

CASSAZIONE
SEZIONE TERZA PENALE
22 OTTOBRE 2009
N. 49385

PRESIDENTE:
ESTENSORE:
IMPUTATO:

GRASSI
FRANCO
TIZIO

Informatica • Diritto di autore • Professionista • Duplicazione abusiva di software • Concorso • Esclusione

Non commette reato chi sia in possesso di software abusivamente duplicato senza prova che abbia effettivamente, in forma materiale o morale, concorso nella duplicazione sanzionata.

Informatica • Diritto di autore • Professionista • Detenzione di software abusivamente duplicato • Reato • Scopo commerciale od imprenditoriale • Esclusione

L'utilizzo di programmi abusivamente duplicati nell'ambito dell'attività di uno studio libero professionale non è riconducibile alla nozione di attività

d'impresa. Non è, dunque, configurabile il dolo specifico richiesto dalla norma per la sussistenza del reato.

Informatica • Diritto di autore • Detenzione di software privo del contrassegno SIAE • Incompletezza della norma incriminatrice

L'apposizione del contrassegno SIAE costituisce « regola tecnica » ai sensi della Direttiva europea 83/189/CEE. In Italia l'obbligo di apporre il contrassegno SIAE sui programmi è intervenuto dopo la emanazione della citata Direttiva, ne consegue che la norma incriminatrice non è applicabile sinché il legislatore italiano non abbia comunicato alla Commissione della Comunità Europea la normativa introdotta per la verifica della sua compatibilità con il principio di libera circolazione delle merci.

S VOLGIMENTO DEL PROCESSO. — 1. Tizio venne rinviato a giudizio per rispondere del reato di cui alla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-bis, per avere, in qualità di titolare di uno studio di geometra, abusivamente duplicato per trarne profitto, installandoli su quattro postazioni di lavoro del detto studio, i programmi Microsoft Office 2000 e Windows 2000, mancanti delle previste licenze d'uso.

Il giudice del tribunale di Rovereto, con sentenza 27 settembre 2007, accertò preliminarmente che non vi era la prova che l'imputato avesse egli stesso duplicato i programmi in questione, mentre era provato che gli stessi erano detenuti ed utilizzati per le ordinarie attività dello studio professionale. Secondo il giudice era perciò configurabile non la prima, ma la seconda ipotesi di reato prevista dall'art. 171-bis, ossia quella di avere detenuto, per trarne profitto, a scopo commerciale o imprenditoriale i programmi contenuti in supporti non contrassegnati col marchio Siae. Nella specie, infatti, mancava lo scopo commerciale, ma l'utilizzazione dei programmi in una attività professionale non era equiparabile ad un mero utilizzo personale e, quindi, poteva rientrare nella ipotesi dello scopo imprenditoriale. Il giudice dichiarò pertanto l'imputato colpevole del reato ascrittogli, condannandolo alla pena ritenuta di giustizia.

2. L'imputato propose appello sostenendo sostanzialmente che l'uso dei programmi a scopo professionale non può essere equiparato all'uso

per scopo imprenditoriale, data la profonda differenza oggettiva e giuridica che esiste tra attività professionale ed attività imprenditoriale, e dato il divieto di analogia in materia penale. Osservò anche che non era provato che l'attività professionale fosse svolta in forma imprenditoriale.

La corte d'appello di Trento, con la sentenza in epigrafe, osservò che con il capo di imputazione era stata contestata anche la prima ipotesi dell'art. 171-*bis*, ossia la duplicazione abusiva dei programmi al fine di trarne profitto. Nella specie era irrilevante che l'imputato non avesse personalmente installato i programmi piratati perché in ogni caso aveva concorso con la persona sconosciuta che li aveva installati, dato che tale operazione era stata necessariamente promossa o consentita dal titolare dello studio. Non era quindi necessario lo scopo commerciale o imprenditoriale ma solo il fine di trarne profitto, che nella specie sussisteva. Confermò quindi la sentenza di primo grado.

3. L'imputato propone ricorso per cassazione deducendo:

1) violazione degli artt. 648 e 649 c.p.p. e manifesta illogicità della motivazione. Osserva che gli era stato contestato di avere abusivamente duplicato per trarne profitto due programmi informatici Microsoft senza disporre delle licenze d'uso. Egli non ha mai negato la detenzione e l'utilizzazione dei programmi, bensì ha innanzitutto negato che la duplicazione fosse opera sua. Il tribunale ha accertato che non vi era nessuna prova che egli avesse duplicato i programmi. Il PM non ha impugnato la sentenza e quindi su questo capo si è formato il giudicato. Ciò nonostante la corte d'appello lo ha ritenuto responsabile di illecita duplicazione perché, pur non avendo personalmente duplicato i programmi, aveva necessariamente concorso con chi li aveva installati. Un tale addebito era però precluso dal giudicato assolutorio e non poteva più essere contestato in sede di appello, neppure nella configurazione fattuale (peraltro non contestata e priva di conforto probatorio) di avere promosso o consentito la duplicazione. Invero tale condotta concorsuale, per essere causalmente rilevante, implica la sua anteriorità o contemporaneità alla duplicazione, e non può ritenersi necessariamente provata in via presuntiva dalla successiva detenzione dei programmi, perché non può escludersi che si sia verificato quanto normalmente accade, e cioè che egli abbia semplicemente acquistato gli hardware nei quali i programmi erano stati installati in precedenza;

2) erronea interpretazione ed applicazione della L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-*bis*. Ricorda che il giudice di primo grado aveva ravvisato la seconda ipotesi dell'art. 171-*bis*, ritenendo che l'uso dei programmi in una attività professionale, pur non configurando lo scopo commerciale, non era equiparabile ad un uso privato e quindi rientrava nello scopo imprenditoriale. Con l'appello egli aveva eccepito che l'attività professionale non può essere considerata attività imprenditoriale, specialmente in materia penale dove vige il divieto di analogia. Ora, la seconda parte della sentenza impugnata ha esaminato soltanto la questione del profitto (mai posta in discussione) e non ha affrontato invece l'unica questione sollevata, ossia quella della applicabilità dell'art. 171-*bis* nel caso di utilizzo nell'esercizio della libera professione. Il giudice di primo grado aveva escluso che nella specie i programmi fossero utilizzati a scopo commerciale, e questo capo era passato in giudicato non essendo stato impugnato. Quindi l'unica ipotesi di condotta punibile era quella dell'utilizzo

come soggetto imprenditore nell'ambito di una attività imprenditoriale. Ora, il legislatore, con l'usare i termini a scopo commerciale ed imprenditoriale, non ha sicuramente inteso far rientrare nelle categorie del commercio e dell'impresa ogni tipo di attività diversa da quella strettamente privata, ossia casalinga. Alla stregua del diritto positivo, invero, per imprenditoriale può anche intendersi una attività di produzione di meri servizi, ma in quanto sia esercitata industrialmente, altrimenti resta profonda la distinzione tra attività imprenditoriale industriale di produzione di servizi ed attività libero professionale. Nella specie si trattava di attività di geometra e non vi era alcuna prova per ritenere che il professionista avesse assunto la qualità di imprenditore industriale o commerciale, ossia che la sua attività fosse esercitata nell'ambito di una attività organizzata nella forma di impresa.

