufficiente che si tratti di un'opera realizzata tramite un'attività intellettuale personale che si presenti, come si è detto, anche solo sul piano organizzativo e « nella forma » quale composizione originale<sup>15</sup>.

1999, 561 e ss. Riguardo, invece, al risalente dibattito sulla riconducibilità del *software* fra le opere protette dalla legge sul diritto d'autore, quale dimostrazione emblematica dell'evoluzione interpretativa sulla natura del « programma per elaboratore » come opera di carattere creativo e originale, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 518/1992, si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a CAPOGRASSI, *Il software come oggetto del diritto d'autore*, in *Giur. Merito*, 1985, 21 e ss.; BORRUSO, *L'algoritmo per computer e la sua brevettabilità*, in questa *Rivista*, 1987, 75 e ss.; PASTORE, *Il cammino della tutela giuridica del software, opera dell'ingegno di carattere scientifico*, in *Dir. aut.*, 1987, 162 e ss.; ID., *La tutela giuridica del software come opera dell'ingegno di carattere scientifico: rilevanza ed effetti in materia penale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1986, II, 71 e ss.; RINALDI, *La tutela penale del software fra interpretazione estensiva e integrazione analogica*, in questa *Rivista*, 1987, 1058 e ss. Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 518/92, che ha inserito il « programma per elaboratore » fra le opere protette dal diritto d'autore, ha trovato finalmente positiva soluzione normativa. Sul punto si veda RINALDI, *La disciplina penale del software nel decreto legislativo di attuazione della direttiva 91/250/CEE*, in *Leg. pen.*, 1993, 781 e ss.; RISTUCCIA, ZENO ZENCOVICH, *Prime notazioni sulla legge a protezione del software*, in questa *Rivista*, 1994, 233 e ss.; D'AIETTLI, *Il decreto legislativo 29 dicembre 1992 n. 518 ed il suo inserimento nella difesa delle opere dell'ingegno. La tutela giudiziaria civile e penale*, in questa *Rivista*, 1994, 219 e ss.; PACCOIA, *Sul plagio di software*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, 39 e ss.; si consenta di rinviare anche a FLOR, *Duplicazione parziale di software ed art. 171-bis legge 633/41*, in *Dir. Form.*, 2003, 1034 e ss. ed ai riferimenti bibliografici e giuri-

sprudenziali ivi riportati. Infine, con riferimento in generale alle nuove prospettive del diritto d'autore cfr. L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Tv, Internet e new trends di diritti d'autore e connessi*, Quaderni di AIDA, Milano, 2003; ID., *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, II ed., Milano, 2003, in particolare sulla prospettiva storica del diritto d'autore e sulle linee di evoluzione 5 e ss., 15 e ss., riguardo a cinematografia ed emittenti televisive nonché alla violazione del diritto d'autore in materia, 80 e ss.; NIVARRA (a cura di), *I diritti televisivi nell'era digitale*, Quaderni di AIDA, Milano, 2003 (in particolare vedi il contributo di LOFFREDO, *La trasmissione televisiva di eventi culturali e sportivi*, 429 e ss.); ID., *Itinerari del diritto d'autore*, Quaderni di AIDA, Milano, 2001 in particolare 43 e ss. e 97 e ss. Cfr. anche MENOZZI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Dir. aut.*, 2000, 14 e ss.

<sup>14</sup> Con riferimento allo storico dibattito sul carattere non tassativo dell'elencazione prevista dall'art. 2 l.d.a. vedi già ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno*, cit., 85 e ss. *Contra*, cfr. FABIANI, *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, Padova, 1972, 12 e ss. Più recentemente, basti il rinvio a L. CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, cit., 11 e ss., 66 e ss., 99 e ss. e 145 e ss. Vedi anche quanto riportato da FLOR, *Duplicazione parziale di software ed art. 171-bis legge 633/41*, cit., 1034 e ss.

<sup>15</sup> Si veda ampiamente già DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, cit., 378 e ss. e, in particolare, 382 e ss.; ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno*, cit., 101 e ss., in cui l'Autrice ha sostenuto la tesi dell'interpretazione soggettiva dei requisiti della « creatività » e dell'« originalità » dell'opera protetta. Vedi inoltre GIACOBBE, *Proprietà intellettuale*, cit., 368 e ss. Con riferimento ai diritti televisivi, ritiene possibile tale so-

Per quanto concerne la posizione dell'emittente televisiva, nel caso di specie, e come già si legge nel provvedimento cautelare, Sky potrebbe essere considerata titolare dei diritti connessi, disciplinati dagli artt. 78-ter e 79 l.d.a., azionabili *erga omnes* e *in iura excludendi*, che possono sintetizzarsi nella facoltà esclusiva del titolare di autorizzare l'utilizzo, la fissazione, la riproduzione (diretta e indiretta, temporanea o permanente) dell'emissione, oltre che la sua stessa messa a disposizione del pubblico<sup>16</sup>.

In particolare Sky, sulla base di quanto previsto dall'art. 2 del decreto legge 30 gennaio 1999, n. 15, convertito con modifiche dalla legge 29 marzo 1999, n. 78<sup>17</sup>, ha prima acquisito i diritti esclusivi di emissione degli eventi e poi, tramite un contratto di licenza, ha ceduto ad emittenti cinesi la facoltà di diffonderne le immagini limitatamente ad una specifica zona geografica.

Su questo punto, mentre nel provvedimento del G.i.P. si legge che le immagini provengono proprio da tali emittenti, che legittimamente hanno acquisito il diritto di trasmettere le partite di calcio, per cui non è stata considerata ammissibile la tutela prevista dall'art. 79 l.d.a., il Tribunale di Milano ha ritenuto che fosse stato violato il contratto di licenza, che escludeva la diffusione in Internet degli eventi sportivi.

In verità, una parte della dottrina ritiene<sup>18</sup>, *in primis* che la ripresa televisiva non possa essere qualificabile quale opera dell'ingegno e, in secondo luogo, che non possano considerarsi applicabili le disposizioni di cui agli artt. 78-ter e 79 l.d.a.

Con riferimento alla prima questione, e ritenendo pacifico che la manifestazione sportiva in sé non possa essere assoggettabile alla legge sul diritto d'autore, per l'obiettiva carenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi propri dell'opera dell'ingegno, questo orientamento interpretativo sostiene che la mera attività di ripresa e di registrazione dell'avvenimento sportivo non sarebbe sufficiente a «raggiungere quel necessario contributo di creatività frutto dell'intelletto umano», nemmeno se vi fosse una scelta delle immagini, l'uso di più telecamere o l'utilizzo di tecniche particolari<sup>19</sup>.

