

LE “MISURE DI CONTRASTO ALLA DIFFUSIONE TELEMATICA ABUSIVA DI OPERE DELL’INGEGNO” NELLA LEGGE URBANI

GIANLUIGI FIORIGLIO (*)

1. CENNI INTRODUTTIVI

La progressiva diffusione di Internet e la digitalizzazione di informazioni di ogni tipo hanno messo in crisi il diritto d’autore¹. Infatti, se sino a pochi anni or sono la fruizione di alcune tipologie di opere dell’ingegno (come opere cinematografiche, musicali, ecc.) non poteva in alcuni casi prescindere dal possesso, anche temporaneo, del supporto che le conteneva, oggi la situazione è radicalmente mutata, atteso che il possesso di un computer anche di modesta capacità elaborativa, purché collegato ad Internet, può rendere superflua l’acquisizione del supporto, dal momento che le informazioni possono essere trasmesse mediante la Rete.

Pertanto, alla preesistente tipicità del supporto (ad esempio, videocassette e/o DVD, audiocassette e/o *compact disc*, ecc.) quale strumento di veicolazione delle opere dell’ingegno, oggi si sostituisce la polifunzionalità degli elaboratori elettronici, che, se tecnicamente adeguati, consentono una flessibilità prima impensabile nell’acquisizione e nella fruizione di contenuti multimediali.

Ovviamente, tale estrema facilità di acquisizione può portare a conseguenze pregiudizievoli per i titolari dei diritti d’autore sulle opere dell’ingegno che circolino *on line* e che siano acquisibili senza il previo pagamento del corrispettivo. Per tale motivo, già la creazione del ben noto *Napster*² aveva provocato la forte reazione della *Recording Industry Association of America* (RIIA), l’organizzazione che unisce le maggiori aziende discografiche americane, che aveva intrapreso un’azione giudiziaria nei confronti della *Napster Inc.* (la società che gestiva il *software*), costringendola poi alla cessazione dei propri servizi³.

La chiusura di *Napster*⁴ non ha tuttavia impedito né rallentato la notevole diffusione di altri *software* c.d. di *peer to peer* (detti anche di *file sharing*), ossia di quei programmi per elaboratore che consentono lo scambio di *file* di varia natura condivisi fra i vari utenti che siano connessi alla Rete. I programmi attualmente esistenti sono assai più versatili e potenti del “vecchio” *Napster*, poiché permettono, fra l’altro, di effettuare il *download* di intere opere cinematografiche e musicali, testi, programmi per elaboratore, ecc..

I programmi di *peer to peer* vengono oggi utilizzati anche per attività totalmente lecite, come, ad esempio, la distribuzione di *software* gratuito, che può rimanere tale proprio perché tali programmi evitano le spese dovute alla distribuzione di tali *software*. Gli strumenti informatici, infatti, di per sé sono “neutri”: la liceità o meno di ciò che viene svolto nel cyberspazio dipende dalle scelte del loro utilizzatore.

È in questo *background* che nel marzo del 2004 il legislatore italiano ha proseguito la propria attività in un settore complesso e dalle caratteristiche assolutamente inedite, volendo disciplinare fenomeni nuovi senza modificare radicalmente l’impianto legislativo, oramai vetusto, della legge

* Dottorando di ricerca in Scienze bioetico-giuridiche nell’Università di Lecce.

¹ Su questa tematica cfr., fra gli altri, B. PIOLA CASELLI, *Internet ed il diritto d’autore* (voce), in “Dig. disc. priv. – sez. civ.”, Utet, Torino, 2003, Agg., pp. 799-809.

² *Napster* è stato il primo *software* di *peer to peer* utilizzato in maniera diffusa. Esso consentiva il *download* (scaricamento) di *file* musicali sul proprio computer direttamente dagli elaboratori degli altri utenti connessi alla rete *Napster*. In pratica, una volta effettuata la connessione ad Internet, era sufficiente avviare il programma in questione, che si occupava, in maniera trasparente per l’utente, di collegarsi ai *server* *Napster*, che dunque facevano da “intermediari” fra i computer degli utenti, e svolgere una semplice ricerca fra i *file* condivisi, scegliendo, poi quelli da scaricare.

³ Sul caso *Napster* cfr., fra gli altri: P. BALSAMO, *Distribuzione on line di file musicali e violazione del copyright: il caso Napster*, in “Dir. aut.”, 2001, 1, pp. 34-59.