Con successiva memoria il ricorrente rileva che la norma invocata si riferisce a chi detiene a scopo commerciale o imprenditoriale programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE, mentre l'imputazione era quella di avere abusivamente duplicato...

installandoli... i programmi informatici mancanti delle previste licenze d'uso, ossia un fatto che in parte (la duplicazione) è stato escluso con forza di giudicato dalla sentenza di primo grado, e per l'altra parte (l'installazione) non corrisponde a quello previsto dalla norma.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 4. Il ricorso è fondato sotto diversi profili.

Va innanzitutto precisato che il vigente testo della L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-bis, comma 1, primo periodo, prevede due distinte ipotesi di reato: a) il fatto di chi abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore; b) il fatto di chi, per trarne profitto, importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE. In entrambe le ipotesi occorre che la condotta sia tenuta al fine di trarne profitto. In entrambe le ipotesi si deve trattare di programmi per elaboratore. La condotta è invece differente: nella prima ipotesi consiste nella abusiva duplicazione del programma; nella seconda consiste nella importazione, distribuzione, vendita, concessione in locazione o detenzione del programma. La semplice detenzione peraltro rileva solo se è a scopo commerciale o imprenditoriale. Nella seconda ipotesi, poi, non rileva l'abusiva duplicazione del programma, ma solo il fatto che questo è contenuto in un supporto privo del contrassegno Siae.

Sempre preliminarmente va ricordato che innumerevoli volte questa Corte, proprio in riferimento a diverse fattispecie previste dal vigente testo della L. 22 aprile 1941, n. 633, ed alla tecnica legislativa di tipo prettamente casistica utilizzata, ha ribadito la inderogabile necessità che nella interpretazione di tali disposizioni sia assicurato il pieno rispetto dei principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali, ricordando che in materia penale, governata dal divieto di analogia *in malam partem* e dal principio del favor rei, non è consentito al giudice rimediare ad eventuali ed ipotetiche sviste od omissioni legislative dilatando la fattispecie penale al di là del suo contenuto tassativo.

5.1. Ciò premesso, nella specie all'imputato è stato genericamente contestato di avere abusivamente duplicato per trarne profitto, installandoli

su quattro postazioni del suo studio di geometra, due programmi informatici Microsoft mancanti delle previste licenze d'uso.

Il giudice di primo grado ha innanzitutto esaminato la configurabilità della prima ipotesi di reato (abusiva duplicazione) ed è giunto alla conclusione che nella specie l'imputato non ha commesso tale reato in quanto non vi è nessuna prova che egli avesse duplicato i programmi, essendo stato provato soltanto che gli stessi erano detenuti ed utilizzati.

Il giudice di primo grado ha quindi ritenuto l'imputato responsabile del diverso reato di cui alla seconda ipotesi dell'art. 171-bis, comma 1 (illecita detenzione). Non rileva un eventuale mutamento tra fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza, perché l'imputato l'ha comunque accettato, non eccependolo con i motivi di appello con i quali anzi è entrato nel merito della diversa ipotesi ritenuta. È pertanto tardiva l'eccezione sollevata (peraltro solo sotto il profilo della diversità della condotta di installazione rispetto a quella della detenzione) con la memoria difensiva depositata il 16 ottobre 2009. Del resto l'imputato nel giudizio di primo grado aveva soprattutto negato che la duplicazione fosse opera sua, ma non aveva contestato il fatto della detenzione e della utilizzazione dei due programmi, eccependo invece che la detenzione non avveniva a scopo commerciale o imprenditoriale.

5.2. Con la sentenza di primo grado, quindi, l'imputato è stato in sostanza assolto dal reato di abusiva duplicazione di programmi per elaboratore ed è stato invece dichiarato responsabile del diverso reato di detenzione, a scopo imprenditoriale, di programmi privi del contrassegno Siae.

Il pubblico ministero non ha proposto impugnazione avverso il capo della sentenza con il quale si era accertata l'insussistenza del reato di abusiva duplicazione. L'imputato ha proposto appello contestando unicamente che la detenzione fosse a scopo imprenditoriale e che quindi fosse integrato il reato di cui alla seconda ipotesi dell'art. 171-bis. Pertanto, sul capo della insussistenza del reato di abusiva duplicazione si era ormai formato il giudicato.

La corte d'appello, invece, disattendendo ed abbandonando il reato di illecita detenzione a scopo imprenditoriale, ha dichiarato l'imputato colpevole del reato di abusiva duplicazione, ma sotto il profilo — peraltro non contestato né con il capo di imputazione né successivamente — del concorso morale con soggetti non identificati che avevano proceduto all'installazione dei programmi negli elaboratori. E ciò perché, secondo la corte d'appello, doveva presumersi che l'installazione fosse stata necessariamente promossa o consentita dal titolare dello studio professionale, che poi aveva usufruito dei programmi e che avrebbe dovuto munirsi delle licenze d'uso.

5.3. Si tratta però di un addebito che era ormai precluso dal giudicato assolutorio e che non poteva più essere contestato o ritenuto in sede di appello con effetto condannatorio, neppure nella configurazione del concorso morale con il non identificato autore della abusiva duplicazione.

Si tratta altresì di un addebito diverso da quello oggetto del capo di imputazione, sicché è fondata anche l'eccezione di non corrispondenza tra accusa e condanna sollevata dall'imputato.

Si tratta comunque di un addebito sulla cui sussistenza in fatto la sentenza impugnata contiene una motivazione assertoria e tautologica, oltre

che manifestamente illogica. Ed infatti, la condotta concorsuale, per essere casualmente rilevante, implica e presuppone la sua contemporaneità, se non anteriorità, a quella della duplicazione. Non può quindi tale condotta — come invece ha fatto la corte d'appello — ritenersi « necessariamente » provata in via presuntiva solo dalla successiva detenzione di programmi abusivi.

