

# La tutela penale del diritto d'autore

Giovanni Ziccardi

(Draft v. 1.0, 2002)

## 1. La pirateria del *software*.

Un recente rapporto della *Business Software Alliance*, associazione di case produttrici di *software* che persegue la pirateria, datato 21 maggio 2001<sup>1</sup>, ha fatto il punto, seppur di parte, sulla pirateria *software* mondiale nel 2000.

Lo studio è stato condotto dalla *International Planning and Research Corporation* e si presenta come il sesto studio annuale sulla pirateria *software* nel mondo.

Tale documento si prefigge di analizzare i dati disponibili ricorrendo a una metodologia sistematica al fine di determinare l'estensione del fenomeno della pirateria *software* nelle aziende di tutto il mondo e le relative perdite in dollari.

Nello studio si legge che il tasso mondiale di pirateria avrebbe registrato un leggero aumento nel 2000, raggiungendo il 37%. Rispetto al 1999 le perdite in dollari causate dalla pirateria sarebbero diminuite del 3,5%, per un totale di 11,75 miliardi di dollari. Il rallentamento della crescita e la pur contenuta diminuzione dei prezzi avrebbero causato una debole flessione delle perdite in dollari legate alla pirateria, sebbene il loro ammontare, 11,75 miliardi di dollari, indichi che la pirateria è un problema tutt'altro che irrisorio.

Negli studi precedenti, IPR ha addotto diversi motivi correlati al calo della pirateria *software*, tra i quali:

- 1) il propagarsi della tecnologia dei personal computer e della domanda di *software* dagli Stati Uniti d'America verso gli altri Paesi durante gli anni novanta che avrebbe, in talune occasioni, creato un vuoto tra la domanda di *software* e un'efficace distribuzione di *software* legale, con conseguente ricorso alla pirateria quale rimedio per poter fare uso dei Personal Computer. L'industria del *software* avrebbe però lavorato accanitamente per raggiungere un'adeguata presenza commerciale in tutti i paesi, rendendo più agevole l'accesso alla vendita e al supporto di programmi di *software* dotati di licenza;
- 2) le aziende produttrici di *software* avrebbero incrementato il supporto agli utenti dei loro prodotti al di fuori degli Stati Uniti d'America, stimolando così l'acquisto di programmi di *software* legali;
- 3) negli ultimi dieci anni i prezzi di mercato del *software* sarebbero diminuiti, rendendo i vantaggi dell'acquisto di *software* legale più accattivanti rispetto ai rischi della pirateria *software*;
- 4) BSA e altre organizzazioni avrebbero promosso campagne a favore dell'acquisto di programmi *software* legali e sensibilizzato l'opinione pubblica sull'importanza dei diritti di

---

<sup>1</sup> Tratto da <http://www.internetlex.kataweb.it>

proprietà intellettuale, muovendo anche azioni legali contro importanti aziende che facevano uso di *software* illegale;

5) in un mercato che diventa sempre più globale, il rischio per un'azienda di farsi cogliere in flagrante mentre fa uso di *software* illegale andrebbe oltre le implicazioni legali, ledendone anche il *modus operandi* e la credibilità;

6) ci sarebbe stata una maggiore collaborazione da parte dei governi per la tutela legale dei diritti e la criminalizzazione della pirateria *software*.

Lo studio evidenzia poi un maggiore radicamento della pirateria nelle regioni più tecnologicamente avanzate, quali il Nordamerica e l'Europa occidentale: i Paesi appartenenti a tali regioni avrebbero registrato sia leggeri decrementi, sia aumenti del tasso di pirateria. Sebbene le suddette regioni possano vantare i tassi di pirateria più bassi al mondo, sono anche quelle che hanno fatto meno progressi nel combatterla: ciò dà motivo di credere che in tali Paesi la pirateria sia un problema più radicato e in quanto tale più difficilmente superabile.

Un altro fattore che ha posto un freno al calo dei tassi di pirateria nel 2000 è che le regioni dalla crescita più rapida sono anche quelle che registrano i più elevati tassi di pirateria. Nel 2000 il tasso mondiale di pirateria non è diminuito; il suo incremento nella regione dell'Asia-Pacifico, che detiene il primato del più alto tasso di pirateria, ha vanificato le flessioni riscontrate altrove.

Per il futuro si prevede un ulteriore aumento nelle regioni caratterizzate da un più rapido sviluppo, con una conseguente acutizzazione del problema.

Nel corso del 2000 non si sono verificati mutamenti sostanziali del fenomeno della pirateria. L'Europa orientale, con una media del 63%, è la regione con il tasso più elevato mai registrato dal 1994 a oggi. L'America Latina nel 2000 è salita in seconda posizione con il 58%, superando il Medio Oriente (57%). Gli scorsi anni il tasso di pirateria in Medio Oriente era superiore a quello dell'America Latina.

Contemporaneamente, in Italia, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si appresterebbe ad attuare l'articolo 11 della legge 248/2000 'Nuove norme di tutela del diritto d'autore', che le conferisce compiti ispettivi per la repressione delle violazioni del *copyright*.

In particolare è iniziata l'attività dell'Unità antipirateria audiovisiva e informatica istituita dall'Autorità in attuazione della legge 248/2000. Le associazioni che partecipano a questa iniziativa sono la Federazione antipirateria audiovisiva (FAPAV), la *Business Software Alliance* (BSA), la Federazione contro la pirateria musicale (FPM) e la Federazione Industrie Musicali Italiane (FIMI), che stanno programmando iniziative di coordinamento e di aggiornamento sulla tutela del diritto di autore.

Si è, ad esempio, istituito un apposito comitato di consultazione aperto alle categorie interessate ed è stato deciso di procedere a iniziative specifiche di formazione professionale destinate alle forze dell'ordine e della magistratura.

L'Autorità, che con la creazione dell'Unità antipirateria intende svolgere un forte ruolo di presenza istituzionale in sede nazionale e internazionale, definirà a breve le opportune iniziative di coordinamento con la Società Italiana Autori ed Editori (SIAE), in base a quanto previsto dalla legge.

## **2. Diritto d'autore e diritto penale.**

Il primo progetto per una nuova riforma del diritto d'autore venne presentato in data 17 ottobre 1996 dal Presidente del Consiglio dei Ministri Romano Prodi e dal Ministro per i beni culturali ed ambientali Walter Veltroni.

Il disegno di Legge, dopo essere stato modificato in parte dalle commissioni a cui era stato assegnato, venne approvato dalla Camera dei Deputati in data 21 giugno 2000 e dal Senato della Repubblica in data 26 luglio 2000.

Tra i più recenti interventi normativi in materia di diritto d'autore, si ricorda la direttiva 91/250/CEE sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore; il decreto legislativo 29 dicembre 1992 n. 518, di attuazione della direttiva 91/250/CEE; il decreto legislativo 16 novembre 1994 n. 685 di attuazione della direttiva 92/100/CEE concernente il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale; il decreto legislativo 15 marzo 1996 n. 204, portante modificazioni ed integrazioni al decreto legislativo 685/1994 in materia di diritto di noleggio ed altri diritti connessi al diritto d'autore; il decreto legislativo 15 marzo 1996 n. 205, portante modificazioni al decreto legislativo 518/1992 in materia di tutela giuridica dei programmi per elaboratore; il decreto legislativo 23 ottobre 1996 n. 581, di attuazione della direttiva 93/83/CEE in materia di diritto d'autore e di diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite ed alla ritrasmissione via cavo; la direttiva sull'armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

La Commissione Giustizia del Senato ha approvato, in data 26 luglio 2000, la nuova riforma del diritto d'autore.

