

Le conseguenze delle disposizioni penali introdotte dal decreto legge 22 marzo 2004, n. 72, come modificato dalla Camera dei Deputati

Parere pro veritate

3 maggio 2004

1 Introduzione

Lo scorso 22 aprile la Camera dei Deputati ha approvato, apportando rilevanti ed incisive modifiche, il decreto legge 22 marzo 2004, n. 72.

Scopo del presente parere è quello di descrivere le conseguenze di un'eventuale approvazione del testo del decreto così come emendato dalla Camera, fornendo un'analisi quanto più dettagliata possibile dell'impatto della normativa novellata, tenuto conto degli orientamenti consolidati della nostra giurisprudenza.

Nei primi due paragrafi si analizzano le conseguenze giuridiche delle innovazioni introdotte che, se approvate nella versione attuale, modificheranno in maniera profonda alcune fattispecie penali relative alla tutela del diritto d'autore. In particolar modo si vaglieranno le conseguenze della sostituzione delle finalità di lucro con gli scopi di profitto richiesti per integrare il reato di abusiva riproduzione delle opere dell'ingegno protette. Si analizzeranno poi le conseguenze dell'introduzione di un'autonoma aggravante per chi comunichi al pubblico, immettendole in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, opere tutelate.

Nei paragrafi successivi si proporranno alcune considerazioni più generali volte, da un lato ad identificare le possibili conseguenze sociali delle novità introdotte, e dall'altro ad inquadrare la normativa nel più ampio panorama internazionale.

2 Dal lucro al profitto

Il comma 2 dell'art. 1 del decreto in esame, come emendato dalla Camera dei Deputati, modifica in maniera rilevante l'art. 171-ter della legge sul diritto d'autore (LdA, L. 633/1941), sostituendo, al primo comma, la dizione "a fini di lucro" con la dizione "per trarne profitto".

L'art. 171-ter LdA copre la riproduzione abusiva di opere dell'ingegno diverse dal software.¹ La disposizione è strutturata su due commi, di cui il secondo stabilisce fattispecie aggravate delle condotte previste al primo comma.² Le sanzioni previste, da 6 mesi a 3 anni di reclusione, aumentati da 1 a 4 in caso di reato aggravato, e multa da 2.583 a 15.437 Euro, richiedono, ad oggi, condotte poste in essere per "uso non personale" e per "fini di lucro".

L'introduzione dello scopo del profitto ridisegna completamente la fattispecie penale. La differenza tra lucro e profitto è infatti stata lungamente elaborata dalla giurisprudenza che ha definito nozioni precise dei due concetti. È quindi possibile prevedere con precisione l'impatto delle novità introdotte dalla Camera.

Una tale modifica è già stata operata, infatti, sull'art. 171-bis dalla Legge 248/2000. Su di essa ebbe ad esprimersi, con queste parole, la Corte di Cassazione: «la modifica del 1 comma dell'art. 171 bis l. 27 aprile 1941 n. 633 (apportata dall'art. 13 l. 18 agosto 2000 n. 248) che ha sostituito al dolo specifico del "fine di lucro" quello del "fine di trarne profitto", comporta un'accezione più vasta, che non richiede necessariamente una finalità direttamente patrimoniale, ed amplia pertanto i confini della responsabilità dell'autore.»³

Il precedente che solitamente si suole citare per la distinzione dello scopo di lucro dal fine di profitto è la sentenza della Pretura di Cagliari 3/12/1996.⁴ La massima di tale provvedimento recita: «Il termine lucro indica esclusivamente un guadagno patrimoniale ossia un accrescimento patrimoniale consistente nell'acquisizione di uno o più beni; 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 altri termini nel profitto può rientrare anche la mancata spesa che un soggetto dovrebbe, per ipotesi, affrontare per ottenere un bene. Il lucro costituisce solo ed esclusivamente l'accrescimento positivo del patrimonio; il profitto anche la sola non diminuzione dello stesso.»