Come esattamente rileva il ricorrente, infatti, dal punto di vista logico — specie nella totale mancanza di risultanze istruttorie, anche solo indiziarie, di segno diverso — non è possibile escludere a priori che l'imputato avesse semplicemente acquistato gli elaboratori nei quali i programmi duplicati erano già stati installati in precedenza, e che quindi egli abbia semplicemente utilizzato una duplicazione già realizzata da terzi, senza anteriore o contemporaneo concorso alcuno di una sua volontà di promozione o di consenso alla duplicazione. Né la corte d'appello ha tenuto presente che secondo la comune esperienza si tratta di una eventualità che certamente non può escludersi in via assoluta, specialmente in relazione a programmi come Windows 2000 ed Office 2000. Si sarebbe quindi dovuto, per eventualmente trarne elementi indiziali ai fini dell'ipotizzato concorso nella duplicazione, quanto meno valutare dove e quando l'imputato aveva comprato gli elaboratori, ma anche su questo elemento manca qualsiasi motivazione.

In conclusione, la corte d'appello ha in sostanza confermato che l'imputato era stato correttamente assolto per insussistenza del fatto dal reato di abusiva duplicazione. Non poteva perciò condannarlo per il reato di concorso con ignoti nella abusiva duplicazione sia perché tale condotta non era mai stata contestata, sia perché anch'essa era coperta dal giudicato assolutorio della sentenza di primo grado, e sia perché mancava qualsiasi elemento, anche indiziario, di una condotta rilevante sotto il profilo del concorso.

6.1. Restava quindi la sola ipotesi di reato di detenzione a scopo imprenditoriale. Invero la sentenza di primo grado aveva accertato che i programmi in questione erano « detenuti ed utilizzati per le ordinarie attività dello studio professionale ». La stessa sentenza aveva escluso con forza di giudicato che i programmi fossero detenuti a scopo commerciale. L'unica ipotesi di reato rimaneva appunto quella della utilizzazione a scopo imprenditoriale, ossia come imprenditore.

La sentenza di primo grado aveva ritenuto questo reato sulla base dell'assunto che l'uso dei programmi nell'ambito dell'attività di un libero professionista, pur non configurando lo scopo commerciale, non è tuttavia equiparabile ad un uso privato e, conseguentemente, rientra nello scopo imprenditoriale, pure previsto dalla seconda ipotesi di reato.

L'imputato aveva censurato la sentenza di primo grado sotto questo profilo, sostenendo che l'attività libero professionale non può essere giuridicamente qualificata come « commerciale o imprenditoriale ».

Ora, la seconda parte della motivazione della sentenza impugnata ha esaminato unicamente la questione del fine di profitto — che invece l'imputato non aveva mai posto in discussione — e non ha invece affrontato l'unico problema posto con l'atto di appello, ossia quello della applicabilità dell'art. 171-bis anche qualora il detentore utilizzi i programmi abusivi per l'esercizio della libera professione.

6.2. Ciò premesso, al quesito posto con l'atto di appello deve darsi risposta negativa.

Si ritiene generalmente — anche alla luce dell'evoluzione storica del testo della disposizione che era originariamente sorta per dare attuazione ad una direttiva comunitaria — che l'espressione « a scopo commerciale » equivalga sostanzialmente a quella di « detenzione per la commercializzazione ». Nella vigenza del vecchio testo, però, si riteneva che entrambe le espressioni ricomprendessero anche « le fattispecie di detenzione per un « uso interno » nell'ambito di una attività imprenditoriale caratterizzata da uno scopo commerciale, purché tale attività imprenditoriale sia favorita dall'utilizzo del programma con la consapevole finalità (dolo specifico) di servirsi di copie non autorizzate per percepire un vantaggio di tipo patrimoniale consistente nell'immediato risparmio sul relativo costo di acquisto » (sez. 3^a, 28 giugno 2001, n. 33896, Furci). Il nuovo testo dell'art. 171-bis introdotto dalla L. 18 agosto 2000, n. 248, art. 13, ha sostituito l'espressione di « detenzione per scopo commerciale » con quella di « detenzione per scopo commerciale o imprenditoriale », ma la giurisprudenza ha ritenuto che sotto questo profilo non vi sia stato un ampliamento della tutela penale, ma soltanto una specificazione di corretto recepimento della direttiva comunitaria 91/250/CEE del 14 maggio 1991 (sez. 3^a, 28 giugno 2001, n. 33896, Furci, cit.).

Correttamente pertanto il giudice di primo grado ha osservato che se il legislatore avesse inteso circoscrivere l'area dell'illecito alla sola detenzione finalizzata alla successiva rivendita a terzi non sarebbe stato necessario ricorrere alla nozione di scopo imprenditoriale distinto dallo scopo commerciale. Deve dunque ritenersi che la disposizione ricomprenda tanto la finalità di futura rivendita a terzi quanto l'utilizzo dei programmi abusivi per le finalità proprie di una attività di impresa. Ed infatti è ragionevole pensare che il legislatore abbia considerato che l'utilizzo di programmi abusivi da parte di soggetti imprenditori e per finalità riconducibili all'attività d'impresa abbia caratteri tali da giustificare una disciplina diversa da quella di tutti gli altri utilizzi, e perciò lo abbia qualificato come penalmente rilevante e parificato alla detenzione per fini di commercializzazione.

6.3. Occorre quindi valutare se l'utilizzo dei programmi in questione nell'ambito della attività di uno studio di un libero professionista possa farsi rientrare nella nozione di attività di impresa. Il giudice di primo grado ha ritenuto che l'attività libero professionale non può essere equiparata ad un utilizzo personale, perché consiste in una attività economica diretta alla prestazione di servizi ed alla produzione di redditi, sicché va qualificata come attività di impresa, sia pure individuale e non gestita in forma societaria.

Tale conclusione non può però essere condivisa, perché basata su una argomentazione fallace. Innanzitutto, infatti, è erroneo equiparare l'utilizzo in una attività libero professionale ad una attività imprenditoriale solo perché il primo utilizzo non potrebbe essere equiparato a quello meramente privato. Questo assunto si fonda su un presupposto che non corrisponde assolutamente alla realtà, ossia che il legislatore abbia stabilito che esistono solo tre categorie di utilizzi: quello commerciale, quello imprenditoriale e quello meramente privato, con la conseguenza che tutti gli utilizzi che non siano meramente privati debbano necessariamente es-

sere fatti rientrare in una delle altre due categorie. La realtà invece è — come risulta dalla lettera e dalla ratio della disposizione — che il legislatore, tra tutti gli innumerevoli utilizzi possibili, ne ha individuati due (commerciale ed imprenditoriale) che ha ritenuto meritevoli di sanzione penale. A tutti gli altri utilizzi che non rientrano in una di queste due categorie, ovviamente, la sanzione penale non sarà applicabile.

6.4. Non può poi ritenersi che alla soluzione del giudice di primo grado possa pervenirsi sulla base di una interpretazione estensiva.