La normativa in esame si inserisce in un contesto giuridico, nazionale e non, piuttosto ampio che volge a fornire un'adeguata tutela normativa alle forme di abuso che gli autori vengono a subire ai loro diritti a causa dell'avvento di tecnologie sempre più moderne e ad un ricorso sconsigliato alla copiatura.

Il legislatore, con la legge 18 agosto 2000, n. 248, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 4 settembre 2000, n. 206, ha compiuto quindi il cammino verso quella sentita esigenza di una più forte repressione dei fenomeni di abuso del diritto d'autore.

## **3. La legge n. 248 del 2000.**

Le principali novità della legge n. 248 del 2000 sono numerose, e molto interessanti.

Nell'ottica di fornire un più efficace intervento repressivo contro i fenomeni di pirateria, la nuova legge 248/00 da un lato rivisita le ipotesi di reato e, generalmente, aumenta i minimi e massimi edittali previsti per i singoli reati, dall'altro ricerca un effetto deterrente contro le fattispecie illecite revisionando ed ampliando le sanzioni amministrative ed interdittive, considerati quali strumenti sicuramente più duttili ed immediati delle sanzioni penali.

Rispetto alla vecchia disciplina dell'art. 68, che per l'effettuazione di fotocopie non poneva dei limiti qualitativi bensì funzionali legati all'uso personale o ai servizi di biblioteca e non prevedeva il pagamento di alcun compenso, la nuova disciplina risulta essere in gran parte innovativa, in particolare:

- a) rimane la previsione precedente del comma 1 che sanciva il diritto per i lettori di effettuare la riproduzione di singole opere o brani di opere fatta a mano per uso personale purché i mezzi utilizzati per la riproduzione non siano idonei a spaccio o diffusione dell'opera in pubblico;
- b) rimane la possibilità per le biblioteche di fotocopiare opere esistenti per i servizi della biblioteca e viene concessa la possibilità ai privati di effettuare copie per uso personale nelle biblioteche ma nei limiti di cui ai commi 4 e 5;
- c) non viene modificato il divieto di spaccio in pubblico delle copie effettuate ai sensi dell'art. 68, comma 2, e, più generalmente, il divieto di contrastare il diritto all'utilizzazione economica dell'opera spettante all'autore;
- d) prescindendo dal luogo in cui vengono effettuate le copie (e quindi se all'interno o all'esterno di una biblioteca), viene limitata quantitativamente la possibilità di riproduzione mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo al 15% di ciascun volume, fascicolo o periodico;
- e) le biblioteche pubbliche godono di un regime parzialmente differenziato per la possibilità di riprodurre, all'interno delle stesse, delle opere rare fuori catalogo in maniera integrale, salva la corresponsione di un compenso forfettario a favore degli aventi diritto. Oltre alla summenzionata limitazione quantitativa nel numero delle fotocopie, la normativa in esame prevede l'obbligo, a carico delle biblioteche o copisterie, di corrispondere un compenso forfettario, legato al numero delle pagine riprodotte.

L'importo dovuto, quantificato *ex lege* salvo diverso accordo, è riscuotibile dalla SIAE ai sensi dell'art. 181-ter ed è da ripartirsi tra gli autori ed editori delle opere copiate.

La *ratio* giustificatrice della nuova disposizione dell'articolo 68, comma 4, è ravvisabile nella necessità di preservare i diritti patrimoniali degli autori ed editori, attualmente lesi dallo sconsiderato ricorso alla fotocopiatura di parti rilevanti di testi, perpetrata, spesso, in copisterie specializzate.

Con l'articolo 1, che va a sostituirsi all'art. 16 della legge 633/41, il legislatore amplia il campo delle possibilità di utilizzazione economica dell'opera aggiungendo alle ipotesi di diffusione già previste, anche la comunicazione al pubblico codificata con condizioni di accesso particolari.

La formulazione più recente dell'art. 16 risponde all'esigenza di estendere la tutela del contenuto patrimoniale del diritto d'autore a quelle realtà tecnologiche in forte espansione quali le trasmissioni di videogrammi e fotogrammi in forma codificata.

Al fine di garantire il diritto esclusivo di diffondere l'opera nella maniera più ampia ed, allo stesso tempo, al passo con lo sviluppo delle nuove tecnologie, la recente formulazione dell'art. 16 ha mantenuto la vecchia elencazione, non tassativa e non esaustiva, che fa semplicemente riferimento all'impiego "di uno dei mezzi di diffusione a distanza".

Ai sensi dell'art. 19 viene istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri un organo di consulenza tecnica e documentale, denominato "Comitato per la tutela della proprietà intellettuale".

Detto comitato sembra non avere altra funzione che quella di organo di consulenza tecnica con facoltà di elaborare proposte per rendere più efficace l'attività di contrasto degli illeciti lesivi della proprietà intellettuale.

La 248/00, come sarà meglio osservato successivamente, conferisce alla SIAE un ruolo centrale in tema di attività di certificazione, di controllo e di attribuzione dei proventi riferibili ai diritti degli autori.

Ogni richiamo presente nella legge 633/1941, all' "Ente italiano per il diritto d'autore", viene ora sostituito<sup>2</sup> dall'espressione "Società italiana degli autori ed editori (SIAE)<sup>3</sup>".

Ai sensi del nuovo art. 181-ter<sup>4</sup>, la SIAE, come sopra accennato, ha ora il compito di riscuotere e ripartire i compensi dovuti ai sensi dell'art. 68, commi 4 e 5.

Detti compensi dovranno essere concordati tra la SIAE e le associazioni di categoria interessate, oppure, in mancanza di accordo entro un termine ad oggi non precisato, dovranno essere determinati in base a decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentite le parti interessate e sentito il costituendo Comitato per la proprietà intellettuale di cui all'art. 19 della legge 248/00.

Il nuovo art. 181-ter distingue tra riscossione e ripartizione dei compensi.

Mentre la riscossione viene affidata in via esclusiva alla SIAE, la ripartizione può avvenire, alternativamente, tramite la SIAE o tramite le principali associazioni delle categorie interessate.

Il nuovo potere di accertamento ed esazione affidato alla SIAE, potrebbe trovare un suo precedente nel ruolo già affidato alla medesima società dall'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 93 quale soggetto legittimato a chiedere ai rivenditori di nastri o di supporti di registrazione la riscossione dei compensi per la riproduzione privata per uso personale e senza scopo di lucro di fonogrammi e di videogrammi.

Dalla possibilità di agire per la riscossione dei compensi, attribuita *ex lege* alla SIAE, ne discende la sua capacità di agire e la legittimazione processuale.

Ai sensi degli artt. 10 e 11 della 248/00 la SIAE è chiamata a svolgere altresì le seguenti funzioni:

a) l'art. 10 introduce il nuovo art. 181-bis, che conferisce alla SIAE una funzione di certificazione e di controllo preventivo di avvenuto assolvimento degli obblighi in tema di diritto d'autore mediante apposizione di un contrassegno "su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento, che reca la fissazione di opere o parte di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro". Il contrassegno potrà essere apposto solo previa attestazione da parte del richiedente "dell'assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi". I tempi, le caratteristiche e la collocazione del contrassegno verranno definiti

---

<sup>2</sup> come da espressa previsione di cui all'art. 9 della 248/00;

<sup>3</sup> Si ricorda che la SIAE, in base all'art. 7 del Dlgs 29 ottobre 1999, n° 419, recante "Riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali", ha natura di ente pubblico a base associativa ed è sottoposta alla vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali. Sebbene non sia ancora stato definitivamente approvato lo statuto dell'ente, l'art. 7 del Dlgs n° 419/99 attribuisce all'ente, tra i compiti essenziali, sia funzioni inerenti agli aspetti patrimoniali del diritto d'autore, sia funzioni pubblicistiche di certificazione o di tutela degli stessi diritti d'autore;

<sup>4</sup> Introdotto dall'art. 2, comma 5, della Legge 248/200;

in base ad un regolamento di esecuzione da emanare con Decreto del Presidente del consiglio dei ministri. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento continuerà a trovare applicazione il sistema previgente;

b) l'art 11 introduce il nuovo art. 182-*bis* che attribuisce alla SIAE ed all'autorità per le garanzie nelle comunicazioni una serie di compiti di vigilanza, al fine di prevenire ed accertare le violazioni alla legge sul diritto d'autore.