L'inapplicabilità degli artt. 78-ter e 79 l.d.a. sarebbe fondata, invece, sul fatto che coloro che hanno predisposto il sito *web* ed i *link* verso altri

luzione interpretativa PODOGHE « *Diritti televisivi* » e *teoria dei beni*. II ed. aggiornata ed ampliata, Padova, 2003, 25 e ss., richiamato anche da P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive*, cit., 750 nota 7 e 751 nota 10.

<sup>16</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 79, comma 1, lett. d) l.d.a., che attribuisce a coloro che esercitano l'attività di emissione radiofonica e televisiva il diritto esclusivo di autorizzare la messa a disposizione del pubblico « in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso nel luogo e nel momento scelti individualmente delle fissazioni delle proprie emissioni, siano esse effettuate su filo o via etere ».

<sup>17</sup> Si tratta di disposizioni urgenti introdotte per lo sviluppo equilibrato dell'emittenza televisiva e per evitare la costitu-

zione o il mantenimento di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo.

<sup>18</sup> Cfr. P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive*, cit., 746 e ss. nonché i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici ivi riportati.

<sup>19</sup> Così P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive*, cit., 751 e ss. L'Autore, facendo un parallelismo con l'attività giornalistica e, in specie, di cronaca sportiva, ritiene che « ciò che renderebbe il risultato finale assimilabile ad un'opera dell'ingegno, nella specie filmica, sono i commenti delle varie fasi del gioco che arricchiscono le riprese televisive, vale a dire i resoconti [...] che vengono proposti e comunicati ai destinatari, che rappresentano il prodotto di sintesi intellettuale del commentatore, diverso rispetto all'attività di ripresa televisiva ».

siti che diffondevano tramite Internet gli eventi sportivi, non avrebbero posto in essere una riproduzione o una ritrasmissione delle emissioni televisive, ma si sarebbero limitati ad effettuare un collegamento telematico<sup>20</sup>.

Di certo non convincente appare il richiamo effettuato dai supremi giudici alla possibile applicazione del reato di cui all'art. 171 lett. f) l.d.a. Tale norma, infatti, non può aver rilievo nel caso in esame, anzitutto perché non è volta a tutelare i diritti dell'esercente l'attività televisiva, ma quelli dell'esercente il servizio di radiodiffusione ed il produttore fonografico<sup>21</sup> in secondo luogo perché riguarda specifici oggetti passivi della condotta e tassative modalità di commissione del reato. In particolare, questa disposizione penale sanziona chiunque, senza averne diritto e in violazione dell'art. 79 l.d.a., procede alla ritrasmissione su filo o per radio, o alla registrazione in dischi fonografici o in altri apparecchi analoghi, delle trasmissioni o ritrasmissioni radiofoniche, ovvero « *smercia i dischi fonografici o altri apparecchi indebitamente registrati* ».

Nell'ipotesi di *web tv* e di immissione in rete di una ripresa audiovisiva di una partita di calcio, è evidente che il fatto concreto non ha ad oggetto né la trasmissione su filo o per radio, né la registrazione su dischi fonografici o apparecchi analoghi di « trasmissioni o ritrasmissioni radiofoniche ». Tanto meno riguarda lo « smercio » dei relativi dischi o apparecchi.

Si tratta, invece, di connessioni ed interconnessioni logiche fra sistemi informatici, effettuate anche tramite sistemi *peer to peer*, che permettono l'accesso ad eventi trasmessi « *in streaming* » da numerose emittenti. In altri termini, le trasmissioni sono costituite da dati audio e/o video accessibili attraverso l'uso, ad esempio, di protocolli applicativi (*Real Time Transport Protocol*) o di trasporto (*User Datagram Protocol*)<sup>22</sup>. La pronuncia, allora, assume notevole importanza non solo perché prospetta l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, malgrado le opinioni contrastanti sulla natura di « opera dell'ingegno » delle riprese televisive — in assenza di una disciplina specifica in materia di diritti televisivi — ed i dubbi sull'applicabilità degli artt. 78-ter e 79 l.d.a., ma anche perché riguarda il fenomeno, estremamente attuale e in continua espansione, del *file sharing* e della diffusione di informazioni, dati, opere o prodotti *on line*.

Pertanto risulta indispensabile l'analisi sulla possibile rilevanza penale da attribuire al fatto concreto, in quanto la condotta tipica prevista dall'art. 171, comma 1, lett. a)-bis l.d.a., il cui significato va interpretato alla luce delle norme extrapenali relative all'esercizio dei diritti connessi, consiste nella messa a disposizione del pubblico dell'opera tramite la sua immissione in un sistema di reti telematiche, e non nella mera diffusione o comunicazione al pubblico.

<sup>20</sup> Così ancora P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive*, cit., 748. L'Autore ritiene, inoltre, che « *il resistente non ha compiuto, né direttamente né indirettamente, una attività riproduttiva delle immagini televisive della società emittente né, a sua volta, ha assunto il ruolo di emittente delle stesse immagini [...].* »

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Per una definizione ed una descrizione del funzionamento di tali protocolli si consenta di rinviare a <http://en.wikipedia.org>. Si veda inoltre J.F. KUROSE, K.W. ROSS, *Computer Networking. A top-down approach featuring the Internet*, Addison Wesley, III ed., 2005.

5. L'INTEPRETAZIONE DELLE NORME DI CUI ALL'ART. 171, COMMA 1, LETT. A-BIS, ED ALL'ART. 171-TER, COMMA 2, LETT. A-BIS L.D.A. ALLA LUCE DELLE PREVISIONI DI NATURA EXTRAPENALE: LA « COMUNICAZIONE » E LA « MESSA A DISPOSIZIONE DEL PUBBLICO TRAMITE L'« IMMISSIONE IN UN SISTEMA DI RETI TELEMATICHE » DI UN'OPERA PROTETTA.

L'ulteriore questione da affrontare attiene alla definizione del significato delle condotte tipiche di « comunicazione al pubblico », « messa a disposizione del pubblico » ed « immissione » in un sistema di reti telematiche di un'opera dell'ingegno protetta. A tal fine occorre un'interpretazione semantica, logico sistematica e teleologica delle fattispecie *de qua*, considerando l'esigenza di rispetto del principio di tassatività e data la pericolosità di interpretazioni « creative » della giurisprudenza in assenza di definizioni legislative precise.

Traendo spunto dalle conclusioni cui è giunta la Corte di Cassazione, si rendono necessarie alcune considerazioni sul linguaggio tecnico giuridico utilizzato dal legislatore che, nel descrivere i fatti sanzionati dalle norme in esame, ha utilizzato le predette locuzioni.