Tale orientamento è stato più volte confermato sia positivamente che negativamente, ad esempio dal Tribunale di Torino secondo cui «il fine di lucro richiesto ai fini dell'integrazione del reato previsto e punito dall'art. 171 bis l. d'autore non può intendersi come comprendente anche il semplice risparmio di costi, ma deve limitarsi all'immediato incremento patrimoniale».⁵

Il luogo più celebre ove compare la locuzione "per trarne profitto" è senz'ombra di dubbio l'art. 624 Codice penale, articolo che sanziona il furto. Se si analizzano le decisioni della Cassazione in tema si comprende quanto ampia sia la nozione di profitto. Così, ad esempio, in Cassazione Penale, sez. IV, 9/5/1989, n. 6923, leggiamo che «rientra nell'ampio concetto

¹La riproduzione abusiva del software è infatti coperta dall'art. 171-bis LdA.

²Il secondo comma non costituisce fattispecie autonome ma aggravanti delle condotte disciplinate al comma 1. Così Appello Trento 27.02.02, in Dir. Aut. 2002, p. 355.

³Cass. penale, sez. III, 25-06-2001, n. 33303, in Giust. pen., 2002, II, p. 586.

⁴Pubblicata in Dir. Autore, 1998, p. 221.

⁵T. Torino, 13-07-2000, in Dir. informazione e informatica, 2000, p. 824 ed in Dir. autore, 2001, p. 251.

(del dolo specifico) di trarre profitto anche il caso in cui l'agente si impossessi della cosa mobile altrui al fine di consegnarla ad una terza persona.»⁶

L'introduzione del concetto di "trarre profitto", quindi, amplia notevolmente la fattispecie penale. Con riguardo alla condivisione di opere protette mediante sistemi di file-sharing, ove l'acquisizione di tali opere e la contestuale messa a disposizione di terzi porta a ritenere integrato l'uso non personale richiesto dall'art. 171-ter, si prospetta la concreta eventualità che la giurisprudenza, in accordo ad orientamenti ormai consolidati, possa ritenere la condotta un illecito penale.

3 Gravità della sanzione

Il comma 3 dell'art. 1 del decreto introduce, al comma 2 dell'art. 171-ter LdA la seguente lettera: «a-bis) per trarne profitto, comunica al pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore o parte di essa».

Abbiamo visto come la nozione del concetto di "trarre profitto" sia molto ampiamente interpretata dalla giurisprudenza. Abbiamo inoltre posto in evidenza come la condivisione di opere protette mediante sistemi di file-sharing non possa essere una condotta inquadrabile nell'ambito dell'uso personale ma costituisca appunto una comunicazione al pubblico mediante immissione in un sistema di reti telematiche.

La condotta di chi condivide, sebbene sanzionabile mediante il comma 1 dell'art. 171-ter, viene assorbita dalla lettera a-bis) del comma 2 del medesimo articolo.

La conseguenza è che la condivisione di opere protette, anche senza scopi di lucro, viene sanzionata come reato aggravato. Il comma dell'art. 171-ter che stiamo analizzando riguarda infatti condotte di particolare gravità.⁷

In altri termini un adolescente che, dal computer di casa, condivide qualche brano musicale, si trova ad essere equiparato ai membri di associazioni malavitose volte alla commercializzazione massiccia di altrui opere dell'ingegno.

Ciò non può che far ritenere che la norma in esame non possa non avere profili evidenti di incostituzionalità in relazione all'art. 3 Cost. È infatti evidente che il legislatore sta qui operando un'equiparazione tra condotte che hanno caratteristiche ed impatto sociale profondamente differenti.

⁶Publicata in Riv. pen., 1990, 290 (m).

⁷La lettera a) riguarda chi «riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo o importa abusivamente oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi»; la lettera b) riguarda chi, «esercitando in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi, si rende colpevole dei fatti previsti dal comma 1». La lettera c) punisce chi «promuove o organizza le attività illecite di cui al comma 1.»