Come sopra accennato, il legislatore, al fine di creare uno strumento repressivo contro i fenomeni di "pirateria" che potesse rimanere al passo con le continue innovazioni tecnologiche, ha da un lato rivisitato in maniera completa le ipotesi di reato già previste dalla vecchia legge sul diritto d'autore ed ha, dall'altro lato, predisposto una serie di sanzioni penali ed amministrative finalizzate ad una più rapida ed incisiva repressione.

Con gli artt. 13, 14 e 17 della legge 248/00, il legislatore rivisita le fattispecie astratte penalmente rilevanti ed attua un inasprimento delle sanzioni penali.

Con l'articolo 13 della legge in esame<sup>5</sup> viene a compiersi l'ultimo passo di quella riforma della tutela penale dei programmi per elaboratore iniziata con la direttiva 250/91/CEE ed attuata con il Dlgs 29 dicembre 1992 n° 518<sup>6</sup>. Detto articolo introduce una pluralità di ipotesi di reato, ciascuna caratterizzata da una pluralità di condotte penalmente rilevanti. Scendendo nello specifico, vengono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni:

a) la duplicazione abusiva di programmi per elaboratori, al fine di trarne profitto<sup>7</sup>;

b) l'importazione, la distribuzione, la vendita, la detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale, la concessione in locazione di programmi per elaboratore contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE<sup>8</sup>;

c) le predisposizioni o utilizzazioni di mezzi unicamente intesi a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore;

---

<sup>5</sup> Che sostituisce l'art. 171-*bis* della Legge 633/1941;

<sup>6</sup> Rileva peraltro notare che, a parere di chi scrive, grazie a quest'ultima modifica legislativa si è andati ben oltre alla necessità di tutela originariamente richiesta dalla direttiva 250/91/CEE per i programmi. Se infatti la direttiva, all'art. 7, richiedeva che gli Stati stabilissero, tramite le legislazioni nazionali, "*appropriate misure nei confronti della persona che compie uno degli atti elencati alle seguenti lettere a), b) e c)*" [n.d.r. messa in circolazione, detenzione o copia di una copia illecita di programma], già la normativa nazionale di recepimento era apparsa eccessivamente dura e rigorosa rispetto alla richiesta della direttiva, posto che prevedeva la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa da Lire cinquecentomila a Lire sei milioni per chi, a fine di lucro, duplicava un programma. La nuova normativa ha poi ulteriormente innalzato il minimo edittale a sei mesi ed ha decuplicato la multa minima fino a Lire cinque milioni e quintuplicato la massima fino a Lire trenta milioni;

<sup>7</sup> Si noti che, a differenza della precedente disposizione che rinveniva nel fine di lucro l'elemento caratterizzante dell'illecito penale, ora la nuova norma punisce la copia abusiva al fine di trarne profitto. Questa estensione della portata del dolo specifico al fine di individuare la condotta delittuosa sembra essere stata inserita al fine di evitare che la copia di software tra computer di proprietà del medesimo utente non potesse ritenersi penalmente rilevante, così come sostenuto da certa giurisprudenza (Tribunale Torino 13 luglio 2000; Pretore Cagliari 3 dicembre 1996, ove si era sostenuto che il risparmio di spesa conseguito dall'imputata mediante la duplicazione di programmi tra due computer del medesimo ufficio, rispondesse ad un profitto e non ad un lucro e come tale non fosse sanzionabile penalmente).

<sup>8</sup> Mentre nella precedente disposizione le attività illecite aventi ad oggetto supporti contrassegnati dalla SIAE era considerata quale circostanza aggravante, ora la condotta penalmente rilevante diventa il compiere una attività su supporti non previamente contrassegnati;

d) una serie di ipotesi delittuose, previste dal comma 2, che hanno ad oggetto banche-dati.

Per tutte le ipotesi sopra descritte è prevista, nel caso in cui si versi in una non meglio precisata ipotesi di “rilevante gravità”, la pena della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e quella della multa non inferiore a lire trenta milioni.

La nuova formulazione dell’art. 171-ter<sup>9</sup> prevede una pluralità di ipotesi delittuose volte a salvaguardare, in maniera più dettagliata della formulazione precedente, le opere destinate al cinema o alla televisione, i supporti di qualsiasi tipo contenenti fonogrammi, videogrammi di opere musicali, opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, nonché opere letterarie o simili.

La norma in esame prevede, se il fatto è commesso per uso non personale ed a fine di lucro<sup>10</sup>, la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni nel caso in cui si versi in una delle seguenti ipotesi:

- a) trasmissione o diffusione in pubblico, riproduzione o duplicazione delle opere descritte nei punti a) e b) del comma 1;
- b) introduzione nello Stato, senza avere concorso alla duplicazione o alla riproduzione, per la vendita o la distribuzione delle opere descritte nei punti a) e b) del comma 1;
- c) detenzione per la vendita o distribuzione, vendita, noleggio, cessione, proiezione in pubblico o trasmissione alla radio o alla televisione di supporti contenenti le opere già indicate, nelle ipotesi in cui è prescritta, ai sensi della legge in esame, l’apposizione del contrassegno SIAE e queste ne siano prive o lo stesso sia contraffatto o alterato;
- d) produzione, utilizzazione, importazione, commercio, o cessione a qualsiasi titolo di sistemi atti ad eludere e decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d’autore o dei diritti connessi;
- e) ritrasmissione o diffusione abusiva di servizi criptati;
- f) introduzione nello Stato, commercializzazione, detenzione per la vendita, vendita, concessione in noleggio o cessione a qualsiasi titolo di dispositivi di decodificazione.

Nel secondo comma dell’art. 171-ter, vengono previsti come aggravanti delle ipotesi sopra citate e vengono sanzionati con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da cinque a trenta milioni, oltre all’ipotesi in cui il reo sia organizzatore o promotore delle attività illecite di cui al comma 1<sup>11</sup>, i casi in cui le attività delittuose sopra descritte abbiano ad oggetto oltre cinquanta copie o esemplari tutelati ed i casi in cui dette attività delittuose siano esercitate in forma imprenditoriale.

La pena è comunque diminuita se il fatto è di particolare tenuità.

Con l’introduzione dell’art. 171-septies<sup>12</sup>, si estende l’applicazione delle pene previste dal primo comma dell’art. 171-ter all’ipotesi in cui sia stata omessa la comunicazione alla SIAE, nel termine di trenta giorni dalla data di immissione o importazione sul territorio nazionale, dei dati necessari alla identificazione dei supporti non soggetti al contrassegno.

---

<sup>9</sup> Così come modificata dall’art. 14 della legge 248/00.

<sup>10</sup> Si rileva come ci sia una disparità sostanziale, difficilmente giustificabile dalla *ratio* della norma, che assoggetta la duplicazione ad uso personale di *software* alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni mentre non vieta in alcun modo la duplicazione ad uso personale di opere cinematografiche o musicali.