L'utilità di esaminare entrambe le ipotesi, previste rispettivamente dall'art. 171, comma 1, lett. a-bis e dall'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis, l.d.a., è suffragata non solo dalla definizione che la legge sul diritto d'autore attribuisce al c.d. « diritto di comunicazione » dell'opera, ma anche dal richiamo espresso, contenuto nell'ultima norma citata, alla « violazione dell'art. 16 » l.d.a.

L'autonomia del giudice penale, nell'interpretare i concetti e le categorie disciplinate da altri settori dell'ordinamento, non può certo prescindere dalle complesse regole civili ed amministrative poste, in specie, a tutela del diritto d'autore. Con questo non si sostiene il carattere accessorio, nozionale e funzionale, della disciplina penalistica<sup>23</sup> — seppur, in questa materia, di carattere « meramente sanzionatorio » di precetti extrapenali — ma la necessità di ricostruire il significato dei termini utilizzati dal legislatore penale alla luce di parametri interpretativi ricavabili dall'intero sistema previsto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, cui le norme penali accedono.

Proprio le più recenti modifiche intervenute su tale impianto giuridico sono caratterizzate dall'uso di un linguaggio maggiormente evoluto e rispondente all'innovazione tecnologica ma, al contempo, non completamente efficace ai fini della comprensione e percezione delle attività di « comunicazione » di un'opera protetta<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Per la teoria della funzione secondaria del diritto penale, risalente alle classiche opere di BINDING, in specie *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916, si veda, con riferimento agli orientamenti italiani favorevoli GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, 231 e ss. Sul c.d. principio di autonomia del diritto penale e per una critica alla teoria della c.d. funzione accessoria del diritto penale si veda invece, per tutti, DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 1095 e ss.

<sup>24</sup> L'evoluzione del linguaggio utilizza-

to dal legislatore, maggiormente rispondente alle esigenze tecniche, conferma che non vi è un necessario legame « ontologico » fra significato dei termini ed il rispettivo « segno linguistico »: ma per la certezza delle norme penali, molto deve essere fatto. Sull'interpretazione della legge e dei testi in generale vedi U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990; in ambito penale NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1949, 379 e ss., in cui l'Autore indica il fulcro dell'attività interpretativa nella ricostru-

Il modello ispiratore dell'attuale disciplina è di fonte europea, nel caso di specie rinvenibile nell'art. 3 della Direttiva 2001/29/CE<sup>25</sup>, attuata nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il quale ha operato una distinzione fra le possibili modalità di trasmissione a distanza delle opere protette, individuando nell'ambito più generale della « comunicazione al pubblico » una sua ipotesi specifica, definita come « messa a disposizione del pubblico ».

Con riferimento al diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, l'art. 16 l.d.a., richiamato dall'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis, l.d.a., definisce l'oggetto del diritto esclusivo di comunicazione di una qualsiasi opera protetta. Esso prevede, in particolare, che la « circolazione » di un prodotto creativo possa avvenire tramite diversi mezzi di « diffusione a distanza », fra i quali sono riconducibili anche quelli telematici, essendo l'elencazione ivi contenuta di carattere esemplificativo e connotata dalla presenza della clausola generale « altri mezzi analoghi »<sup>26</sup>.

L'interpretazione sistematica dell'art. 3 della Direttiva e dell'art. 2 del D.Lgs. di attuazione 9 aprile 2003, n. 68, che ha modificato l'art. 16 l.d.a., rende evidente il rapporto *genus/species* fra « comunicazione al pubblico » e « messa a disposizione del pubblico » di un'opera protetta.

Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico (su filo e senza filo), perciò, ha per oggetto l'impiego di uno qualsiasi dei mezzi possibili di diffusione a distanza quali, ex art. 16 l.d.a., « il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso ». Ma include inoltre la « messa a disposizione del pubblico » dell'opera, « in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente »: quindi, vi rientra quella forma di messa a disposizione del pubblico che è la c.d. « trasmissione interattiva digitale »<sup>27</sup>, la quale permette a ciascuno di fruirne, anche in modo comune e contemporaneamente con altri, a prescindere dai limiti derivanti dal *tempus* e dal *locus*.

Premessa tale distinzione terminologica e contenutistica, ed anche ammettendo che la tutela penale dei diritti esclusivi di emissione degli eventi sportivi, come quelli acquisiti da parte di Sky, sia stabilita dall'art. 171, comma 1, lett. a-bis l.d.a., è però evidente che tale ultima norma possa ritenersi applicabile solo se la « messa a disposizione del pubblico » avvenga tramite l'immissione dell'opera protetta in un sistema di reti telematiche.

zione del pensiero. Si veda inoltre, nella più recente manualistica, PULTANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2005, 154 e ss.

<sup>25</sup> Si tratta della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU n. L 167 del 22/06/2001). In merito alle previsioni della Direttiva vedi ampiamente CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, cit., 384 e ss.

<sup>26</sup> Su questo orientamento, conforme

a quello sostenuto dalla dottrina maggioritaria, si consenta di rinviare a quanto riportato da CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Milano, 2005, 165 e ss. In particolare l'Autrice evidenzia la scarsa attenzione nell'utilizzo della terminologia e la natura meramente esemplificativa dei mezzi di diffusione, soprattutto con riferimento all'evoluzione di Internet.

<sup>27</sup> Cfr. CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, cit., 251 e ss.

*Mutatis mutandis* il mero accesso, o la semplice agevolazione all'accesso, ad un prodotto già presente in rete e, quindi, « disponibile », rappresenta solo il modo di fruire dell'opera ormai « messa a disposizione ».

L'interpretazione letterale e sistematica delle norme di cui agli artt. 171, comma 1, lett. a-bis, e 171-ter, comma 2, lett. a-bis l.d.a. evidenzia in definitiva che il legislatore — in entrambe le disposizioni — ha inteso dare rilevanza, fra le molteplici condotte suscettibili di realizzare la « messa a disposizione » o la « comunicazione » dell'opera dell'ingegno protetta, a quella specifica di « immissione » in un sistema di reti telematiche.

Infatti, sul piano della tipicità del fatto di reato, la selezione delle forme e dei modi di offesa è effettuata tramite la previsione espressa che la condotta di « messa a disposizione del pubblico » di un'opera debba avvenire « immettendola in un sistema di reti telematiche mediante connessioni di qualsiasi genere »: questa costituisce, pertanto, la forma specifica e tassativamente predeterminata di « comunicazione » da punire.

La locuzione « mediante connessioni di qualsiasi genere », che sembrerebbe esprimere una volontà di incriminazione a più ampio raggio, risulta legata non alla generica locuzione « messa a disposizione del pubblico », ma a quella di « immissione in un sistema di reti telematiche », che concorre a restringere la condotta tipica, così come impone l'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle citate disposizioni penali.