⁴ Oggi *Napster* esiste ancora, seppur in forma notevolmente diversa, poiché consente di scaricare legalmente *file* musicali dietro il pagamento di un corrispettivo.

sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633; d'ora in poi l.aut.). La l.aut., infatti, è stata emanata quando la rivoluzione informatica era ben lungi dall'esplosione, ma il legislatore italiano ha via via effettuato delle "aggiunte" e delle modificazioni⁵ che, come meglio si vedrà appresso, non solo non tengono conto delle specificità della materia oggetto di regolamentazione, ma che talvolta contraddicono la *ratio* della legge medesima o di sue norme specifiche. Oramai "la legge sul diritto d'autore ha subito così tanti interventi riformatori – alcuni dei quali sovrapposti anche a breve distanza di tempo – da somigliare alla tela di Penelope o al vestito di Arlecchino"⁶.

Fra le numerose modifiche apportate alla l.aut., è doveroso menzionare la legge 18 agosto 2000, n. 248, che ha fatto discutere per la nuova disciplina in tema di duplicazione abusiva di *software*. Difatti, l'art. 171 *bis*, così come modificato dalla legge n. 248/00, dispone che chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, «programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni». La l. 248/00 ha sostituito la dizione "a scopo di lucro" con la citata "per trarne profitto", così sanzionando penalmente anche il possesso non autorizzato di *software* e giungendo ad un eccessivo inasprimento di regime⁷.

Successivamente è stato emanato il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, di "attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione"⁸, che ha modificato in più punti la l.aut., cui si farà breve riferimento nel prosieguo della trattazione.

A distanza di poco meno di un anno dal d.lgs. ora citato, l'emanazione del d.l. 22 marzo 2004, n. 72, meglio noto come "Decreto Urbani" (dal nome del Ministro proponente), ha suscitato un acceso dibattito, soprattutto in Rete, circa l'opportunità di emanare un testo ispirato da una cieca logica repressiva e totalmente avulso dalla realtà fattuale o (meglio) virtuale.

L'*iter* di approvazione della legge che Ci occupa è stato alquanto travagliato, anche in virtù delle numerose proteste del "popolo della Rete", alcune sfociate anche in *netstrike* che, in diverse occasioni, hanno reso irraggiungibili alcuni siti istituzionali.

Nel caso di specie, comunque, il ricorso alla decretazione d'urgenza non pare assolutamente giustificato, poiché il fenomeno della pirateria non ha avuto, negli ultimi tempi, una espansione tale da legittimare la suddetta scelta del Governo, che ha portato, poi, all'emanazione di un testo "imperfetto". Sul punto, le parole pronunciate da Giuliano Urbani nel corso della seduta n. 606 del 18 maggio 2004 appaiono illuminanti: "chiedo al Senato il sacrificio di legiferare in un modo che normalmente è da tutti riconosciuto non opportuno, cioè attraverso lo strumento della decretazione di urgenza, nel riconoscimento che alcune materie richiedono un intervento urgente ancorché considerato come imperfetto. Si tratta di imperfezioni che sono compatibili con la natura del provvedimento di urgenza e che non pregiudicano la possibilità del miglioramento *a posteriori* in

⁵ Già con riferimento alla legge 29 dicembre 1991, n. 518, sulla tutela dei programmi informatici, Vittorio Frosini evidenziava che essa «consiste in un tentativo di adattamento alle nuove condizioni tecnologiche ed alle nuove esigenze sociali della legge sul diritto di autore del 22 aprile 1941, n. 633. Invece di emanare una nuova legge organica, si è infilato nel vecchio sacco, che contiene la normativa creata per proteggere i romanzi di D'Annunzio e di Pirandello, ed assicurare ai discendenti i diritti di autore per un congruo numero di anni, una merce completamente diversa, di rapida obsolescenza e di difficile controllo, come è quella dei programmi informatici» (*I giuristi e la società dell'informazione*, in "Dir. inf.", 1996, 1, p. 18).

⁶ M. S. SPOLIDORO, *Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione*, in "Corr. giur.", 2003, 7, p. 848.

⁷ G. VACIAGO, *Il diritto d'autore e Internet*, in IDEM (a cura di), *Internet e responsabilità giuridiche. Lineamenti, materiali e formulari in tema di diritto d'autore, nomi a dominio, Pubblica Amministrazione, privacy, reati informatici*, La Tribuna, Piacenza, 2002, p. 20. Sulla legge 248/00 cfr., fra gli altri, P. ONORATO, *La tutela penale del diritto d'autore dopo la legge 248/2000*, in "Cass. pen.", 2003, 2, p. 675.

⁸ Cfr., fra gli altri, E. O. POLICELLA, *Le principali novità in materia di diritto d'autore introdotte dal D.Lgs n. 68/2003*, in "Dir. ind.", 2003, 4, pp. 372-386; M. S. SPOLIDORO, *op. cit.*, pp. 845-848.

tempi brevi”⁹. Il Governo si è, comunque, impegnato ad una pronta modifica del testo che è stato poi definitivamente approvato con la legge 21 maggio 2004, n. 128, detta “Legge Urbani” (d’ora in poi l.u.), per quanto, a tutt’oggi (28 luglio 2004) ancora le modifiche non siano state effettuate. Tale legge ha un contenuto eterogeneo: difatti, mentre l’art. 1 disciplina “misure di contrasto alla diffusione telematica abusiva di opere dell’ingegno”, le successive norme sono “a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo”, con evidente eterogeneità di contenuti. In questo scritto ci si soffermerà unicamente sull’analisi delle disposizioni di cui all’art. 1.