<sup>11</sup> Questa circostanza aggravante risulta essere poco comprensibile posto che per ogni evento delittuoso accertato, ci sarà sempre almeno un organizzatore e che quindi, verosimilmente, la stessa troverà sempre applicazione;

<sup>12</sup> Introdotto dall’art. 17, secondo comma, della legge 248/00;

Medesimo regime sanzionatorio è altresì previsto, sempre che non costituisca più grave reato, nel caso in cui sia stata fornita una falsa dichiarazione dell'avvenuto assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa posta a tutela del diritto d'autore in sede di apposizione del contrassegno SIAE, di cui all'art. 181-*bis*, comma secondo.

Il secondo comma dell'art. 17 della legge 248/00 introduce nella legge 633/41 l'art. 171-*octies*, il quale è finalizzato alla repressione preventiva di quegli atti di pirateria volti a creare apparecchi idonei ad eludere l'accesso condizionato a trasmissioni audiovisive.

Detta norma prevede la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa da cinque a cinquanta milioni per chiunque, se il fatto non costituisce più grave reato, "a fini fraudolenti produce, pone in vendita, importa, promuove, installa, modifica, utilizza per uso pubblico e privato apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale". Nel secondo comma la pena viene aumentata nel minimo a due anni e la multa a trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità<sup>13</sup>.

In maniera quanto meno originale, l'art. 171-*nonies*<sup>14</sup> introduce nella legge 633/41 una ipotesi di pentitismo, denominata "ravvedimento operoso", con riferimento ai reati previsti dagli articoli 171-*bis*, 171-*ter* e 171-*quater*.

Mediante il ravvedimento operoso verrà ridotta da un terzo alla metà la pena principale e non troveranno applicazione le pene accessorie per colui che:

- a) denunci spontaneamente una violazione degli articoli sopra menzionati, prima che la violazione gli sia stata contestata da un atto dell'autorità giudiziaria;
- b) fornisca le informazioni in suo possesso atte ad individuare il promotore o l'organizzatore dell'attività illecita di cui agli artt. 171-*ter* e 171-*quater*;
- c) consenta il sequestro di notevoli quantità di supporti audiovisivi e fonografici o di strumenti o materiali serviti o destinati alla commissione di reati.

Con l'articolo 8 della nuova legge sul diritto d'autore, si introducono nella legge 633/41 gli articoli 174-*bis* e 174-*ter*. Con il medesimo articolo si introduce altresì l'art. 75-*bis* nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza<sup>15</sup>.

Le nuove previsioni normative introdotte dall'art. 8, aggiungendosi alle sanzioni già previste dall'ultimo comma dell'art. 171 della 633/41 ed a quelle introdotte dall'articolo 16 della 248/00, puntano sia a ridisciplinare lo svolgimento di alcune attività che possono risultare lesive della proprietà intellettuale, sia ad introdurre un nuovo sistema sanzionatorio amministrativo che si affianca e, spesso, si sovrappone alle sanzioni pecuniarie di natura penale.

Analizzando con ordine il nuovo quadro delle sanzioni amministrative, si rilevano le seguenti novità:

- 1) come previsto dal punto 4 dell'art. 2 della legge 248/00<sup>16</sup>, è disposta la sospensione dell'attività di fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione da sei mesi ad un

---

<sup>13</sup> Tenendo in considerazione la forte somiglianza tra la norma in esame e la previsione normativa di cui all'art. 171-*ter*, lettera *f*), si potrebbe pensare che il legislatore sia incorso in una ripetizione della fattispecie astratta. In realtà, da una più approfondita lettura, si nota come gli elementi integratori delle due norme siano differenti: infatti, l'art. 171-*ter* prevede il fine di lucro dell'attività posta in essere, mentre l'art. 171-*octies* richiede che la condotta venga intrapresa a fini fraudolenti.

<sup>14</sup> Inserito dall'art. 17, ultimo comma, della legge 248/00.

<sup>15</sup> Rd 18 giugno 1931, n. 773.

<sup>16</sup> Che aggiunge un comma all'articolo 171 della legge 633/41;

anno e la sanzione pecuniaria da due a dieci milioni di lire qualora si violino le disposizioni dei commi 3 e 4 dell'articolo 68 relative al limite massimo di fotocopiatura di un volume o rivista ed all'obbligo di corrispondere i compensi previsti per il diritto d'autore;

2) l'art. 8, comma 2, introducendo l'art. 75-*bis* nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, prevede la necessità di dare comunicazione al questore<sup>17</sup> per chiunque intenda esercitare una attività, a fini di lucro, di produzione, duplicazione, riproduzione, vendita, noleggio e simili di ogni supporto contenente suoni o immagini in movimento, ovvero detenerli ai fini delle predette attività. In caso di non ottemperanza a questo obbligo, è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da uno a sei milioni di lire;

3) il nuovo art. 174-*bis* prevede l'applicabilità di una sanzione amministrativa<sup>18</sup> pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione e comunque mai inferiore a lire duecentomila. Per le ipotesi in cui il prezzo di mercato non sia facilmente determinabile la violazione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire duecentomila a lire due milioni<sup>19</sup>. Bisogna peraltro osservare che le presenti sanzioni amministrative pecuniarie trovano applicazione per le violazioni delle norme della sezione in cui è inserito l'art. 174-*bis*, ferma restando l'applicabilità delle sanzioni penali. Così facendo, e considerato che tutte le sanzioni penali disciplinate prevedono come pena accessoria la corresponsione di una multa, nella maggior parte delle ipotesi di reato troverà applicazione, oltre alla prevista pena pecuniaria, anche una sanzione amministrativa pecuniaria<sup>20</sup>;

4) l'art. 174-*ter* prevede la possibilità di adottare una serie di sanzioni amministrative in connessione o in dipendenza del procedimento penale, nei confronti di esercizi commerciali o di attività soggette ad autorizzazione. In particolare si prevede: (i) la possibilità per il questore<sup>21</sup> di sospendere l'esercizio o l'attività per un periodo non inferiore a quindici giorni e non superiore a tre mesi nel caso in cui il pubblico ministero eserciti l'azione penale per uno dei reati previsti dalla 633/1941; (ii) la cessazione temporanea dell'attività per un periodo da tre mesi ad un anno, a titolo di sanzione amministrativa accessoria, nelle ipotesi di condanna per uno dei predetti reati; (iii) la revoca della licenza d'esercizio o dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività in caso

---

<sup>17</sup> Il quale provvede poi a rilasciare ricevuta dell'avvenuta iscrizione in apposito registro.

<sup>18</sup> I proventi derivanti dalle sanzioni amministrative applicate ai sensi dei nuovi artt. 174-*bis* e 174-*ter* affluiscono all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati, con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica: (1) il 50% ad un fondo destinato al potenziamento delle strutture e degli strumenti impiegati nella prevenzione e nell'accertamento dei reati previsti dalla presente Legge; (2) il restante 50% al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica che lo impiegherà per la promozione di campagne informative.

<sup>19</sup> La sanzione deve trovare applicazione per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto. È chiaro che l'imposizione di una sanzione amministrativa di questo tipo a chi utilizza, per ipotesi, software di *file sharing* come Napster o Gnutella per costituirsi degli archivi musicali, se applicata a ciascun file musicale potrebbe raggiungere delle cifre spropositate.

<sup>20</sup> Premesso che una previsione di questo tipo è in palese deroga al principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si segnala altresì che uno stesso fatto potrebbe anche essere punito con l'applicazione di due distinte sanzioni amministrative pecuniarie (ad esempio la concorrenza tra la sospensione dell'attività in caso di fotocopiatura abusiva e la sanzione amministrativa pecuniaria da due a dieci milioni di lire).