*Prima facie* appare logico concludere che la puntualizzazione terminologica esprime una precisa scelta politico-criminale, diretta a restringere le forme di commissione punibili, escludendo il rilievo penale della mera « messa a disposizione » di un'opera protetta mediante una qualsiasi connessione, che difetta, sul piano obiettivo, dell'elemento essenziale di fattispecie della « immissione in rete ».

#### 6. IL CLIENT-SERVER MODEL ED IL PEER TO PEER MODEL: PROFILI DI RILEVANZA PENALE.

Venendo all'analisi della soluzione ermeneutica cui sono giunti i supremi giudici, deve essere evidenziata una distinzione, di fatto e di diritto.

Con riferimento alle concrete modalità di immissione di un'opera protetta *on line*, che trovano un effettivo riscontro empirico, nonché sul piano tecnico-informatico, l'utilizzo di una banda di *upload* che consenta uno *sharing* con altri *client*, tramite *software peer to peer*, contribuisce a creare una vera e propria divisione del flusso di dati fra gli utenti il quale, successivamente al *download*, è condiviso fra i medesimi utenti connessi in rete. In questo caso, quindi, il *server*, utilizzato per la trasmissione delle partite, può assumere il solo ruolo di « coordinatore » dei vari « *peers* » nella fase di connessione e la rete viene ad essere costituita da più soggetti che possono fruire della visualizzazione dell'evento connettendosi gli uni agli altri.

Semplificando, ciascun utente deve procedere ad un *upload* di una parte di dati per poter fruire dell'opera tramite il *download*<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Sulla distinzione fra il *peer to peer model* ed il *server model* si rinvia, per una facile lettura, a D. C. VERMA, *Legiti-*

*mate applications of peer to peer networks*, Wiley, 2004, in particolare I e ss.; B. LEUF, *Peer to peer. Collaboration and*

In simili ipotesi è possibile, quindi, sostenere che ciascun soggetto immette tramite l'*upload*, almeno parzialmente, « in qualsiasi forma », un'opera (« o parte di essa », appunto) in un sistema di reti telematiche « mediante connessioni di qualsiasi genere ».

Diversa è invece la qualificazione giuridica del fatto nel caso in cui ciascun utente, senza condividere risorse, si connette ad un *server* centrale per la visualizzazione delle partite di calcio, essendo questo ultimo la « fonte » dell'immissione in rete dell'opera. In simile ipotesi gli eventuali profili di responsabilità penale, ai sensi dell'171, comma 1, lett. a-bis l.d.a., riguardano sia la condotta abusiva dell'emittente, che quella del *service provider*, quest'ultimo quantomeno nei termini di un'eventuale responsabilità commissiva concorsuale, in quanto hanno messo, o contribuito a mettere, a disposizione del pubblico un'opera protetta, immettendola in un sistema di reti telematiche<sup>29</sup>. Sarebbero invece esenti da responsabilità, sul piano oggettivo, i singoli utenti, che effettuano soltanto il *download* dal *server*, senza immettere o partecipare all'immissione dell'opera in alcun sistema di reti telematiche.

Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha sostenuto l'ipotesi di partecipazione materiale nell'esecuzione del reato, perché gli indagati avrebbero messo a disposizione, attraverso il loro sito Internet, il *link*, il *software* e le informazioni per l'installazione, utili per la visione degli eventi sportivi tramite la connessione ai *server* cinesi. Ma tale soluzione non è

*sharing over the Internet*, Pearson Education, 2002, 29 e ss. e 189 e ss.

<sup>29</sup> Con riferimento alla responsabilità concorsuale del *service provider* per i fatti commessi *on line* dagli utenti attraverso le sue strutture tecniche ed informatiche vedi già PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in questa *Rivista*, 1999, 283 e ss.; ID., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service Providers in Internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 379 e ss.; ID., *La responsabilità penale dei Service Providers in Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 501 e ss.; più recentemente, anche se con specifico riferimento ai reati di pornografia minorile, ID., *Commento all'art. 600-ter*, III comma c.p., in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, 175 e ss. e, in particolare, 207 e ss., in cui l'Autore ritiene che, a fronte dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, che sarebbe contrario a quanto previsto dall'art. 15 della Direttiva 2000/31/CE ed all'art. 17 del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (di attuazione della predetta Direttiva), le nuove norme introdotte dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38 prevedono specifici doveri in capo ai *service providers*; pertanto è possibile ravvisare in « tali precetti » (di cui ai nuovi artt. 14-ter e 14-quater della legge 3 agosto 1998, n. 269), « quegli obblighi giuridici che sono presupposto della responsabilità

per omesso impedimento dell'evento » (ai sensi dell'art. 40, capoverso, c.p.); si veda, ancora con riferimento ai profili di responsabilità del *service provider*, G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider: appunti di diritto comparato e rilievi critici*, in PICOTTI (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, cit., 423 e ss.; C. PARODI, *Responsabilità dei Provider ed accertamento degli illeciti telematici*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 1549 e ss.; C. SARZANA, *Premessa al problema delle reti « pirata »: le comunità virtuali e le bacheche elettroniche*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 257 e ss.; ID., *Comunità virtuale e diritto: il problema dei Bulletin Board Systems*, *ivi*, 1995, 372 e ss.; con riferimento all'ordinamento tedesco si veda in particolare U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di Internet (traduzione italiana a cura di SFORZI M.)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 743 e ss. e 1193 e ss. In generale si veda anche SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in questa *Rivista*, 1998, 745 e ss. nonché PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via Internet*, Napoli, 2004. Con specifico riferimento al caso in esame si veda DE ANGELIS-MULA, *Il service provider e la legittimazione passiva nel procedimento cautelare*, cit., 557 e ss.

condivisibile, in quanto è necessario verificare, oltre alla sussistenza di tutti i requisiti necessari a giustificare l'incriminazione a titolo di concorso, se vi sia stata un'agevolazione alla sola circolazione dell'opera, in ipotesi già « messa a disposizione », o, invece, anche alla sua « immissione » in un sistema di reti telematiche, come richiesto dalla norma di cui all'art. 171, comma 1, lett. a-bis l.d.a.

#### 7. PROFILI DI RESPONSABILITÀ PENALE A TITOLO DI CONCORSO DI PERSONE NEL REATO.

Da quanto si è detto nel paragrafo precedente consegue che la « condotta consapevole avente efficienza causale sulla lesione del bene tutelato, ai sensi dell'art. 110 c.p. » può essere individuata nel fornire il link ai siti cinesi e a quelli che consentono il download di software *cool-streaming*, nonché nel mettere a disposizione i mezzi e le informazioni eventualmente necessari all'installazione dei programmi utili per la visualizzazione delle partite di calcio, solo se, sulla base di un giudizio *ex post*, si è realizzata così un'influenza effettiva sul fatto tipico (*rectius*: se l'agevolazione abbia inciso sul decorso causale che ha portato alla realizzazione del reato).