3. IL “BOLLINO VIRTUALE”

L’art. 1 comma 1 l.u. dispone che “al fine di promuovere la diffusione al pubblico e la fruizione per via telematica delle opere dell’ingegno e di reprimere le violazioni del diritto d’autore, l’immissione in un sistema di reti telematiche di un’opera dell’ingegno, o parte di essa, è corredata da un idoneo avviso circa l’avvenuto assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d’autore e sui diritti connessi. La comunicazione, di adeguata visibilità, contiene altresì l’indicazione delle sanzioni previste, per le specifiche violazioni, dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni”.

L’assolvimento di tale onere non sembra possa contribuire in alcun modo a promuovere la diffusione e la fruizione delle opere dell’ingegno, ma costituisce, invero, una inutile formalità, che, oltretutto, non è stata sino ad oggi rispettata neanche dalla stessa S.I.A.E. e, addirittura, proprio dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali, ossia dal Ministero capeggiato proprio da Giuliano Urbani, il cui sito *web* non reca il suddetto avviso (già detto “bollino virtuale”).

La sopracitata norma, comunque, necessita di ulteriore specificazione, poiché “le relative modalità tecniche e i soggetti obbligati sono definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro delle comunicazioni, sulla base di accordi tra la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e le associazioni delle categorie interessate. Fino all’adozione di tale decreto, l’avviso deve avere comunque caratteristiche tali da consentirne l’immediata visualizzazione”.

In alcuni casi, tale norma non può, di fatto, trovare applicazione. Si pensi all’immissione in Rete, mediante un programma di *peer to peer*, di un *software* di pubblico dominio o *freeware*. Nonostante proprio l’autore di esso ne auspichi una larga diffusione (altrimenti non lo avrebbe rilasciato), come è mai possibile corredare lo stesso *file* di un idoneo avviso? Potrebbe essere possibile comprimere il programma in questione ed inserire un *file* di testo all’interno dell’archivio così creato, ma ciò potrebbe costituire una violazione delle regole di condotta sancite proprio dall’autore del *software*, perché in taluni casi il consenso preventivo è subordinato al fatto che la distribuzione dell’opera avvenga senza apportare alcuna modifica. Ne consegue che, in tali ipotesi, qualora non si corredasse l’opera dell’avviso, si violerebbe di certo l’art. 1 comma 1 l.u., ma si rispetterebbero le modalità di distribuzione stabilite dal titolare dei diritti d’autore; al contrario, qualora ciò avvenisse nel modo sopra descritto, questa disposizione potrebbe forse essere rispettata, ma si violerebbero le modalità di distribuzione; in ogni caso, l’avviso potrebbe non risultare abbastanza visibile.

Da quanto detto si evince che, probabilmente, questa norma, sia stata pensata in riferimento ai siti *web*, eppure il suo ambito applicativo è ben più vasto, atteso il riferimento “all’immissione in un sistema di reti telematiche di un’opera dell’ingegno, o parte di essa”. Ci si augura, dunque, che l’emanando decreto risolva questa *impasse*, altrimenti insuperabile, considerando, oltretutto, che l’utilizzo di una espressione tanto vasta quanto “reti telematiche” può portare a conseguenze aberranti nell’applicazione di questa norma. Difatti, una rete di questo tipo può essere costituita mediante l’interconnessione diretta di pochi computer ed utilizzata esclusivamente da pochi utenti, come nel caso di una piccola azienda. Anche in tal caso, tuttavia, la norma dovrebbe trovare applicazione, poiché questa disposizione non distingue fra reti “aperte” (come Internet) e reti “chiuse” (come una rete del tipo ora esemplificato).

⁹ Il resoconto stenografico della seduta è consultabile sul sito *web* del Senato, all’indirizzo <http://www.senato.it/bgt/ShowDoc.asp?leg=14&id=00111842&tipodoc=Resaula&modo=PRODUZIONE>.

Oltretutto, il concetto di “immissione” presuppone un comportamento attivo da parte del soggetto agente, che non si realizza quando il titolare dei diritti d’autore sull’opera dell’ingegno volutamente (o non)¹⁰ condivide, mediante un programma di *file sharing*, la stessa opera dell’ingegno, senza corredarla dell’idoneo avviso, ma lasciandola unicamente a disposizione degli altri utenti. Tecnicamente, tuttavia, può affermarsi che la connessione del computer alla rete comporti automaticamente l’immissione dei *file* in essi contenuti, per cui in tal caso la norma troverebbe comunque applicazione.