<sup>21</sup> Il questore adotta il provvedimento con atto motivato, sentiti gli interessati.

di recidiva; (iv) la sospensione o la revoca delle agevolazioni di cui all'art. 45 della legge 4 novembre 1965, n. 1.213, rispettivamente, nel caso di esercizio dell'azione penale o di condanna<sup>22</sup>;

5) l'art. 16 della legge 248/00 prevede, infine, che chiunque utilizzi abusivamente e con qualsiasi procedimento, anche via cavo, duplichi, riproduca in tutto o in parte un'opera dell'ingegno oppure acquisti o noleggi supporti audiovisivi, fonografici o informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della legge in esame, venga punito – qualora non concorra con uno dei reati di cui agli artt. 171 e seguenti – con la sanzione amministrativa pecuniaria di Lire trecentomila e con la sanzione accessoria della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un quotidiano a diffusione nazionale<sup>23</sup>. Detta previsione è di portata generalissima, rivolgendosi a chiunque, anche amichevolmente, ponga in essere un determinato comportamento in violazione del disposto di cui alla norma in esame, pur senza uno scopo di lucro o per trarne profitto o vantaggio economico.

Negli artt. 4, 5, 6 e 7 della legge 248/00 viene rivisitata la nuova disciplina del sequestro cautelare e delle misure preventive a tutela del diritto d'autore.

La nuova formulazione del primo comma dell'articolo 161<sup>24</sup>, non modificando nella sostanza la precedente previsione normativa, prevede la possibilità di adire l'autorità giudiziaria al fine di ottenere provvedimenti di descrizione, accertamento, perizia o sequestro nei confronti di chi utilizzi un'opera in maniera lesiva dei diritti d'autore.

Il nuovo articolo 162<sup>25</sup>, finalmente risolvendo i problemi di competenza sull'emanazione delle misure cautelari di cui all'art. 161 della legge 633/1941 che si erano posti successivamente all'entrata in vigore degli artt. 669-*bis* e seguenti c.p.c., richiama espressamente le norme del Codice di procedura civile per quanto riguarda la disciplina e la competenza.

In virtù delle nuove norme, per l'accertamento e la perizia opera l'articolo 693 c.p.c., per la descrizione trova applicazione solamente il comma 1 dell'articolo 693 c.p.c. ed infine, per il sequestro, trovano applicazione le disposizioni sulla competenza dettate dagli artt. 669-*bis* e seguenti del Codice di procedura civile.

Una importante novità introdotta dall'art. 5, sesto comma, della legge 248/00 è la possibilità di procedere con il sequestro e con la descrizione nei confronti di oggetti appartenenti a soggetti non identificati nel ricorso “purché si tratti di oggetti prodotti, offerti, importati o distribuiti dalla parte nei cui confronti siano stati emessi i suddetti provvedimenti e purché tali oggetti non siano adibiti ad uso personale, ovvero si tratti di opere diffuse con qualunque mezzo”.

L'art. 6 della legge in esame sostituisce completamente le disposizioni di cui all'art. 163 della legge 633/1941, ora disciplinate dalla nuova formulazione dell'art.162, ed introduce al loro posto l'istituto dell'inibitoria.

---

<sup>22</sup> A questo proposito sembra che la disposizione sia applicabile senza attendere il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

<sup>23</sup> Il secondo comma dell'art 16 prevede, nelle ipotesi di recidiva o di fatto grave per la quantità delle violazioni o delle copie acquistate o noleggiate, un inasprimento delle sanzioni pecuniarie fino a due milioni di lire, la pubblicazione su due o più quotidiani e, se si tratta di attività imprenditoriale, la revoca della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per l'esercizio dell'attività produttiva o commerciale.

<sup>24</sup> Così come modificato dall'art. 4 della legge 248/00.

<sup>25</sup> Così come modificato dall'art. 5 della legge 248/00.

Detto istituto, normalmente utilizzato al fine di evitare con provvedimento d'urgenza, solitamente ottenuto mediante ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, una ipotesi di obiettiva lesione del diritto d'autore, viene oggi tipizzato come nuova forma di tutela cautelare.

L'inibitoria è azionabile mediante ricorso, nelle forme tipiche dei procedimenti cautelari, tutte le volte che venga leso il diritto di utilizzazione economica dell'opera.

A seguito della tipizzazione dell'inibitoria come misura cautelare, cade anche la necessità di verificare in sede di ricorso la sussistenza del pregiudizio imminente ed irreparabile.

È altresì prevista la possibilità che il giudice, in sede di accoglimento dell'inibitoria, fissi una somma "dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento".

In virtù della disposizione di cui all'art. 7 della legge 248/00<sup>26</sup>, viene ad attribuirsi efficacia di titoli esecutivi alle attestazioni di credito per diritto d'autore emesse dai funzionari a ciò preposti della SIAE.

Mentre nel regime precedente dette attestazioni di credito avevano solo valore di prova scritta ai fini dell'emanazione di decreto ingiuntivo *ex artt. 635 e 642 c.p.c.*, e potevano quindi essere contestate nel corso del giudizio instaurato a seguito di opposizione a decreto ingiuntivo, ora, in virtù della nuova efficacia esecutiva attribuito alle attestazioni di credito, l'unica possibilità di contestare quanto in esse dedotto sarà in sede di opposizione all'esecuzione.

La commentata riforma sul diritto d'autore, già prima della sua entrata in vigore ha fatto gridare ad un eccessivo garantismo, formalmente mascherato dalla necessità di tutelare gli autori, ma, in realtà, particolarmente attento ai meri interessi economici delle grandi imprese di produzione audiovisiva e del *software*<sup>27</sup>.

Effettivamente, sebbene le esigenze di un'equa tutela della proprietà intellettuale legittimino l'intervento del legislatore, è qui il caso di rilevare come i mezzi utilizzati per far fronte ai pericoli effettivi di lesione sembrino essere eccessivamente sproporzionati.

Se pertanto non si può negare che la legge 248/00 prenda le sue mosse su basi più che legittime e che sia anche degna di pregio per alcuni suoi contenuti, a parere di chi scrive non si possono tacere le seguenti critiche al fumoso ed in parte insensato intervento del legislatore:

a) la nuova legge sul diritto d'autore, così come formulata, è diventata una normativa che limita fortemente, anche penalmente, l'accesso alla cultura, allo studio, alla ricerca ed alla progettazione di nuove tecnologie;

b) la nuova legge detta norme in materia di fotocopiatura di documenti che pongono dei problemi di attuazione pressoché irrisolvibili: come si potrà applicare rigorosamente il limite del 15% ad ogni richiesta di copie? è lecito poi che un utente chieda, nell'arco della stessa giornata, di fotocopiare un altro 15%? chi farà rispettare il ferreo dettato della legge all'interno di ogni copisteria?

c) In controtendenza con la sempre maggiore depenalizzazione delle fattispecie criminose, il legislatore punisce con pene molto elevate delle ipotesi delittuose minori

---

<sup>26</sup> Che sostituisce il numero 3) dell'articolo 164 della legge 633/41.