Come anticipato, risulta però indispensabile non solo distinguere il contributo materiale fornito rispetto alla « messa a disposizione del pubblico » dell'opera, da quello relativo alla sua « immissione in un sistema di reti telematiche », ma anche verificare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, della eventuale responsabilità a titolo di concorso.

#### 7.1. LA PARTECIPAZIONE ALL'ESECUZIONE DELL'ILLECITO PENALE E L'AGEVOLAZIONE ALLA FRUIZIONE DELL'OPERA.

Con riferimento alla prima questione, la Corte di Cassazione sembra cadere in contraddizione, quando afferma che « senza l'attività degli indagati non ci sarebbe stata, o si sarebbe verificata in misura minore, la diffusione delle opere tutelate », avendo essi facilitato la connessione e la sincronizzazione con le partite trasmesse, tramite la messa a disposizione di informazioni e mezzi tecnici: per i supremi giudici « in base alle generali norme sul concorso nel reato gli indagati [omissis] hanno posto in essere una condotta consapevole avente efficienza causale sulla lesione del bene tutelato ».

Da un lato, infatti, la mera « facilitazione » della « diffusione » non può equivalere a quella dell'« immissione »; dall'altro lato, la messa a disposizione dei mezzi tecnici potrebbe assumere, piuttosto, rilevanza ai sensi delle lett. f) e f-bis dell'art. 171-ter l.d.a., ma solo se si trattasse di opere rientranti nell'ambito di applicazione di queste norme e fossero state poste in essere le condotte tipiche dalle stesse sanzionate, volte cioè ad « installare dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto », oppure aventi ad oggetto componenti o servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche (di cui all'art. 102-*quater* l.d.a.). O, ancora, se si trattasse di prodotti o compo-

nenti principalmente realizzati, progettati o adattati con il fine di rendere possibile o di facilitare l'elusione di tali misure.

In verità, nel caso di specie, salvi i dubbi sulla possibile qualificazione dell'opera come « destinata al circuito televisivo », si è assistito ad una sincronizzazione alle partite riprese tramite un sistema di guida *on line* e ad una messa a disposizione di *software* e informazioni tecniche per la fruibilità delle medesime « opere ». Ciò è avvenuto, però, non eludendo misure protettive o installando specifiche componenti che avessero tale finalità, ma attraverso la messa a disposizione di informazioni relative a siti e programmi *peer to peer*, di per sé non di natura illecita.

Infatti, l'iniezione *on line*, già effettuata dalle emittenti cinesi, è avvenuta tramite *server* (cinesi) apparentemente senza la predisposizione di particolari limitazioni di carattere logico e tecnico e, tantomeno, di misure tecnologiche di protezione efficaci, destinate a impedire o limitare attività non autorizzate<sup>30</sup>. Pertanto, è stata la mancata previsione di misure dirette a garantire un utilizzo « riservato » o « esclusivo », capaci di rendere l'opera accessibile solo a chi si trovasse sul territorio cinese, che ha permesso la sua fruibilità oltre i confini nazionali, attraverso le connessioni via Internet ed i relativi protocolli di comunicazione.

La mera previsione, nel contratto fra le emittenti straniere e Sky, di una clausola limitativa all'ambito locale o territoriale delle trasmissioni delle immagini in Internet, non può influire sulla qualificazione giuridica della condotta posta in essere dagli indagati, in quanto le opere protette sono state comunque « immesse » in un sistema di reti telematiche, senza limiti di fruizione, già dalle emittenti originarie<sup>31</sup>. In caso, si potrebbe porre il problema dell'eventuale responsabilità civile, amministrativa e penale di queste ultime che, in ipotetica violazione del contratto di licenza, abbiano immesso in rete un'opera dell'ingegno protetta, oltre i limiti consentiti dall'autorizzazione conferita dal titolare del diritto connesso sul suo modo di diffusione o circolazione<sup>32</sup>.

Quanto detto sinora necessita, però, di ulteriore approfondimento. Infatti, sostenere, come ha fatto la Corte suprema, una responsabilità penale a titolo di concorso di persone nel reato, appare una forzatura applicativa, se non si dimostra che il contributo agevolatore atipico abbia inciso sul decorso casuale effettivo, avendo gli indagati assunto un ruolo nell'organizzazione comune non tanto con la realizzazione della condotta

<sup>30</sup> Vedi quanto già evidenziato dal Tribunale di Milano nell'ambito del procedimento civile volto ad inibire la continuazione degli illeciti ad opera del sito « Tv gratis »: cfr. Trib. Milano, Sez. Spec. PII, 3 giugno 2006, cit., 557 e ss. (con nota di DE ANGELIS, MULA).

<sup>31</sup> A simile conclusione era già giunto il Tribunale di Milano a seguito dell'appello presentato dal Pubblico Ministero contro la mancata convalida del sequestro di cui alla citata ordinanza di data 8 febbraio 2006. Una soluzione interpretativa conforme a tale orientamento è ricavabile anche dalle vicende civilistiche legate alla tutela inibitoria, in cui però non è stato affrontato

il punto chiave dell'intera vicenda, cioè quello relativo ai profili di legittimità della trasmissione « non solo locale o localizzata » effettuata in Internet dalle emittenti cinesi, in assenza della cessione dei diritti per la trasmissione stessa da parte di Sky: si veda in particolare Trib. Milano, Sez. Spec. PII, 3 giugno 2006, cit., 557 e ss.

<sup>32</sup> D'altro canto la condotta posta in essere dai terzi cinesi è stata considerata *ab origine* lecita e, una parte della dottrina, ritiene che già sulla base di tale presupposto risulterebbe improprio evocare il concorso di persone nel reato (così P. SAMMARCO, *I diritti televisivi su manifestazioni sportive*, cit., 760).

tipica descritta dalla fattispecie, quanto con il loro contributo a porre le condizioni perché altri realizzassero il fatto tipico<sup>33</sup>.

E si badi che, sul piano oggettivo, ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 171, comma 1, lett. a-bis l.d.a., non è richiesta la verifica di un evento di danno, essendo sufficiente la realizzazione della complessa condotta tipica ivi descritta. L'*iter* logico seguito dai supremi giudici risulta invero confuso, sembrando prospettare due soluzioni diverse, corrispondenti ad altrettante ipotesi.