Ed infatti, per quanto possa dilatarsi il significato della parola «imprenditoriale» in essa non potrà mai rientrare anche l'attività di un libero professionista che non sia esercitata nell'ambito di una attività organizzata nella forma di impresa. Si è invece in presenza di una vera e propria applicazione analogica della norma dettata per la fattispecie dell'utilizzo a scopo imprenditoriale alla diversa fattispecie dell'utilizzo a scopo libero professionale. Non si è esteso il significato di una norma preesistente, bensì si è creata una nuova norma, che prima non esisteva. In altre parole, si è ipotizzato che nella normativa esiste una lacuna per l'attività libero professionale e si è quindi ritenuta applicabile la norma prevista per la diversa fattispecie dall'attività imprenditoriale, sul presupposto che fra le due fattispecie esisterebbe una identità di *ratio* che appunto giustificerebbe il ricorso all'analogia.

Senonché, nella specie non esistono (e comunque non è dimostrato che esistono) nemmeno i presupposti logici dell'applicazione analogica, per la quale non è sufficiente una mera somiglianza, ma occorre una somiglianza rilevante, ossia che le due fattispecie siano somiglianti in quell'elemento che costituisce la ragione sufficiente della previsione normativa (cioè la *ratio legis*). Nel caso in esame l'elemento in comune, quello somigliante, è stato individuato nel fatto che sia l'utilizzo imprenditoriale sia quello libero professionale sono diversi dall'utilizzo meramente privato. Si tratta però di una somiglianza non rilevante, perché la ragione sufficiente per cui allo scopo commerciale ed a quello imprenditoriale sono state rimesse certe conseguenze penali non risiede certamente nel fatto che in entrambi i casi si tratta di attività non meramente privata. Manca quindi l'identità di *ratio*, sicché non è possibile nemmeno in astratto una applicazione analogica.

L'applicazione analogica peraltro non sarebbe possibile in nessun caso, in quanto vietata dall'art. 14 preleggi (e dall'art. 25 Cost., comma 2) perché porterebbe alla applicazione *in malam partem* di una norma penale ad un caso non espressamente previsto dalla legge.

6.5. Nemmeno potrebbe pensarsi che il legislatore, nella sola disposizione in esame, abbia inteso confondere l'attività imprenditoriale e quella libero professionale, che per il resto sono state dallo stesso legislatore tenute distinte e disciplinate in modo diverso (cfr. artt. 2084 ss. cod. civ. per l'attività dell'imprenditore; art. 2222 cod. civ. per l'attività propria del lavoro autonomo; ed in particolare artt. 2229 ss. cod. civ. per le professioni intellettuali).

In realtà, per «imprenditoriale» può intendersi anche l'esercizio di una attività di produzione di meri servizi, sempre però in quanto sia esercitata «industrialmente» (cfr. art. 2195 c.c., comma 1, n. 1: «un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi»).

È quindi certo che vi è una netta contrapposizione tra l'attività imprenditoriale industriale, disciplinata appunto dagli artt. 2188 ss. cod. civ., e l'attività libero professionale intellettuale, regolata invece dagli artt. 2229 ss. cod. civ. Tale contrapposizione non viene meno neppure quando l'attività professionale intellettuale viene esercitata con l'aiuto di ausiliari o in forma collaborativa associata (cfr. art. 2232 cod. civ.; Cass. civ., sez. 2^a, 26 gennaio 1996, n. 590; sez. 1^a, 1 ottobre 1999, n. 10872).

Nella specie si tratta della attività di geometra, che ha appunto natura libero professionale e non imprenditoriale, in quanto rientra tra le professioni che l'art. 2229 c.c., comma 1, tipizza come intellettuali ad ogni effetto, è disciplinata come tale da una apposita legge (R.D. n. 271 del 1929) ed è richiesta l'iscrizione in un apposito albo per poterla esercitare lecitamente.

6.6. La giurisprudenza di questa Corte, d'altra parte, ritiene che « Anche il professionista intellettuale assume la qualità di imprenditore commerciale quando esercita la professione nell'ambito di un'attività organizzata in forma d'impresa, in quanto svolga una distinta e assorbente attività che si contraddistingue da quella professionale per il diverso ruolo che riveste il sostrato organizzativo — il quale cessa di essere meramente strumentale — e per il differente apporto del professionista, non più circoscritto alle prestazioni d'opera intellettuale, ma involgente una prevalente azione di organizzazione, ossia di coordinamento e di controllo dei fattori produttivi, che si affianca all'attività tecnica ai fini della produzione del servizio. Tale esercizio in forma di impresa è configurabile nel caso del laboratorio di analisi cliniche, che si connota solitamente come struttura organizzativa di dimensioni più o meno rilevanti, dove il professionista titolare si avvale stabilmente di una pluralità di collaboratori e di dotazioni tecniche di guisa che l'attività professionale rappresenta una componente non predominante, per quanto indispensabile, del processo operativo » (Cass. civ., sez. 5^a, 22 luglio 2004, n. 13677) e che « Per accertare la natura professionale di una prestazione che utilizzi sistemi di elaborazione elettronica — come tale riservata non alle società di servizi, bensì a professionisti iscritti negli appositi albi professionali — il giudice deve valutare la prevalenza dell'attività intellettuale su quella materiale, tenendo conto che possono esservi servizi in cui la prima ha una funzione ridotta rispetto all'elaborazione elettronica (come nel caso in cui l'elaborazione consista nel conseguire il risultato di un calcolo così complesso che sarebbe impensabile affidarlo alla sola mente umana) e servizi in cui, invece, l'attività intellettuale prevale, intervenendo con le proprie cognizioni specialistiche e trovando nell'elaboratore solo uno strumento che si limita a rendere più veloce, rispetto alla mano dell'uomo, la scritturazione dei calcoli » (Id., sez. 2^a, 10 gennaio 1996, n. 163).

Del resto, anche la già citata sentenza di questa Sezione 28 giugno 2001, n. 33896, Furti, aveva affermato (punto 2) che « Per "scopo commerciale", va intesa — dunque — ogni attività riconducibile alla nozione di "impresa commerciale", quale elaborata dalla dottrina alla stregua della definizione posta dall'art. 2195 c.c. », vale a dire « nell'ambito di una attività imprenditoriale caratterizzata da uno scopo commerciale ».

6.7. In conclusione deve ritenersi che il reato previsto dalla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-bis, comma 1, primo periodo, seconda ipotesi, (il-

lecita detenzione, a scopo commerciale o imprenditoriale, di programmi per elaboratore privi di contrassegno Siae) laddove richiede che detenzione avvenga « a scopo commerciale o imprenditoriale » non si riferisce anche alla detenzione ed utilizzazione nell'ambito di una attività libero professionale, alla quale pertanto non si applica la norma in esame.