<sup>27</sup> Un primissimo commento alle reali tutele che persegue la normativa in esame è reperibile nel sito dell'ALCEI (Associazione per la libertà nella comunicazione elettronica interattiva), all'URL <http://www.alcei.it/news/cs000725.html>

che avrebbero, se del caso, essere state perlomeno estinguibili mediante oblazione e perseguibili ad istanza di parte e non d'ufficio;

d) in forza della nuova legge ogni illecito penale sarà punito, contemporaneamente, con la reclusione, una multa e con una sanzione pecuniaria amministrativa. Detta previsione, in odore di incostituzionalità, è in palese contrasto con il principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

e) certe disposizioni sono talmente poco curate che per un medesimo fatto illecito, come meglio precisato *supra* in nota, potrebbero venire applicate contemporaneamente due sanzioni amministrative;

f) la sanzione amministrativa per la duplicazione abusiva per uso personale, di cui all'art. 16 della legge 248/00, mal si concilia con la possibilità di effettuare copie private senza scopo di lucro, disciplinata dalla legge 5 febbraio 1992, n. 93;

g) la SIAE è stata investita di poteri eccessivi e sproporzionati al ruolo che essa dovrebbe coprire: ci si riferisce all'obbligo di applicazione del bollino anche per gli autori non iscritti presso la detta Società, alla possibilità in capo alla SIAE di sostituirsi coattivamente agli autori (anche non iscritti!!) nell'esercizio dei diritti derivanti dalla lesione della proprietà intellettuale (esautorando di fatto gli autori dalla possibilità di esercitare i propri diritti), alle attestazioni di credito munite di efficacia esecutiva;

h) sebbene lo scopo del legislatore fosse quello di colpire gli atti di pirateria, non si rileva nella normativa alcuna differenziazione di pena tra il pirata professionista e chi duplica un'opera per uso personale. Forse sarebbe stato il caso di sanzionare penalmente solo la duplicazione di copie a scopo di lucro;

i) con l'istituzione del Comitato per la proprietà intellettuale, si viene a creare un organo dalle funzioni assolutamente oscure e, comunque, totalmente inutile: davanti alla scoperta di un illecito detto organo non ha altro potere che quello di adire l'autorità giudiziaria così come qualsiasi soggetto privato;

l) il ravvedimento operoso, più che una misura coercitiva sembra essere uno strumento che denuncia la concreta debolezza delle Istituzioni davanti agli atti di pirateria. Non si vede come un soggetto possa denunciare sé stesso ed altri, prima che gli sia stata contestata la violazione da parte dell'autorità giudiziaria (*condicio sine qua* non per l'applicabilità del regime di favore), per ottenere uno sconto di pena pari a quello che otterrebbe con il patteggiamento in un momento successivo al rinvio a giudizio.

Da quanto sopra emerge a chiare lettere che la recente riforma del diritto d'autore presenta diverse disposizioni che non solo si conciliano male le une con le altre e che potrebbero essere oggetto di sindacato costituzionale, ma che creano altresì un quadro normativo inadatto ad una effettiva tutela degli autori.

Ci si augura che l'impatto che una legge come questa, frutto di una intensa attività lobbistica tra i parlamentari ed i grandi centri di potere economico, potrà avere tra gli operatori ed i fruitori del diritto d'autore, possa perlomeno essere attenuato in sede di interpretazione giurisprudenziale.

#### **4. L'art. 171-bis della legge n. 248 del 2000.**

Abbiamo visto poco sopra che con l'approvazione della legge n. 248 (pubblicata sulla G.U. n. 206 del 4 settembre 2000), lo scorso 18 agosto 2000 la legge sul diritto d'autore ha subito profonde modifiche, in particolare per quanto riguarda diverse norme di natura penale.

Il legislatore, evidentemente preoccupato di rispondere concretamente alle richieste di tutela avanzate dalle più importanti *software house* e dalle *pay-tv*, non ha tenuto nel benché minimo conto le numerose e pesanti critiche che da più parti<sup>28</sup> erano state sollevate al disegno di legge ed in maniera specifica alla formulazione dell'art. 171-*bis*.

Il 1° comma dell'art. 171-*bis* nella precedente versione prevedeva che: "Chiunque abusivamente duplica a fini di lucro, programmi per elaboratore, o, ai medesimi fini o avendo motivo di ritenere che si tratta di copie non autorizzate, importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale, o concede in locazione i medesimi programmi, è soggetto alla pena della reclusione da tre mesi a tre anni e della multa da L. 1.000.000 a L. 10.000.000. Si applica la stessa pena se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale dei dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore ...".

In un autorevole commento a tale norma veniva evidenziato che il reato in questione risultava integrato dal solo fatto di duplicare abusivamente un *software* altrui se accompagnato dal dolo specifico del fine di lucro da intendersi quale "vantaggio o, comunque, qualsiasi utilità economica quantificabile e, quindi, anche il risparmio di spesa purché tale spesa si inserisca in un'attività professionale produttiva, rispetto alla quale spese ed entrate si fronteggiano almeno idealmente e diano luogo ad un saldo"<sup>29</sup>.

L'interpretazione testé fornita della norma in questione, si poneva, peraltro, in contrasto con una sentenza del Pretore di Cagliari del 3 dicembre 1996<sup>30</sup> laddove quest'ultimo riteneva che il termine lucro doveva intendersi come "un guadagno patrimoniale ossia un accrescimento patrimoniale consistente nell'acquisizione di uno o più beni" specificando espressamente che "esso non coincide in linea di principio con il termine profitto, che ha un significato ben più ampio. Il profitto può implicare sia il lucro: quindi l'accrescimento effettivo della sfera patrimoniale, che la mancata perdita patrimoniale ossia il depauperamento dei beni di un soggetto".

In buona sostanza con tale sentenza il Pretore di Cagliari intendeva escludere dalla fattispecie incriminatrice della norma di cui all'art. 171-*bis* l'ipotesi di duplicazione abusiva di *software* effettuata al solo fine di risparmiare il denaro necessario all'acquisto del programma e ciò non solo in ipotesi di duplicazione abusiva di *software* per darne copia ad amici o per ragioni mosse da una semplice passione per il mondo dell'informatica, ma anche in ipotesi di utilizzo del *software* abusivamente duplicato per attività di tipo professionale.

---

<sup>28</sup> M. BUCARELLA, *Digital society e diritto penale: la duplicazione abusiva del software* (<http://www.firms.findlaw.com/manuello/memo5.htm>) - Comunicato ALCEI del 15 marzo 1999, *Modifiche ingiuste e incivili alla legge sul diritto d'autore* (<http://www.alcei.it/sequestri/cs990315.html>) - Comunicato ALCEI del 25 luglio 2000, *Va di male in peggio la legislazione italiana sul "diritto d'autore"* (<http://www.alcei.it/news/cs000725.html>)

<sup>29</sup> BORRUSO, *La tutela giuridica del software - Diritto d'autore e brevettabilità*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 95.

<sup>30</sup> Il testo integrale della sentenza è consultabile al sito <http://www.interlex.it/testi/ca031296.htm>

Tale giurisprudenza, tuttavia, veniva contrastata da altra successiva del Tribunale di Torino il quale, con sentenza del 20 aprile 2000<sup>31</sup>, sosteneva che il fine di lucro comprende anche il profitto ritraibile dal risparmio di costi.

Il provvedimento in parola ampliava, dunque, rispetto al Pretore di Cagliari la portata della norma in quanto escludeva la penale responsabilità solamente per il caso in cui duplicazione abusiva di *software* risultasse posta in essere da un privato per un *uso personale*. Il Tribunale di Torino riteneva, con ciò, penalmente rilevante la duplicazione abusiva di programmi se effettuata, anche da un privato, nell'ambito della propria attività lavorativa.

In tale direzione si esprimeva nuovamente il Tribunale di Torino in epoca successiva (sentenza del 13 luglio 2000)<sup>32</sup> affermando che le interpretazioni fornite al termine *fine di lucro* tanto dal Pretore di Cagliari quanto dal Tribunale di Torino riguardavano illecite duplicazioni di *software* effettuate in ambito imprenditoriale, poiché il fine di lucro non si attaglia ad ipotesi di duplicazioni abusive poste in essere da privati se tali comportamenti non siano in alcun modo riconducibili all'attività lavorativa svolta dai privati stessi.