4 Sul furto e sulla pirateria

L'effetto del decreto come modificato dalla Camera dei Deputati è quindi quello di criminalizzare la condivisione di file mediante strumenti telematici.

La ratio di un tale provvedimento, il primo del genere negli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, si fonda sulla considerazione che chi faccia uso di tali strumenti per accedere ad opere protette compia un «furto» e sia da considerarsi un «pirata informatico».

Sebbene questo argomento disponga di notevole forza retorica, un'analisi più attenta del fenomeno che stiamo esaminando deve portarci a respingere una tale ricostruzione.

Si è infatti propensi ad aderire acriticamente alla proposizione secondo cui chi scarica opere protette da Internet, in mancanza di tale possibilità, procederebbe all'acquisto delle stesse attraverso i canali distributivi tradizionali. Secondo questa impostazione, quindi, ogni opera scaricata è un'opera non acquistata. Una tale correlazione, però, lungi dall'essere dimostrata, non si fonda su alcunché di solido. Le attività che il decreto si accinge a reprimere penalmente sono spesso svolte da minorenni,⁸ i quali non necessariamente dispongono delle risorse finanziarie per l'acquisto dei beni in questione.

Uno studio recentemente pubblicato dimostra non esservi correlazione tra il file sharing e la diminuzione degli acquisti di prodotti discografici.⁹ Gli studiosi che lo hanno condotto concludono affermando che:

«We find that file sharing has no statistically significant effect on purchases of the average album in our sample. Moreover, the estimates are of rather modest size when compared to the drastic reduction in sales in the music industry. At most, file sharing can explain a tiny fraction of this decline. This result is plausible given that movies, software, and video games are actively downloaded, and yet these industries have continued to grow since the advent of file sharing.»

La crescita, quindi, di industrie che pur sono tra le supposte "vittime" dei sistemi di condivisione dei file depone a sfavore di una correlazione diretta tra sviluppo di tali strumenti e diminuzione delle vendite dei prodotti scambiati.

Nel 2003 uno studio svolto ad opera della Music Programming Ltd (MPL) ha anzi mostrato come chi scarica musica sia in verità un acquirente di opere musicali: l'87% di chi ha scaricato brani da Internet ha poi acquistato l'intero album.¹⁰ Ciò deve portarci

⁸Più in dettaglio *infra*.

⁹Felix Oberholzer (Harvard Business School) e Koleman Strumpf (UNC Chapel Hill), *The Effect of File Sharing on Record Sales. An Empirical Analysis*, Marzo 2004, http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf

Questo rapporto ha avuto una notevole copertura mediatica. Si veda ad esempio *Harvard Researchers: P2P Music Sharing Does Not Affect CD Sales*, Mar. 30, 2004, <http://news.oreillynet.com/pub/n/HarvardP2PCDSalesStudy>; *Harvard: il file-sharing non danneggia le vendite di CD*, http://tecnologia.virgilio.it/Notizie/harvard_p2p.content; *Gli utenti del P2P comprano CD*, <http://punto-informatico.it/p.asp?i=44781>.

Anche studi precedenti erano giunti ad analoghe conclusioni. Si veda *Il file-sharing alimenta le vendite di CD*, <http://punto-informatico.it/p.asp?i=40006>.

¹⁰Si veda Paul Hales, *Music downloaders simply trying before buying*, *The Inquirer*, 09 July 2003, <http://www.theinquirer.net/?article=10411>, BBC, *File swappers 'buy more music'*, 9 July, 2003, <http://www.bbc.com/news/technology-2003-07-09>.

a ritenere che chi fa uso dei sistemi di condivisione di file sia spesso un cliente delle case discografiche.