6.8. È appena il caso di rilevare che questa conclusione non si pone in contrasto con la sentenza di questa Sezione 8.5.2008, n. 25104, Melesi, m. 240534, nonostante quanto potrebbe sembrare dalla lettura della sola massima. Dalla motivazione infatti risulta: *a*) che nella specie si trattava di una sentenza di patteggiamento; *b*) che la Corte si era quindi limitata a rilevare la non applicabilità dell'art. 129 c.p.p.; *c*) che l'unica valutazione è stata compiuta in relazione alla nozione del fine di trarre profitto; *d*) che invece non è stata nemmeno affrontata la questione della equiparabilità della detenzione ed utilizzo dei programmi in una attività libero professionale all'utilizzo a scopo imprenditoriale.

È vero che nella specie si trattava di utilizzazione e di detenzione in uno studio professionale, ma è anche vero che, come rilevato, atteso l'intervenuto patteggiamento, la sentenza in questione non ha assolutamente esaminato la questione della distinzione tra attività imprenditoriale ed attività professionale. La detta sentenza, dunque, non può costituire un precedente in contrasto con la decisione oggi adottata.

7.1. Poiché quindi la detenzione ed utilizzazione dei programmi in questione non è stata fatta nell'ambito di una attività imprenditoriale, ma dell'attività di un libero professionista, la sentenza impugnata dovrebbe, già per questa ragione, essere annullata perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Sennonché deve rilevarsi che sussiste un'altra ragione per un pieno proscioglimento nel merito.

La L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-*bis*, comma 1, come già rilevato, punisce, da un lato, la abusiva duplicazione, per trame profitto, di programmi per elaboratore (prima ipotesi di reato) e, dall'altro lato, l'importazione, distribuzione, vendita, detenzione a scopo commerciale e imprenditoriale, concessione in locazione non già di programmi abusivamente duplicati ma esclusivamente di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE. In questo caso il legislatore, per i programmi per elaboratore, ha volutamente utilizzato un criterio diverso da quello scelto per le opere musicali o audiovisive dal successivo art. 171-*ter*, comma 1, il quale punisce, da un lato, l'abusiva duplicazione e riproduzione (lett. *a*) e *b*)) e, dall'altro lato, sia la detenzione per la vendita di opere abusivamente duplicate o riprodotte (lett. *c*), sia la detenzione per la vendita di opere prive del contrassegno Siae (lett. *d*). Dunque, l'art. 171-*ter*, da una parte, ha ad oggetto, oltre alle opere su supporti privi del contrassegno Siae anche quelle abusivamente riprodotte, ma, dall'altra parte, punisce soltanto la detenzione per la vendita (o la trasmissione per radio o per televisione o l'ascolto in pubblico). L'art. 171-*bis*, da parte sua, punisce non solo la detenzione per la vendita o a scopo di commercializzazione, ma anche quella a scopo imprenditoriale, ma ha però ad oggetto soltanto i programmi su supporti privi di contrassegno Siae e non anche quelli abusivamente riprodotti.

7.2. Deve ritenersi che questa diversità di disciplina corrisponda ad una precisa finalità del legislatore, che ha voluto calibrare le diverse conseguenze giuridiche della pluralità dei comportamenti ipotizzabili in materia. E come si è in precedenza ricordato, nell'interpretare le diverse disposizioni della L. 22 aprile 1941, n. 633, questa Corte si è sempre ispirata alla necessità di osservare i principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali, ribadendo che in materia penale, nella quale vige il divieto di applicazione analogica, il giudice non può rimediare ad ipotetiche sviste legislative dilatando la fattispecie penale al di là del suo contenuto tassativo.

Di conseguenza, alla luce dei richiamati principi costituzionali, deve ritenersi che la seconda ipotesi di reato di cui all'art. 171-*bis*, comma 1, cit., abbia ad oggetto esclusivamente i programmi per elaboratore contenuti su supporti privi del contrassegno Siae e non anche i programmi abusivamente riprodotti. Del resto, non potrebbe sicuramente pervenirsi ad una eventuale applicazione della norma penale ai programmi abusivamente duplicati attraverso una interpretazione estensiva della disposizione, essendo evidente che il significato dell'espressione « programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società degli autori ed editori (SIAE) » non può essere dilatato fino a fargli comprendere anche i programmi abusivamente duplicati. Anche in questo caso, quindi, non si estenderebbe il significato di una norma preesistente, ma si creerebbe una nuova norma che prima non esisteva. Si opererebbe quindi una applicazione analogica della norma dettata per il caso dei supporti privi di contrassegno Siae al diverso caso dei programmi abusivamente duplicati. Qui probabilmente sussisterebbero i presupposti logici per l'analogia, dal momento che i due casi sono simili proprio per l'elemento che è stato la ragione sufficiente per la previsione normativa (identità di *ratio*). L'analogia tuttavia è vietata perché riguarderebbe una norma penale.

7.3. Il reato di illecita importazione, distribuzione, vendita, detenzione, concessione in locazione di programmi per elaboratore di cui alla seconda ipotesi dell'art. 171-*bis*, dunque, ha ad oggetto unicamente i programmi contenuti su supporti privi del contrassegno Siae, ossia, in sostanza, punisce la violazione dell'obbligo di apporre tale contrassegno sui supporti nel caso di detenzione degli stessi a fine commerciale o imprenditoriale (o di importazione, distribuzione, vendita, concessione in locazione).

Deve allora ricordarsi che la Corte di Giustizia europea — con sentenza resa ai sensi dell'art. 234 del Trattato CEE, emessa l'8 novembre 2007 nel procedimento C-20/05, Schwibbert, sulla questione relativa alla compatibilità della normativa italiana che prevede l'apposizione del contrassegno Siae con la direttiva europea 83/189/CEE del 28 marzo 1983, la quale aveva istituito una procedura di informazione obbligatoria nel settore delle norme e delle regole tecniche — ha statuito che l'obbligo di apporre sui dischi compatti contenenti opere d'arte figurativa il contrassegno Siae in vista della loro commercializzazione nello Stato membro interessato, rientra nel novero delle « regole tecniche », ai sensi della suddetta normativa, che devono essere notificate dallo Stato alla Commissione della Comunità europea, la quale deve poter disporre di informazioni complete al fine di verificare la compatibilità dell'obbligo con il principio di libera circolazione delle merci, con la conseguenza che qualora tali regole tecniche non

siano state notificate alla Commissione non possono essere fatte valere nei confronti dei privati e devono essere disapplicate dal giudice nazionale.