La recente giurisprudenza del Tribunale di Torino, allargando l'originario dolo specifico dal *fine di lucro* al *fine di profitto* ha, in un certo senso, anticipato le scelte del Legislatore.

Infatti con la legge 248/2000 il 1° comma dell'art. 171-*bis* è stato così modificato: "1. Chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore...è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni".

Dalla lettura della norma appare in tutta evidenza la volontà del Legislatore di dare copertura normativa all'interpretazione giurisprudenziale relativa al dolo specifico. Infatti, come già sottolineato, l'originario *fine di lucro* è stato modificato in *fine di profitto*.

La grossa preoccupazione che sorge da tale modifica consiste nel fatto che accedendo all'interpretazione giurisprudenziale più recente (Tribunale di Torino) relativa al fine di lucro, il Legislatore non ha ritenuto di specificare che la norma in questione non si applica qualora la duplicazione abusiva di programmi sia posta in essere da privati al di fuori della loro attività professionale.

Tale omissione rappresenta un concreto pericolo, atteso che, stante la lettera della norma (l'art. 171-*bis* apre con 'chiunque'), anche il privato che duplica abusivamente *software* per tenerne presso di sé una copia, evitando così di spendere denaro per l'acquisto della copia autorizzata, potrà essere ritenuto penalmente responsabile.

Si tenga presente, inoltre, che le pene edittali previste dall'art. 171-*bis* novellato sono particolarmente elevate (reclusione da 6 mesi a 3 anni e multa da L. 5.000.000 a L. 30.000.000) ed un 'innocuo' duplicatore abusivo di *software* subirebbe un trattamento sanzionatorio affatto diverso da chi si macchi di reati particolarmente gravi quali, ad esempio, l'omicidio colposo.

La seconda parte del primo comma dell'articolo 171-*bis* punisce, se accompagnate dal fine di profitto, l'importazione, la distribuzione, la vendita, la detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale o la concessione in locazione di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori e degli editori con la pena

---

<sup>31</sup> Il testo integrale della sentenza è consultabile al sito <http://www.interlex.it/testi/to000420.htm>

<sup>32</sup> Il testo integrale della sentenza è consultabile al sito <http://www.interlex.it/testi/to000713.htm>

della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni.

Anche per quanto concerne le attività appena elencate il Legislatore ha modificato l'originario dolo specifico trasformandolo da fine di lucro a fine di profitto ed ha notevolmente inasprito le pene.

Tale norma, sebbene formulata al fine di contrastare il faraonico mercato nero del *software*, non pone distinzione alcuna in merito al soggetto attivo del reato, sicché punisce tanto la società impegnata nella "grande distribuzione" quanto il ragazzino che cede ad un amico un videogioco per poche migliaia di lire (il chiunque ed il fine di profitto non lasciano scampo ad interpretazioni differenti).

Richiamando quanto già evidenziato in tema di duplicazione abusiva di *software*, si tratta di una notevole svista del Legislatore alla quale, quest'ultimo, dovrà al più presto porre rimedio se vorrà evitare che comportamenti avvertiti dalla società quali semplici illeciti di natura civile o amministrativa vengano puniti con sanzioni penali peraltro particolarmente elevate.

Ci si permetta di aggiungere che la tutela che le case produttrici di *software* possono ottenere in sede civile risulta più che sufficiente a garantire i loro diritti e non vi è certo la necessità di creare nuove figure di reato proprio nel momento in cui altre di identico se non di maggior allarme sociale vengono depenalizzate e trasformate in semplici violazioni amministrative (si pensi solo alla intervenuta depenalizzazione del reato di emissione di assegno senza autorizzazione o senza provvista).

Ma vi è di più. La norma in questione, a nostro giudizio, risulta essere di difficile comprensione nella parte in cui viene specificato che le fattispecie punite riguardano programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE.

Per cercare di comprendere il significato della norma occorre fare riferimento al nuovo art. 181-*bis* della l.d.a., laddove al primo comma specifica che "ai sensi dell'articolo 181 e agli effetti di cui agli articoli 171-*bis* e 171-*ter*, la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) appone un contrassegno su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci o immagini in movimento che reca la fissazione di opere o di parti di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro".

Il terzo comma dell'art 181-*bis* dispone che fermo restando l'assolvimento degli obblighi relativi ai diritti di cui alla presente legge "il contrassegno può non essere apposto sui supporti contenenti programmi per elaboratore disciplinati dal decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518, utilizzati esclusivamente mediante elaboratore elettronico sempre che tali programmi non contengano suoni, voci o sequenze di immagini in movimento tali da costituire opere fonografiche, cinematografiche o audiovisive intere, non realizzate espressamente per il programma per elaboratore, ovvero loro brani o parti eccedenti il cinquanta per cento dell'opera intera da cui sono tratti, che diano luogo a concorrenza all'utilizzazione economica delle opere medesime. In tali ipotesi la legittimità dei prodotti, anche ai fini della tutela penale di cui all'articolo 171-*bis*, è comprovata da apposite dichiarazioni identificative che produttori e importatori preventivamente rendono alla SIAE".

Ora, la precedente versione della norma in questione puniva i medesimi fatti qualora gli stessi venissero posti in essere “sapendo o avendo motivo di sapere che si tratta di copie non autorizzate”.

Ma il nuovo art. 171-*bis*, che intende punire le stesse fattispecie di cui alla precedente normativa, vale a dire l'importazione, la distribuzione, la vendita, la detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale o la concessione in locazione di copie di programmi non autorizzate, disponendo che le attività vietate sono solo quelle relative a programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE, dimentica che l'art. 181-*bis* prevede che su detti supporti il prescritto contrassegno può non essere apposto e che in tale ipotesi la legittimità dei prodotti è comprovata da apposite dichiarazioni identificative rese alla SIAE.

Appare chiara dunque la svista in cui è caduto il Legislatore laddove ha ommesso di specificare che le attività in questione sono punite se poste in essere con riferimento a programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE ed in assenza delle dichiarazioni identificative di cui all'art. 181-*bis*.

Infatti in mancanza di tale precisazione risultano in astratto punibili tutte quelle azioni di cui all'art. 171-*bis* riguardanti copie autorizzate di programmi contenuti, in maniera del tutto legittima perché, come si è visto, si tratta di ipotesi prevista dall'art. 181-*bis*, in supporti privi del contrassegno SIAE.

Ma non è certo questa l'intenzione della norma.

Anche sotto questo aspetto un intervento correttivo del Legislatore è più che mai auspicabile.

Anche per quanto concerne la tutela delle banche dati l'art. 171-*bis* ha subito alcune rilevanti modifiche.

La norma, così come novellata, prevede che “Chiunque, al fine di trarne profitto, su supporti non contrassegnati SIAE riproduce, trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico il contenuto di una banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 64-*quinquies* e 64-*sexies*, ovvero esegue l'estrazione o il reimpiego della banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 102-*bis* e 102-*ter*, ovvero distribuisce, vende o concede in locazione una banca di dati, è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a lire trenta milioni se il fatto è di rilevante gravità”.

Si è voluto creare, attraverso il forte inasprimento delle pene e la trasformazione del dolo specifico da “fine di lucro” a “fine di profitto”, un forte deterrente per tutte quelle attività potenzialmente lesive dei diritti che le grandi case produttrici vantano sui propri *software*.