5 Effetto boomerang

Tra i principali utilizzatori di sistemi di condivisione di file vi sono i minorenni. Sebbene per l'Italia manchino dati certi, un'idea del fenomeno può essere ricavata dall'analisi di studi condotti in altri paesi con analoga penetrazione sociale delle tecnologie telematiche ed informatiche.

Un'indagine sulle abitudini dei giovani canadesi compresi tra i 9 e i 17 anni mostra come il 57% di costoro utilizzi Internet principalmente per scaricare musica.¹¹ Il rapporto mette inoltre in evidenza il divario generazionale tra i giovani utenti ed i loro genitori: il 50% dei giovani ritiene di conoscere gli strumenti telematici meglio dei propri genitori, ed il 70% degli intervistati afferma di non parlare con costoro delle attività svolte on-line.¹²

Un tale panorama deve invitare alla riflessione sul problema della consapevolezza, ad opera dei giovanissimi utilizzatori di sistemi di condivisione di file, circa l'illiceità della loro condotta.

D'altro canto, rappresentando costoro una quota non irrilevante degli utenti di strumenti di file-sharing, devono essere prese in seria considerazione le conseguenze di un loro inevitabile coinvolgimento nei procedimenti penali avviati in applicazione delle norme introdotte dal decreto.

Le conseguenze, in termini di ritorno di immagine per i proponenti un simile provvedimento, potrebbero essere estremamente pesanti. Anche in questo caso possiamo trarre questa conclusione a partire da analoghe esperienze straniere, ed in particolare da quanto sta avvenendo negli Stati Uniti.

È bene ricordare che negli USA la condivisione di opere protette mediante sistemi Peer-to-peer rappresenta a tutt'oggi un mero illecito civile. Il titolare dei diritti d'utilizzazione economica delle opere scambiate possono, cioè, citare in giudizio, per ottenere un risarcimento dei danni patiti, gli utilizzatori.

Grazie ad una sentenza di una corte federale, la Recording Industry Association of America ottenne la possibilità di richiedere agli Internet Service Provider i dati identificativi degli utenti senza bisogno di ottenere un apposito provvedimento ad opera di un giudice.¹³

news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/music/3052145.stm

¹¹Media Awareness Network, *Young Canadians In A Wired World: Final Report*, finanziato dal Governo canadese, 2001, p.15. La versione completa della ricerca può essere reperita a questo indirizzo: http://www.media-awareness.ca/english/resources/special_initiatives/survey_resources/students_survey/students_survey_report.cfm

¹²*Idem*, a p. 17.

¹³*Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc.*, U.S. Dist. Court for the District of Columbia, 240 F. Supp. 2d 24; 2003 U.S. Dist. LEXIS 681; 65 U.S.P.Q.2D (BNA) 1574 (2003)

In sede di appello la corte ritenne che, per ottenere i dati che identificano un utente Internet, il titolare dei diritti di un'opera protetta debba invece chiedere uno specifico provvedimento di un giudice: *Recording Industry Association of America, Inc., Appellee v. Verizon Internet Services, Inc., Appellant*, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 351 F.3d 1229; 2003 U.S. App. LEXIS

In seguito a tale decisione la RIAA procedette alla citazione in giudizio di centinaia di utenti.

Nella prima ondata di citazioni due casi hanno attirato l'attenzione della stampa, nazionale ed internazionale: nella rete finirono una bambina di 12 anni ed un anziano signore di 71 anni.

L'anziano signore, del Texas, aveva "impunemente" concesso ai propri nipotini l'uso del proprio computer. Costoro, a sua insaputa, lo avevano utilizzato per scaricare musica.