La giurisprudenza di questa Corte ha poi costantemente affermato che la sentenza Schwibbert stabilisce un principio generale, secondo il quale la violazione dell'obbligo di comunicare alla Commissione ogni istituzione di contrassegno Siae successiva alla direttiva 83/189/CEE per supporti di qualsiasi genere (cartaceo, magnetico, plastico, ecc.) e di ogni contenuto (musicale, letterario, figurativo, ecc.), rende inapplicabile l'obbligo del contrassegno stesso nei confronti dei privati (sez. 3^a, 12 febbraio 2008, n. 13816, Valentino; sez. 7^a, 6 marzo 2008, Boujlaib). Nell'ordinamento italiano l'obbligo di apposizione del contrassegno Siae per i supporti non cartacei è posteriore alla istituzione, con la direttiva 83/189/CEE, della procedura di comunicazione. Lo Stato italiano aveva comunque un obbligo di nuova notifica, ai sensi dell'art. 8 della direttiva 98/34/CEE, a seguito della modifica apportata al progetto di regola tecnica ed alla inclusione di nuovi supporti nell'ambito dell'obbligo originario di apposizione del contrassegno. Conseguentemente, in quanto disciplinato da norme comunque successive al 31 marzo 1983, l'obbligo del contrassegno Siae doveva essere previamente notificato alla Commissione europea, il che invece all'epoca dei fatti contestati notoriamente non era avvenuto.

L'obbligo di apposizione del contrassegno Siae, pertanto, non poteva essere fatto valere nei confronti dei privati e deve pertanto essere disapplicato dal giudice nazionale. Non essendo pertanto in vigore un obbligo di apporre sui supporti il contrassegno Siae, la detenzione, commercializzazione, noleggio, ecc. di supporti privi di detto contrassegno non poteva considerarsi prevista dalla legge come reato.

7.4. Questi principi, ovviamente, devono trovare applicazione anche con riferimento alla seconda ipotesi di reato di cui alla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-*bis*, comma 1, atteso che anche in questa ipotesi è punita solo la mancanza del contrassegno Siae, la quale invece non poteva considerarsi prevista dalla legge come reato dal momento che non era validamente ed efficacemente in vigore un obbligo di apporre sui supporti anche dei programmi per elaboratore il detto contrassegno.

Non potrebbe in senso contrario dedursi la circostanza che la importazione, distribuzione, vendita, detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale, concessione in locazione di programmi per elaboratore abusivamente duplicati restano così prive di sanzione (a meno che l'autore abbia concorso nella abusiva duplicazione). Si tratta di un inconveniente di mero fatto al quale il giudice non potrebbe porre rimedio creando, in via di integrazione analogica, una nuova norma sanzionatoria penale. D'altra parte, dal momento in cui l'Italia notificherà alla Commissione CEE le regole tecniche sul contrassegno Siae e questa le approverà, prenderanno vigore, per i fatti successivi, anche le norme che prevedono l'obbligo di apposizione dei supporti del contrassegno Siae e le norme che sanzionano il mancato adempimento di questo obbligo.

Pertanto, in conformità all'indirizzo maggioritario seguito da questa Sezione relativamente alla formula da adottare, dalla imputazione del reato di cui alla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-*bis*, comma 1, primo periodo, seconda ipotesi, (detenzione a scopo imprenditoriale di programmi per elaboratore contenuti in supporti privi del contrassegno Siae) l'imputato doveva essere assolto perché il fatto non sussiste.

8. In conclusione, nel caso in esame, l'imputato doveva essere assolto da tutte le contestazioni ascrittegli ed ipotizzate dai giudici del merito. Dal reato di cui all'art. 171-bis, comma 1, primo periodo, prima ipotesi (abusiva duplicazione, per trame profitto, di programmi per elaboratore) l'imputato doveva essere assolto perché il giudice di primo grado aveva, con statuizione passata in giudicato, accertato che l'imputato non ha commesso la contestata abusiva duplicazione, neppure sotto la forma di un concorso morale con gli ignoti duplicatori. L'ipotesi di un concorso con ignoti nella duplicazione, peraltro, non è mai stata contestata all'imputato ed è sfornita di qualsiasi elemento di prova o anche solo indiziario.

Quanto al reato di cui all'art. 171-bis, comma 1, primo periodo, seconda ipotesi (detenzione a scopo imprenditoriale di programmi per elaboratore contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE), ritenuto dal giudice di primo grado e non negato dalla corte d'appello (che in realtà lo ha ritenuto irrilevante), lo stesso non è configurabile sia perché nella specie manca lo scopo imprenditoriale sia perché non era efficace ed applicabile ai privati un obbligo di apposizione del contrassegno Siae, la cui mancanza quindi non era prevista come reato.

Il Collegio ritiene che debba essere confermata la formula di assoluzione usata dall'orientamento maggioritario per l'ipotesi di reati consistenti nella mancata apposizione del contrassegno Siae. La sentenza impugnata va pertanto annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste.

P.Q.M. — La Corte suprema di cassazione annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non sussiste.

I PROFESSIONISTI E LA LEGITTIMA DETENZIONE DI SOFTWARE ABUSIVO

Il caso in commento, per la contraddittorietà delle decisioni emesse nel corso del processo e la articolata sentenza della Suprema Corte, ben si presta a disvelare quanto la materia del diritto di autore sul software sia complessa, per la struttura

delle norme, e come sussista una certa impermeabilità al diritto penale.

L'ondivago svolgimento del processo ha consentito alla Corte di Cassazione di emanare una sentenza che fa luce su tutti gli aspetti e le problematiche connesse all'uso da parte di professionisti di software abusivamente duplicato. Da un caso di rilevanza apparentemente marginale (nello studio di un geometra era installato software illecito) la Suprema Corte ha tratto una sentenza ampia e ben argomentata che, anche superando il devoluto, affronta la complessiva tematica ed esclude, all'epoca¹, l'illiceità penale della condotta sotto molteplici aspetti.

¹ Si tratta di un argomento che riguarda la detenzione di software privo del contrassegno SIAE. All'epoca di commissione del fatto lo Stato italiano non

aveva ancora adempiuto alle formalità richieste dalla Direttiva CEE ed anche se, in seguito, lo ha fatto, la Cassazione non se ne interessa per il principio di irretroatti-

Originariamente, infatti, era stato contestato al geometra il reato di abusiva duplicazione dei programmi, ma il Tribunale aveva escluso tale reato e lo aveva condannato per detenzione di software abusivamente duplicato. La Corte d'Appello, invece, aveva, riqualficato tale fatto e parimenti condannato l'imputato per duplicazione abusiva di software.

Posta di fronte alle contrastanti visioni delle sentenze di merito, la Corte ha nuovamente analizzato tutta la materia, ampliando l'apparato argomentativo anche alla questione (estranea al processo) della punibilità della detenzione di software privo del contrassegno SIAE, sanzionata dall'art. 171-bis, secondo periodo.

In tal modo, l'arresto si caratterizza per l'estensione dell'apparato motivato e convince per le soluzioni proposte. La Cassazione ha, dunque, tratto spunto dal caso concreto per fare chiarezza su varie tematiche, ancora non stabilizzate del diritto d'autore sul software.