Come già sottolineato le tutele concesse ai diritti delle *software house* in sede civile sono già più che sufficienti a garantire queste ultime per le ipotesi di cui all'art. 171-*bis* e, comunque, non si ravvisa alcun tipo di pericolo per comportamenti del tutto “inoffensivi” quali, ad esempio, la duplicazione e lo scambio (anche nella forma della compravendita), di videogiochi o programmi vecchi di qualche anno e, quindi, ormai obsoleti.

Per quanto concerne la duplicazione abusiva di programmi per elaboratori, appare assolutamente necessario un pronto intervento del Legislatore teso a riportare nell'alveo

del diritto civile tutti quei comportamenti che sebbene ora sanzionati quali reati dall'art. 171-*bis* non comportano alcun tipo di allarme sociale.

## **5. Software e stato di necessità: la Pretura di Roma.**

Il Tribunale penale di Roma, giudice monocratico, Dr. Francione, in data 15 febbraio 2001 ha reso una sentenza molto interessante.

Il fatto riguardava un soggetto colto in possesso di Cd sprovvisti di contrassegno SIAE e abusivamente duplicati.

Tratto in giudizio l'indagato, il giudice valutava intanto in via preliminare che, non risultando nelle carte del Pubblico Ministero atti tendenti a dimostrare che lo straniero avesse altre forme di sostentamento oltre quella illecita rilevata, considerava che ricorresse un caso di obbligo di immediata declaratoria di causa di non punibilità per aver l'imputato agito *in stato di necessità*, essendo mosso nella sua azione di venditore di Cd contraffatti dalla necessità di salvare se stesso dal pericolo attuale di un danno grave alla salute e alla vita rappresentato dal bisogno alimentare non altrimenti soddisfatto.

In particolare il giudice ravvisava la sussistenza dell'esimente *ex art. 54 c. p.* sulla base di considerazioni che possono essere interessanti in quanto riferite a pratiche consuetudinarie del mondo elettronico.

In particolare, il giudice ripercorre la storia della consuetudine sino ad occuparsi della consuetudine di scambiarsi *software*.

La consuetudine, nota il giudice, è una manifestazione della vita sociale che si concreta in un'attività costante ed uniforme dello Stato-comunità, e ad essa può essere attribuita funzione di mezzo d'interpretazione di principi e norme (consuetudine interpretativa) ma anche di fatto idonea a disapplicare la norma scritta (consuetudine abrogativa).

Il magistrato ricorda poi che il nostro ordinamento considera *contra legem* la consuetudine abrogativa perché contraria al dettato dell'art. 8 delle preleggi che comporta l'applicabilità della consuetudine (usi) solo se richiamata da leggi e regolamenti.

Nessuna norma, invece, vieta la consuetudine interpretativa che anzi il magistrato penale applica continuamente (come nei processi indiziari ad esempio) quando tenda a trarre conclusioni da comportamenti umani logici e regolari individuati in un ambiente con un determinato *background* socioculturale.

Anche la legge penale, allora, nelle parole del giudice, va interpretata alla luce del mondo concreto in cui si sviluppa, con tensione dinamica e non statica ad evitare una discrasia tra il dover essere normativo e quello reale.

La legge e la giustizia vanno infatti applicate in nome del popolo ad esso spettando la sovranità (art. 1 della Costituzione) e il metro di questa sintonia è proprio la rispondenza piena del popolo alle leggi penali emanate dal Parlamento, il quale può andare controcorrente quando contraddica lo spirito del comune sentire della popolazione che ad esso ha dato mandato, incorrendo in tal maniera di fatto nella disapplicazione della norma scritta.

Ma veniamo alla parte più interessante: il magistrato rileva come, nel caso di specie, la norma repressiva di base, la protezione penalistica - e non meramente civilistica del

diritto d'autore - sia desueta di fatto per l'abitudine di molte persone di tutti i ceti sociali, che, *in diuturnitas*, ricorrono all'acquisto di Cd per strada o li scaricano da Internet (probabilmente il magistrato intendeva riferirsi alla abitudine di scaricare files mp3 per poi fare Cd domestici, essendo lo scarico di un intero Cd alla portata oggi solamente di chi possa contare su una larghezza di banda notevole).

Il giudice ricorda poi come anche grossi *network* come Napster si siano mossi da tempo in senso *anticopyright* e abbiano permesso copie di massa dell'arte musicale.

Il fenomeno, rileva il magistrato, è stato appena sfiorato dalle recenti sentenze degli Stati Uniti d'America che si sono espresse nel senso di regolamentare la materia della riproduzione di massa, ma con un pagamento ridottissimo in un nuovo mercato dove il guadagno dei produttori è quantificato su *minimi diffusissimi*.

In linea con questa strategia si sarebbe espresso recentemente il Parlamento europeo con la già vista direttiva per la protezione del diritto d'autore nella società dell'informatica avanzando al più l'ipotesi di un *equo compenso* per gli autori per la diffusione globale della loro opera.

Nella sentenza si dice poi che il cuore del problema è il fatto che la strategia del regalo sia uno dei punti centrali nel mondo digitale, tanto che si parla di *free economy*, economia del gratis appunto, o di *gift economy*, economia del regalo.

Le conclusioni della sentenza sono rapide e precise: anche la *new economy* deporrebbe, dunque, nel senso dell'arte a diffusione gratuita o a bassissimo prezzo, per rendere effettivo il principio costituzionale dell'arte e la scienza libere (art. 33 della Costituzione) e quindi usufruibili da tutti, cosa non assicurata dalle attuali oligarchie produttive d'arte che impongono prezzi alti, contrari a un'economia umanistica, con economia anzi diseducativa per i giovani spesso privi del denaro necessario per acquistare i loro prodotti preferiti e spinti, quindi, a ricorrere in rete e fuori a forme diffuse di pirateria riequilibratrice.

Secondo il giudice l'azione degli oligopoli produttivi apparirebbe quindi in contrasto con l'art. 41 della Costituzione secondo cui l'iniziativa economica privata libera "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Solo un'arte a portata di tasca di tutti i cittadini e soprattutto dei giovani può essere, secondo il magistrato, a livello produttivo umanitaria e sociale come richiesto dalla Costituzione, per far sì che davvero tutti possano godere dei prodotti artistici.

Il passaggio successivo, nella sentenza, è quello della *abrogazione di fatto* della normativa anticopyright.

Il giudice ritiene che, se compito dello Stato *ex art. 2* della Costituzione è rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono al libero ed egualitario sviluppo della comunità, risulta la normativa penalistica a favore del *copyright* tendenzialmente abrogata di fatto ad opera dello stesso popolo per desuetudine, con azione naturale tendente a calmierare le sproporzioni economiche del mercato capitalistico in materia.

Tale consuetudine non sarebbe quella abrogativa canonica *ex lege* ma di fatto incide sull'interpretazione della norma penalistica, quanto meno nel senso di far percepire al giudice quanto possa essere ridotta la forza cogente di una norma espressa, imposta ma non accettata dalla maggioranza del consenso sociale.

Un passo successivo della sentenza si occupa, invece, del rapporto tra sanzione penale e *copyright* e del principio di offensività (non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività).

Il giudice evidenzia innanzitutto la necessità di ancorare, anche visivamente, la responsabilità penale alla offesa reale dell'interesse protetto, nel quadro di un diritto penale specificamente finalizzato a proteggere i (più rilevanti) beni giuridici.

Nel campo che ci interessa, ovvero la *new economy*, il magistrato sostiene che si sia dimostrato come addirittura la diffusione gratuita delle opere artistiche acceleri paradossalmente la vendita anche degli altri prodotti smistati nei canali ufficiali, e se ciò vale nello spazio virtuale di Internet deve valere anche nello spazio materiale con vendita massiccia di prodotti-copia che alimentano l'immagine e la vendita dello stesso prodotto smistato in via 'legale'.