Brianna, una giovane dodicenne, figlia di una madre divorziata che viveva negli alloggi di residenza agevolata della città di New York, fu trovata a condividere un migliaio di file contenenti le canzoni dei suoi artisti preferiti. La vicenda finì sulle prime pagine di tutti i giornali americani, con conseguenze di immagine, per la RIAA, assai pesanti: se la campagna della RIAA aveva in precedenza avuto il supporto della stampa, in quanto volta a combattere "pirati" e "ladri", una volta visto il volto di tali "pirati" e "ladri" l'umore del pubblico cambiò.¹⁴

La RIAA fu costretta a procedere immediatamente ad una transazione stragiudiziale con la giovane minorenni.¹⁵ La cifra che la bimba si impegnò a pagare con il compromesso fu interamente reperita mediante una colletta svolta on-line.¹⁶

Vi è da ritenere che, in conseguenza dell'approvazione del decreto in esame, simili eventualità avranno a verificarsi anche nel nostro paese ove, però, il file-sharing risulterà punito con pene molto severe, con conseguenze di immagine, per il legislatore, estremamente negative.

6 Il primato italiano

Il nostro paese si troverà ad essere il primo, nell'ambito della tradizione giuridica occidentale, ad aver optato per una repressione penale della condivisione on-line, senza fini di lucro, di opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore.

Ciò si pone in contrasto con la legislazione europea in materia, ed in particolare con la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale approvata lo scorso 26 aprile 2004.¹⁷

25735; 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1075; Copy. L. Rep. (CCH) P28,734 (2003).

¹⁴Cfr. *Labels' actions overshadow their message, observers say*, Mercury News, 15 settembre 2003, <http://www.mercurynews.com/mld/mercurynews/business/6775671.htm?1c>

«The music industry could have been seen as a victim – a generations-old industry being robbed blind by thieves depriving hard-working artists of their livelihoods.

«But the Recording Industry Association of America, representing the largest record labels in the world, sued Brianna LaHara?, a 12-year-old girl who lives with her single mother and younger brother in public housing in New York City.

«And suddenly, the trade association – in its effort to squelch illegal music sharing over peer-to-peer networks such as Kazaa and Grokster – looked more like a schoolyard bully.»

¹⁵RIAA settles with 12-year-old girl, CNET News.com, 9 settembre 2003, http://news.com.com/2100-1027_3-5073717.html?tag=st_rn

¹⁶Si veda *C-notes for Brianna. Outpouring of donations in download suit*, Daily News, 11 settembre 2003, <http://www.nydailynews.com/front/story/116703p-105168c.html>

¹⁷Il testo della direttiva non è ancora apparso, nel momento in cui scriviamo, sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee. Si veda il comunicato stampa della Commissione Europea: <http://europa.eu.int/>

Sebbene in essa, al Considerando (14), si affermi che rimane impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di applicare le misure di contrasto alla violazione dei diritti di proprietà intellettuale anche nei confronti di altri atti, tali misure devono essere «applicate unicamente ad atti commessi su scala commerciale [...] con l'esclusione di norma degli atti effettuati dai consumatori finali in buona fede». Inoltre il comma 2 dell'articolo 3 richiede che i rimedi adottati dagli Stati siano, oltre che effettivi e dissuasivi, proporzionali. Non si fatica, nelle disposizioni sopra analizzate, a riscontrare un difetto di proporzionalità nell'equiparazione del file-sharing alla condotta di chi eserciti «in forma imprenditoriale attività di riproduzione, distribuzione, vendita o commercializzazione, importazione di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi» (art. 171-ter, comma 2 lett. b) LdA).

Tale contrasto potrebbe risolversi nella necessità, per il legislatore italiano, di rivedere nel prossimo futuro la normativa oggi all'esame del Senato.