Vale esaminare i diversi punti della decisione ciascuno dei quali è specificamente argomentato.

2. In primo luogo, la Cassazione esamina la configurabilità del concorso nella duplicazione da parte del professionista che detenga il relativo software abusivo. Già esclusa l'ipotesi dal Tribunale, il S.C. aggiunge argomentazioni convincenti, per confermare la decisione liberatoria.

La lettera della norma è lo strumento decisivo: la condotta incriminata s'impertina, infatti, sulla sola attività di duplicazione abusiva del software. Orbene, secondo la Cassazione non è ammissibile un assioma per il quale il solo possesso del software illecito costituisca elemento deduttivo del concorso nella duplicazione: «la condotta concorsuale, per essere casualmente rilevante, implica e presuppone la sua contemporaneità, se non anteriorità, a quella della duplicazione. Non può quindi tale condotta ritenersi "necessariamente" provata in via presuntiva solo dalla successiva detenzione di programmi abusivi»².

La sentenza, dunque, correttamente applica i principi invalsi in tema di concorso di persone nel reato, secondo i quali l'attività di partecipazione deve precedere od essere contemporanea al fatto reato e contribuire alla sua realizzazione.

Va rilevato che la giurisprudenza precedente aveva tentato di introdurre meccanismi di semplificazione probatoria per dedurre, dalla mancata apposizione del contrassegno della SIAE, il reato di abusiva duplicazione. Sennonché l'orientamento maggioritario aveva respinto questo sillogismo, con diversi argomenti ed attribuendo diversa rilevanza alla premessa maggiore. Secondo un primo indirizzo minoritario: la mancanza del contrassegno SIAE «assume particolare valenza indiziaria in ordine all'illecita provenienza del supporto e, valutata unitamente alle altre circostanze del caso concreto, può giustificare l'affermazione di responsabilità»³. L'asserto appare contrastante con le regole in tema di prova in quanto ricorre ad una presunzione semplice per sostenere la responsabilità. Per un diverso orientamento, «in tema di diritto d'autore,

vità delle norme penali sanzionate. Per una analisi delle residue problematiche cfr paragrafo 4.

² Sentenza annotata, p. 4.

³ Cass., Sez. III, 12 febbraio 2008, n. 13836, El Assi.

relativamente a reati aventi ad oggetto supporti illecitamente duplicati o riprodotti, la mancanza del contrassegno SIAE continua a mantenere una valenza indiziaria dell'illecita riproduzione o duplicazione»⁴; tale assunto è precisato e ridotto nella sua portata assertiva da altra giurisprudenza che afferma: «la mancanza del contrassegno (SIAE) può semmai essere valutata come mero indizio della illecita duplicazione o riproduzione, ma non assurge ad elemento costitutivo della condotta. In quanto indizio dovrà essere confortato da altri elementi gravi e concordanti per assumere valenza probatoria. Da sola, invece, questa mancanza di contrassegno, non può valere come mezzo di prova della illecita duplicazione o riproduzione»⁵.

La tesi della sentenza in commento, che abbandona le presunzioni relative al contrassegno SIAE, e si attiene alla linea dogmatica in materia di concorso di persone nel reato ed alla relativa certezza di prova appare rispondente ai principi regolatori dell'ordinamento penale.

3. Per quel che concerne il reato di detenzione di software abusivamente duplicato (ritenuto sussistente dalla Corte d'Appello) la Cassazione si concentra sul dolo specifico previsto dall'art. 171-bis, primo periodo, che incrimina la condotta soltanto quanto sia diretta «a scopo commerciale od imprenditoriale». La decisione diverge ed annulla quella della Corte territoriale ed esamina approfonditamente le norme di disciplina del codice civile sulle diverse attività coinvolte: commerciale, imprenditoriale e professionale.

Rilevanti le motivazioni: lo scopo commerciale, secondo la Corte, coincide con l'attività diretta alla commercializzazione, esclusa nel caso in esame. La sentenza ha, inoltre, dato risalto alla riforma della disposizione incriminatrice, che accanto a tale locuzione, ha aggiunto significativamente l'altra: «a scopo imprenditoriale». Tale intervento deve, per la sentenza coadiuvare l'interprete. L'inserzione operata segnala, secondo la Corte, la volontà del legislatore di ritenere penalmente rilevante — per la sua gravità — l'uso di programmi illeciti all'interno di un'impresa. Dal binomio, la Corte, infatti, ricava la soluzione che la norma comprende tanto l'attività di rivendita a terzi, quanto l'utilizzo di programmi abusivi per attività d'impresa.

Ciò posto, va considerato che la sentenza di primo grado aveva ritenuto la piena equiparazione tra l'attività imprenditoriale e quella professionale.

Obietta, invece, la Cassazione che tale argomentazione sia fallace, perché fondata su un unico, ma insignificante, discrimine: che entrambe le attività non sarebbero da considerarsi private. In più, secondo la Cassazione si tratta di un'applicazione analogica, perché, anche a dilatare fino alla massima espansione il significato lessicale del termine imprenditoriale, questo non potrebbe mai comprendere l'attività professionale. La

⁴ Cass., Sez. III, 19 novembre 2008, K, in *Riv. trim. econ.*, 2009, 436.

⁵ Cass., Sez. III pen. 12 febbraio 2008, (dep. 2 aprile 2008), n. 13816, Valentino, *AIDA*, 2008; Cass., Sez. VII, 6 marzo 2008, n. 21579 che recisamente raf-

ferma: l'ipotesi di duplicazione abusiva non è incisa dalla inapplicabilità dell'obbligo della mancanza del contrassegno SIAE nel senso che questa non può neppure essere considerata un semplice indizio dell'altro delitto.

Corte giunge ad escludere, oltre che il noto e generale ricorso all'analogia in materia penale, anche i concreti presupposti per applicarla, rilevando che difetta l'identità di *ratio*.

La Cassazione non si limita, tuttavia, a tale osservazione di principio; ma impernia la soluzione sulla collocazione topografica e la disciplina delle diverse attività nel codice civile, per concluderne l'impossibilità di assimilazione generalizzata. Esamina, per quella imprenditoriale gli articoli 2084 e seguenti del codice civile dai quali ricava che può intendersi imprenditoriale anche l'attività di produzione di meri servizi purché esercitata *industrialmente* (art. 2195 c.c.). Tale osservazione esclude, tuttavia, che l'attività libero professionale meramente intellettuale possa essere equiparata a quella imprenditoriale. Infine, rammenta come l'attività professionale sia regolata in altre parti del codice civile: l'art. 2222 e seguenti per il lavoro autonomo e l'art. 2229 per le professioni intellettuali, come quella in esame.