Infatti, nel caso in cui si ritenga applicabile l'art. 171, comma 1, lett. a-bis l.d.a ed ammesso che gli indagati abbiano contribuito a mettere a disposizione del pubblico, attraverso i *link*, i *software* e le informazioni per implementarli, un'opera già immessa in rete, senza limiti di accesso, dalle emittenti cinesi tramite i propri *server*, essi non possono comunque considerarsi concorrenti in tale reato, in quanto simili attività sono intervenute certamente in un momento successivo all'immissione, sfuggendo al paradigma causale<sup>34</sup>. In altri termini, l'agevolazione, attraverso il sistema di guida *on line*, alla connessione ed alla sincronizzazione con le riprese sportive può « accedere » solo alla condotta di « comunicazione » — *latu sensu* intesa — e non certo a quella di « immissione » dell'opera in un sistema di reti telematiche, da intendersi di natura istantanea.

Nell'ipotesi in cui, invece, si ritengano forniti consapevolmente tali servizi agli utenti che, tramite i sistemi *peer to peer*, procedono ad un *upload* di una parte di dati per poter fruire dell'opera, oggetto di *sharing*, « immettendola » in tal modo in rete, è certamente possibile prospettare a carico degli indagati una responsabilità a titolo di concorso ai sensi dell'art. 110 c.p. In altri termini, essi avrebbero in questa ipotesi fornito un contributo materiale nella preparazione, se non nella stessa esecuzione, dell'illecito, poiché proprio attraverso l'uso di tale *software* risulterebbe « immessa » di fatto, in tutto o in parte, l'opera *on line*, perlomeno nei limiti in cui gli utenti stessi non usufruiscono del *server* per il *download*, ma si scambiano reciprocamente i flussi di dati<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Sul contributo ed i ruoli dei concorrenti nella realizzazione della fattispecie oggettiva di un reato, in riferimento alle diverse teorie sul concorso criminioso, si consenta di rinviare alla manualistica, in particolare FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Bologna, 2004, 454 e ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 485 e ss.

<sup>34</sup> Riprendendo letteralmente la dottrina, « se non è stato realizzato un fatto tipico, quanto meno nella forma del tentativo, un problema di concorso nel reato non sorge ». Cfr. PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., 489; si veda ampiamente M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986; Id., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 437 e ss.; Id., *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e*

*qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 440 e ss.; PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, ivi, 1994, 3 e ss. Per quanto riguarda la manualistica basti rinviare a FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 447 e ss.

<sup>35</sup> La possibilità di suddivisione del flusso di dati e di condivisione delle risorse *on line* dimostrano, in modo emblematico, il processo di digitalizzazione e di smaterializzazione delle opere protette. Semplificando, il passaggio dall'atomo al *bit* consente la scomposizione della medesima opera, alla cui circolazione ed immissione in rete possono partecipare diversi soggetti, ciascuno in tutto o in parte, in base al contributo offerto per la circolazione. Di tale processo parla ampiamente, già nella parte introduttiva, TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore*, cit., 7 e ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

Se, poi, ciascun utente mettesse a disposizione del pubblico un'opera protetta, immettendola in rete all'insaputa degli altri, potrebbero ontologicamente configurarsi autonomi reati. Anche se è innegabile che la filosofia del *peer to peer* e la struttura tecnica dei *software* richiedono di per sé la presenza necessaria di più utenti, per condividere il flusso di dati indispensabile alla fruizione comune dell'opera da parte di tutti.

Naturalmente è configurabile una responsabilità penale a titolo di concorso solo se sussiste anche l'elemento soggettivo del reato, benché, come correttamente sottolineato dai supremi giudici, non sia necessaria la reciproca consapevolezza, in tutti i soggetti, dell'altrui contributo.

## 7.2. CONSIDERAZIONI CRITICHE.

In sintesi, fermi restando i dubbi sulla natura giuridica della manifestazione sportiva e della sua « forma espressiva », nonché dei relativi diritti televisivi, la Corte non pare aver risolto compiutamente le questioni di diritto affrontate, pur avendo fornito una soluzione parzialmente corretta, circa la possibile configurazione di una responsabilità a titolo di concorso di persone nel reato.

Ma sul punto la motivazione è stata carente, se non addirittura contraddittoria.

Non si potrebbe, in verità, pretendere una completa ed articolata analisi delle questioni proposte, nella sede cautelare in cui è stata emessa la decisione in esame.

Tuttavia non soddisfa che i supremi giudici non abbiano dato il dovuto risalto alle differenze tecniche e terminologiche, che distinguono le diverse forme di realizzazione delle condotte, confondendo l'agevolazione alla diffusione dell'opera con la sua messa a disposizione del pubblico tramite l'immissione in un sistema di reti telematiche.

Essi, inoltre, hanno dato eccessiva importanza alla valenza agevolatrice della messa a disposizione del *software* e della guida *on line* alla connessione ed alla visualizzazione delle partite, anziché concentrarsi sulla precisa individuazione della fonte dell'immissione originaria, indispensabile per l'accertamento della relativa responsabilità penale.

Non sono così stati individuati i requisiti oggettivi minimi di partecipazione alla fattispecie in esame: vale a dire la natura atipica del contributo agevolatore, se si ritiene che il fatto « acceda » all'immissione dell'opera da parte delle emittenti cinesi; la necessaria natura tipica della condotta degli indagati, se si ritiene che abbiano facilitato l'*upload* da parte degli utenti.

## 8. CONCLUSIONI.

L'analisi della sentenza della Corte di Cassazione, n. 33945 del 2006, ha offerto l'occasione per affrontare alcune delle complesse problematiche derivanti dall'applicazione delle recenti norme penali introdotte per contrastare la diffusione abusiva, in via telematica, delle opere dell'ingegno: ed ha fatto emergere elementi critici di valutazione, *de iure condito*, sull'effettività dello strumento penale *in subiecta materia*.

Ferme restando le diverse opinioni in merito al contenuto delle scelte politico criminali del legislatore, le critiche al vigente sistema di tutela pe-

nale previsto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, si possono articolare in tre livelli distinti.

Anzitutto, il modello di legislazione penale adottato appare difettoso sul piano del rispetto del principio di tassatività — comprensivo, nel suo significato più ampio, dei principi di determinatezza e di precisione — o, utilizzando le parole della Corte Costituzionale, « *dei requisiti minimi di riconoscibilità e di intelleggibilità del precetto penale* », che rischiano di pregiudicare « *la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini* »<sup>36</sup>.