Altri ordinamenti stanno adottando un approccio diverso al problema. Recentemente la Canadian Recording Industry Association si è vista rifiutare, da parte di un giudice federale canadese, la richiesta di procedere all'identificazione di 19 utenti di sistemi di condivisione di file, in base all'argomento che lo scambio effettuato senza fine di lucro, in Canada, è legittimo.¹⁸

A ciò si aggiunga che autorevoli studiosi ritengono che il fenomeno del file-sharing potrebbe essere utilizzato dall'industria musicale per incrementare il proprio fatturato, utilizzando questi sistemi per analisi di mercato e per consentire agli utenti di vagliare i prodotti prima di procedere all'acquisto.¹⁹

7 Criminalizzazione del P2P

Con la repressione penale della condivisione telematica di opere protette si rischia di criminalizzare la tecnologia che tale scambio consente: il Peer-to-peer. Essa rappresenta invero l'essenza di Internet, consentendo a chiunque di collegarsi a ciascun altro individuo in rete senza l'intermediazione di terzi.

Ad ogni buon conto, il provvedimento all'esame del Senato non fermerà il file-sharing ed il relativo progresso tecnologico, sebbene siano facilmente ipotizzabili ricadute su di esso, alcune delle quali possono, facendo ricorso alla storia, essere previste con una certa qual dose di sicurezza.

Si prenda ad esempio la vicenda di Napster. Come noto tale sistema faceva perno su di un database centralizzato che consentiva agli utenti di reperire, tra i file messi a disposizione da altri, il materiale ricercato. Fu proprio l'uso di un database centralizzato che fece

rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/04/540|0|RAPID&lg=EN

¹⁸Si veda *Judge: File sharing legal in Canada*, CNET News.com, 31 marzo 2004, http://news.com.com/2100-1027_3-5182641.html?tag=mainstry

¹⁹Bhattacharjee, Sudip, Gopal, Ram D., Lertwachara, Kaveepan and Marsden, James R. , *Whatever Happened to Payola? An Empirical Analysis of Online Music Sharing* (October 2003). <http://ssrn.com/abstract=527345>; Bhattacharjee, Sudip, Gopal, Ram D., Lertwachara, Kaveepan and Marsden, James R. , *Retail Strategies in the Presence of Online Music Sharing* (March 20, 2004). <http://ssrn.com/abstract=520503>.

ritenere alle corti americane che la società che gestiva un tale sistema fosse corresponsabile (vicarious liability) delle attività dei propri utenti.²⁰

Le generazioni successive di sistemi di condivisione dei file furono costruiti cercando di evitare i problemi giuridici che le precedenti architetture avevano comportato, o i database che consentivano lo scambio furono situati in paesi i cui ordinamenti giuridici fossero compiacenti verso tali attività.

La repressione penale, se scoraggerà gli utenti italiani dal condividere, senza ovviamente avere impatto alcuno sulle attività globali svolte in rete, fornirà d'altro canto ulteriore incentivo allo sviluppo di tecnologie di scambio che impediscano la localizzazione dei fruitori e l'individuazione dei contenuti scambiati. Ma tali strumenti, incentivati dalla repressione di attività svolte da masse molto grandi di persone con il conseguente richiamo dell'attenzione di un numero crescente di programmatori volontari,²¹ potranno essere usati per attività il cui impatto sociale è assai più preoccupante dell'attività di scambio di materiale protetto dal diritto d'autore. La pornografia infantile o il terrorismo potrebbero trovare in tali tecnologie gli strumenti per garantire l'impunità a chi li pratici.

ANDREA ROSSATO

Dottore di ricerca in Diritto privato comparato; assegnista del Dipartimento di Scienze giuridiche e professore a contratto della Facoltà di Ingegneria, Università di Trento.

²⁰Si veda *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896; 2000 U.S. Dist. LEXIS 11862 (2003), ove il funzionamento di Napster è molto ben descritto.

La tutela inibitoria concessa dalla corte distrettuale fu confermata poi in appello: *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, U.S. Court of Appeals 9th Circ., 284 F.3d 1091; 2002 U.S. App. LEXIS 4752 (2002).

²¹Può forse essere utile ricordare che lo sviluppo di software mediante la collaborazione volontaria di programmatori può produrre risultati di grande innovatività ed impatto tecnologico: si pensi al sistema operativo GNU/Linux.