Nega, poi, che la soluzione proposta contrasti con un precedente di legittimità (Cass., Sez. II, 8 maggio 2008, M. n. 240534), in quanto nel caso si era trattato di un ricorso avverso una sentenza di applicazione della pena concordata e che la Corte si era limitata ad escludere l'evidenza della prova d'innocenza senza affrontare la questione dell'assimilabilità generalizzata dello scopo imprenditoriale e professionale.

Neppure l'evoluzione delle forme organizzative del lavoro professionale è trascurata dalla Cassazione, che ammette come anche l'attività libero professionale possa esercitarsi in forma d'impresa, secondo quanto deciso in alcune sentenze⁶. Per distinguere i casi, propone, secondo la giurisprudenza maggioritaria, un criterio classificatorio consistente nella prevalenza o meno dell'opera intellettuale su quella organizzativa, materiale. In tal senso, considera imprenditoriale l'attività quando il lavoro intellettuale del professionista sia recessivo e marginale rispetto all'organizzazione, coordinamento e gestione dei fattori produttivi.

Tale risultato si conforma alla disciplina della materia. Il perno risolutivo appare l'art. 2238, co. 1 c.c., secondo il quale le disposizioni sull'attività imprenditoriale si applicano alle libere professioni soltanto in quanto «l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa».

Galgano⁷ è portatore di una tesi assolutista (che esclude qualsiasi commistione tra la libera professione e l'attività d'impresa) fondata sulla differenza ontologica tra le due attività; a suo parere, neppure l'organizzazione sarebbe requisito idoneo ad assimilare le due categorie, a causa della prevalente differenza secondo la quale i professionisti non assumono il rischio d'impresa, mentre la professione si distingue da quella dell'imprenditore, in quanto consiste in un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

⁶ Cass., Sez. V civ., 22 luglio 2004, n. 13677; Cass., Sez. I, 18 aprile 1982, n. 2645, le quali affermano che il libero professionista sia imprenditore commerciale soltanto se eserciti la propria attività in forma organizzata d'impresa, nella qua-

le il connotato organizzativo prevale rispetto all'apporto dell'opera intellettuale (tipico il caso del medico che gestisca una clinica).

⁷ GALGANO, *L'imprenditore*, in *Diritto Commerciale*, Torino, 1986.

4. Infine, senza che il punto fosse devoluto, la Corte affronta correttamente un altro aspetto del caso, trascurato nei giudizi di primo e secondo grado: la configurabilità del reato di detenzione di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE.

La sentenza è oltremodo interessante perché si occupa dell'inserzione della disposizione statale nel piano normativo comunitario, costituito principalmente dalla Direttiva CE 28 marzo 1983, n. 83/189/CEE, a presidio della libera circolazione delle merci.

La Direttiva stabilisce una procedura definita per l'adozione da parte degli Stati membri di « regole tecniche » e stabilisce l'obbligo (art. 8, n. 1) di comunicare immediatamente alla Commissione ogni progetto di regola tecnica con i motivi che rendono necessario adottarla, unitamente alla comunicazione contemporanea delle norme fondamentali dello Stato, essenzialmente e direttamente in questione, qualora siano necessarie per valutare la portata del progetto medesimo; la Commissione comunica, poi, agli altri Stati membri il progetto al fine dell'inoltro di eventuali osservazioni. Infine, compiuto l'iter, viene inviato alla Commissione il testo definitivo della regola tecnica.

Secondo l'art. 1, n. 9 della citata Direttiva per « regola tecnica » si intende « una specificazione tecnica od altro requisito, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, *de jure condendo* o *de facto*, per l'utilizzazione la commercializzazione in uno Stato membro o in una parte importante di esso, nonché, fatte salve quelle di cui all'art. 10, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri intese a vietare la fabbricazione, la commercializzazione o l'utilizzazione di un prodotto ».

● Orbene, pur intervenuto dopo l'emanazione della Direttiva, lo Stato italiano non aveva provveduto a comunicare l'obbligo di apposizione del contrassegno SIAE; di qui sono sorti rilevanti problemi sull'applicabilità della norma penale.

Il punto di riferimento ineludibile, su cui si fonda la pronuncia della Cassazione, è rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia CE 8 novembre 2002 nella causa c.d. Schwibbert che (con riguardo alla compatibilità della norma italiana che impone l'apposizione del contrassegno SIAE con la citata direttiva europea) aveva stabilito che l'obbligo del contrassegno SIAE su supporti contenenti opere dell'arte figurativa rientra nella nozione di « regole tecniche ». Ciò comporta che lo Stato che le impone ha l'onere di notificare alla Commissione della Comunità europea la propria normativa, per la verifica di compatibilità con il principio di libera circolazione delle merci.

La giurisprudenza costante del S.C. ha interpretato la sentenza Schwibbert nel senso che la mancata comunicazione dell'istituzione di contrassegni SIAE, imposti — come quello in esame — dopo l'emanazione della Direttiva, esclude la configurabilità del reato, perché la regola tecnica è inesigibile⁸.

Nel caso in esame, la Corte condivide pienamente il risultato raggiunto dall'elaborazione giurisprudenziale ed esclude la configurabilità del de-

⁸ Cass., Sez. VII pen, 6 marzo 2008, n. 21579, in *Dir. inf.*, 2008, 591; Cass., Sez. III pen., 12 febbraio 2008, n. 13826;

Cass., Sez. III pen, 24 giugno 2008, n. 27764, in *Dir. inf.*, 2008, 596; *ex pluribus*.

litto coincidente con la mancata apposizione del contrassegno SIAE, al momento del fatto.

Stante l'irrelevanza per decidere il procedimento, la sentenza in esame non ha affrontato il più recente tema. In effetti, nel successivo mese di aprile, l'Italia ha comunicato, pur con sensibile ritardo, alla Commissione, il DCPM 31/09 contenente il « Regolamento di disciplina del contrassegno da apporre sui supporti, ai sensi dell'art. 181-*bis* della legge 22 aprile 1941 n. 633 ».

La procedura adottata ha, tuttavia, suscitato perplessità⁹: si è, infatti, razionalmente osservato che sarebbe stato più opportuno e consono alla normativa europea comunicare prima la norma: l'art. 181-*bis* della legge sul diritto di autore e procedere in seguito — se la Commissione non avesse espresso obiezioni — all'emanazione del regolamento di attuazione dell'obbligo.

Occorrerà, dunque, attendere l'evoluzione giurisprudenziale per verificare se riterrà valida la norma penale. Nel contempo prudenza imporrebbe di detenere e commercializzare supporti dotati del contrassegno SIAE, come l'Istituzione si è premurata di avvisare, secondo le istruzioni che sono state diffuse anche per supporti già prodotti.

GIOVANNA CORRIAS LUCENTE

⁹ *trevisancuonzo.com/newsletter, Il ritorno del contrassegno. L'inchiesta*, p. 3.