Infatti, la tecnica normativa di formulazione delle disposizioni in esame, caratterizzata dal frequente ricorso ad espressioni ambigue, generiche ed atecniche, è carente di definizioni di elementi peraltro fondamentali delle fattispecie, specie a fronte di un modello di legislazione di tipo casistico. Per cui si rende « necessaria », allo stato attuale, un'interpretazione non facile del significato dei termini usati, da riferire all'intero sistema di tutela del diritto d'autore e da confrontare con la realtà fenomenica attuale. Il rispetto della lettera della norma e dell'intenzione del legislatore, da considerare necessariamente in prospettiva dinamica, deve tradursi in uno sforzo di attualizzazione del « senso » delle disposizioni, per individuare i limiti concreti di rilevanza penale delle diverse condotte tipizzate<sup>37</sup>, con il rischio di interpretazioni analogiche *in malam partem*, creative e contrastanti con il principio di stretta legalità<sup>38</sup>.

Emblematiche sono, al riguardo, le previsioni delle condotte tipiche di « comunicazione al pubblico » e di « messa a disposizione del pubblico » di un'opera protetta, tramite la sua « immissione » in « un sistema di reti telematiche ».

<sup>36</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 22 aprile 1992, n. 185 in *Giur. Cost.*, 1992, 1333 e ss. e, in particolare, 1333, richiamata anche da MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 120, nota 3, e 123, nota 16. In dottrina si veda, con riferimento alla nozione ed alle fonti del principio di determinatezza, nonché sulla distinzione terminologica fra « determinatezza », « tassatività » e « discrezionalità », la classica opera di PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 1 e ss. e 296 e ss.

<sup>37</sup> Cfr. in generale, con riferimento all'interpretazione della legge penale, PAGLIARO, *Testo e interpretazione delle leggi penali*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1997, 157 e ss.; *Id.*, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, 433 e ss.; e già SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952, 493 e ss.; ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, 1 e ss. Più di recente cfr. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in PALAZZO A. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XX secolo*, Napoli, 2001, 299 e ss. Riguar-

do al necessario riferimento ai « presupposti di ragione » del « lavoro del giurista interprete » si veda PULITANO, *Diritto penale*, cit., 158 e ss. e il richiamo ivi indicato a AMATO, *Il potere diviso e l'interpretazione della legge*, in *Questione giustizia*, 2003, 312 e ss.

<sup>38</sup> Simile « effetto » non è di carattere straordinario o eccezionale nel settore oggetto di studio. Si pensi ai casi di violazione in forma occulta del principio di tassatività nell'ambito delle vicende relative alla tutela penale del *software* e, in specie, alla nota sentenza della Corte di Cassazione del 24 novembre 1986, che ricondusse il programma per elaboratore nell'area della tutela civile e penale accordata dalla legge n. 633/41 alle opere dell'ingegno, in apparente contrasto con l'elenco previsto dall'art. 1 l.d.a. L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 518/92, che introdusse il *software* fra le opere protette, confermò la tesi secondo cui l'operazione ermeneutica effettuata dalla Cassazione era sostanzialmente di tipo analogico in *malam partem* (vedi Cass., sez. III pen., 24 novembre 1986, in *Foro it.*, 1987, II, 291 e ss. con nota di PARDOLESI, richiamata anche da FLOR, *Duplicazione parziale di software ed art. 171-bis legge 633/41*, cit., 1034 e ss.).

La necessaria interpretazione sistematica di queste norme penali, nel contesto delle altre disposizioni penali ed extrapenali di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, ha dimostrato la difficoltà di individuare il significato preciso delle locuzioni utilizzate dal legislatore, che negli artt. 171, comma 1, lett. *a-bis* e 171-*ter*, comma 2, lett. *a-bis* l.d.a ha voluto richiamare specificatamente la condotta di « immissione ».

Secondo un canone di interpretazione teleologica, la *ratio legis* di tali norme dovrebbe essere quella di contrastare più efficacemente la diffusione telematica abusiva delle opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore. Ma allora appare illogico mantenere la distinzione terminologica fra condotte tipiche di « comunicazione al pubblico » e di « messa a disposizione del pubblico », quali elementi costitutivi del reato, mentre già è prevista la sanzione penale per la condotta « a monte » di « immissione » senza diritto in un sistema di reti telematiche, da cui dipende la rilevanza penale della circolazione abusiva dell'opera nelle forme della comunicazione e/o messa a disposizione.

In secondo luogo, sul piano del rispetto del principio di proporzionalità, la natura ed entità delle sanzioni previste dall'art. 171, comma 1, lett. *a-bis*, appare inadeguata, in un'ottica di prevenzione generale e speciale.

Basti rilevare, ad esempio, che quest'ultima norma prevede, da un lato, un delitto, dall'altro una sanzione quantitativamente irrisoria (da un minimo di euro 51,00 ad un massimo di euro 2065,00), mentre il comma 2 della medesima disposizione prevede addirittura l'estinzione del reato, per chiunque — avendo commesso la violazione di cui al comma 1, lett. *a-bis* — versi prima dell'apertura del dibattimento o prima dell'emissione del decreto penale di condanna una somma pari alla metà del massimo della pena stabilita, oltre alle spese del procedimento.

Viceversa, per il reato di cui all'171-*ter*, comma 2, lett. *a-bis* l.d.a. il legislatore ha previsto un regime sanzionatorio sproporzionatamente più grave, se si considera che il fulcro offensivo delle due fattispecie appare parzialmente comune, essendo costituito dalla comunicazione al pubblico o messa a disposizione del pubblico di un'opera protetta « immettendola in un sistema di reti telematiche ». In tale ultimo caso, si è provveduto ad un'effettiva limitazione dell'area di punibilità<sup>39</sup>, attraverso la previsione del dolo specifico di « lucro »<sup>40</sup>, e ad un'apparente limitazione dell'ambito di rilevanza penale del fatto, tramite il richiamo esplicito alla violazione dell'art. 16 l.d.a. Ma, come si è rilevato, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 171, comma 1, lett. *a-bis* l.d.a. l'interprete non può prescindere da quest'ultima norma di carattere generale, che definisce l'oggetto del diritto esclusivo di « comunicazione al pubblico » e, quale sua

<sup>39</sup> Sulla struttura delle fattispecie a dolo specifico, sulla sua concezione in Italia, nonché sul contenuto di « tipicità oggettiva » del fine dell'agente e sul problema dell'idoneità oggettiva della condotta rispetto alla « significazione tipizzante ed oggettiva del fine », si veda ampiamente PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli « elementi finalistici » delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 472 e ss. e 533 e ss.

<sup>40</sup> Per una recente sentenza della Corte di Cassazione in merito al diverso elemento finalistico previsto dalle fattispecie di cui agli artt. 171-*bis* e 171-*ter* l.d.a., si veda Cass., sez. III pen., 9 gennaio 2007, n. 149, in *Dir. Internet*, 2007, 257 e ss., nonché il commento di TERRACINA, *Lucro e profitto nella giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi*, ivi, 259 e ss.

*species*, di « messa a disposizione del pubblico ». Pertanto le violazioni possono considerarsi sostanzialmente omogenee.

Inoltre, sul piano dei rapporti fra le due fattispecie, l'espressa clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 171 l.d.a. rende questa norma residuale rispetto a quelle di cui agli artt. 171-*bis* e 171-*ter* l.d.a., evidenziando le peculiarità dell'intero sistema sanzionatorio che prevede la punibilità di numerose condotte fra loro distinte, ma spesso in parte sovrapponibili, al fine di assicurare la più ampia ed articolata tutela penale.

Senonché ne deriva una sovrabbondanza di fattispecie, che pur volendo sanzionare fenomeni che preoccupano per la loro dimensione « di massa », sono scarsamente coordinate fra loro e con la disciplina extrapenale.

Infine si consideri che da una parte, ai sensi dell'illecito contravvenzionale previsto dall'art. 172 l.d.a., se i fatti di cui all'art. 171 sono commessi per colpa, si applica l'ammenda « sino a 1032 euro »; mentre dall'altra parte, ai sensi dell'art. 174-*bis* l.d.a., « ferme le sanzioni penali applicabili », la violazione delle disposizioni di cui alla sezione II, capo III l.d.a. (fra cui rientrano i delitti in esame) è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto di violazione, per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto<sup>41</sup>.

Con riferimento, ancora, alla tutela esercitabile ai sensi degli artt. 2043 e 2598 c.c., l'art. 156 l.d.a. prevede l'utilizzo degli strumenti cautelari civili per prevenire o vietare, già a titolo provvisorio, qualsiasi violazione dei diritti previsti dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 (e successive modifiche).

Così, sembra messo in crisi lo stesso principio di sussidiarietà del diritto penale, quale strumento di *extrema ratio* cui ricorrere nei soli casi di insufficienza degli altri strumenti extrapenali per la tutela del bene giuridico. Il legislatore avrebbe dovuto, piuttosto, privilegiare decisamente questi ultimi (nel rispetto del brocardo *jure est civiliter utendum*), anziché ricorrere continuamente a strumenti e sanzioni che più degli altri incidono sui diritti e le libertà della persona.

In conclusione, non sembra rispettata l'esigenza di delimitare l'intervento penale alla stretta necessità di tutela, che dovrebbe tradursi, anche in *subiecta materia*, in un'effettiva selezione dei comportamenti offensivi del bene giuridico<sup>42</sup>.

Ed è carente un razionale raccordo o coordinamento fra le diverse tecniche di tutela<sup>43</sup>, essendovi una « patologica » ipertrofia di reati, operante

<sup>41</sup> L'art. 174-*bis* l.d.a., infatti, si apre con la locuzione « ferme le sanzioni penali applicabili ». Per un commento, sostenendo la tesi della deroga al principio espresso dall'art. 9 della legge n. 689/81, si veda già FLORENZA, *Una doppia sanzione per punire un solo illecito*, in *Guida al Dir.*, 2000, 34, 55 e ss., richiamato anche da PALLADINO, *La tutela penale del diritto d'autore dopo la riforma*, cit., 240.

<sup>42</sup> Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, V ed., Padova, 2007, XLIII.

<sup>43</sup> Si veda già, a titolo esemplificativo,

e riguardo alla c.d. criminalità economica, GALGANO, *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, in *Riv. Soc.*, 1980, 432 e ss.; vedi inoltre M. ROMANO, *Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 39 e ss.; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 e ss.; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, 589 e ss.; PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e amministrative secondo*

sia sul piano orizzontale del progressivo allargamento dell'area del penalmente rilevante, che su quello verticale della previsione di sanzioni penali anche per fatti caratterizzati da esiguo disvalore<sup>44</sup>.

L'immediato effetto negativo non può che essere l'ineffettività di un così complesso sistema penale, condannato *ab origine* ad una valenza simbolica e di mero « orientamento culturale »<sup>45</sup>.

ROBERTO FLOR

*l'esperienza italiana*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, 952 e ss.; PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice pen.*, 1986, 35 e ss.;

<sup>44</sup> In generale, sulla valorizzazione dell'esiguità del fatto quale parametro di valutazione per pretenderne l'irrilevanza penale, nell'ambito di una più ampia indagine sulla c.d. ipertrofia del diritto penale, nei suoi diversi significati, diretta a sostenere la depenalizzazione dei reati c.d. bagatellari, si consenta di rinviare alla classica opera di PALIERO, « *Minima non curat praetor* ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, in particolare riguardo: alla c.d. « criminalità di massa » connessa anche allo sviluppo tecnologico, 181 e ss., 203 e ss.; ai « modelli di esiguità », 669 e ss.; ai profili di politica legislativa e, in specie, alla ricostruzione analitica degli indici di esiguità del fatto, 741 e ss. In verità un'occasione di razionalizzazione sistematica della materia si presenterebbe al legislatore italiano nel caso in cui dovesse essere approvata la proposta di Direttiva europea COM (2006) 0168 /2005/0127 (COD), così come modificata dal Parlamento europeo nella proposta del 25 aprile 2007. Ferma restando la sua rilevanza, anche sul piano politico criminale, inerente all'utilizzo di uno strumento di primo pilastro contenente degli obblighi di tutela penale, l'art. 3 della citata proposta, come modificata dal Parlamento europeo, assume peculiare importanza in quanto impone agli Stati membri di utilizzare lo strumento penale

per sanzionare una qualsiasi violazione intenzionale del diritto di proprietà intellettuale commessa su scala commerciale. La legge italiana sul diritto d'autore già prevede innumerevoli sanzioni penali che rispondono ai requisiti indicati dalla Direttiva. Pertanto, per il legislatore italiano potrebbe prospettarsi la necessità di un intervento volto ad un'effettiva razionalizzazione delle fattispecie vigenti in armonia con quanto previsto dall'atto comunitario. Il testo della proposta è reperibile, oltre che attraverso il sito istituzionale della Commissione europea, anche in <http://www.dirittodautore.it>

<sup>45</sup> Con riferimento al rapporto simbolismo-diritto penale si veda BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?* in *Indice Pen.*, 2003, 491 e ss. Sembra davvero attuale l'affermazione secondo cui « poco a poco la pena è diventata uno strumento coattivo che pensiamo di poter usare ogni qualvolta abbiamo interesse ad un determinato comportamento umano [omissis]; non dobbiamo perciò stupirci se essa ha perduto parte del suo credito e, quindi, della sua forza intimidatrice, giacché il corpo sociale cessa di reagire nello stesso modo in cui l'organismo umano non risponde più ad un farmaco somministrato quotidianamente » (così FRANK, *Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZStW*, 1898, 737, richiamato anche da PALIERO, « *Minima non curat praetor* », cit., 5, nota 4). Cfr. inoltre PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 e ss.