Più in generale, il rispetto di tale formalità rischia di appesantire inutilmente i siti *web* italiani, atteso che oggi i siti, per lo più, sono costituiti da elementi eterogenei: testo, immagini, musiche, animazioni, ecc. Tale limitazione porterebbe i siti italiani ad essere svantaggiati rispetto a quelli stranieri, che non dovrebbero recare tale avviso.

Non solo. Anche una semplice *email*, probabilmente, dovrebbe essere corredata da un “idoneo avviso”: ogni commento in merito appare, a questo punto, superfluo. Ci si chiede, tuttavia, quale sia la *ratio* di questa norma. Le leggi, infatti, vanno rispettate, e così la normativa sul diritto d’autore, indipendentemente dalla predisposizione del bollino virtuale, il cui unico risultato non può che essere una maggiore scomodità nella navigazione dei siti *web* italiani, poiché tali avvisi riempiono ciascuna pagina di contenuti inutili.

Adirittura, chi ha la titolarità dei diritti d’autore su ciascun elemento del proprio sito dovrà corredarlo dell’avviso predetto, almeno sino all’emanazione del d.p.c.m.¹¹ Si concorda, dunque, con chi sottolinea l’assurdità di una disposizione che impone un obbligo generalizzato ed immediato, salvo poi specificare in seguito non solo le relative modalità ma addirittura i soggetti tenuti all’osservanza della norma¹², la cui violazione è punita con una sanzione pecuniaria amministrativa da 103 a 10.000 €, in virtù del rinvio operato dall’art. 1 comma 7 l.u. all’art. 21 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70. In merito, premettendo che la sanzione non pare proporzionata all’illecito, si rileva l’inutilità di tale rinvio, poiché il trattamento sanzionatorio ben poteva essere previsto nella stessa l.u., senza operare il siffatto rinvio.

4. LA MODIFICAZIONE DELL’ART. 171 TER DELLA LEGGE SUL DIRITTO D’AUTORE

L’art. 1 comma 2 l. 128/04 modifica l’art. 171 *ter* comma 1 l.aut., dilatandone notevolmente l’ambito di applicazione, poiché sostituisce le parole “a fini di lucro” con “per trarne profitto”.

L’art. 171 *ter* comma 1 l.aut. disciplina le ipotesi di duplicazione, riproduzione, diffusione o trasmissione in pubblico di opere dell’ingegno diverse dal *software*, la cui disciplina è contenuta nel citato art. 171 *bis* l.aut.. Pertanto, “è punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire¹³ chiunque per trarne profitto:

a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un’opera dell’ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento;

¹⁰ Talvolta è possibile condividere distrattamente *file* senza volerlo, in ragione della struttura ad albero in cui è organizzata la memorizzazione dei *file* stessi all’interno del disco rigido di ciascun computer.

¹¹ G. NAVARRINI, *Decreto Urbani dopo l’approvazione della Camera*, in <http://www.patnet.it>.

¹² G. NAVARRINI, *ivi*.

¹³ La condanna per uno dei reati previsti dall’art. 171 *ter* comma 1 l.aut. comporta, altresì: l’applicazione delle pene accessorie di cui agli artt. 30 (“interdizione da una professione o un’arte”) e 32 *bis* (“interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese”) cod. pen.; la pubblicazione della sentenza in uno o più quotidiani, di cui almeno uno a diffusione nazionale, e in uno o più periodici specializzati; la sospensione per un periodo di un anno della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per l’esercizio dell’attività produttiva o commerciale.

- b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati;
- c) pur non avendo concorso alla duplicazione o riproduzione, introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, o distribuisce, pone in commercio, concede in noleggio o comunque cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmette a mezzo della radio, fa ascoltare in pubblico le duplicazioni o riproduzioni abusive di cui alle lettere a) e b);
- d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della [... l.aut.], l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato;
- e) in assenza di accordo con il legittimo distributore, ritrasmette o diffonde con qualsiasi mezzo un servizio criptato ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato;
- f) introduce nel territorio dello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, distribuisce, vende, concede in noleggio, cede a qualsiasi titolo, promuove commercialmente, installa dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto.
- f *bis*) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102 *quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. Fra le misure tecnologiche sono comprese quelle applicate, o che residuano, a seguito della rimozione delle misure medesime conseguentemente a iniziativa volontaria dei titolari dei diritti o ad accordi tra questi ultimi e i beneficiari di eccezioni, ovvero a seguito di esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa o giurisdizionale;
- h) abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche di cui all'articolo 102 *quinquies*, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse”.

Che la norma in oggetto abbia, a seguito della suddetta modifica, un ambito di applicazione assai più vasto risulta confermato anche dall'orientamento della Suprema Corte in merito all'art. 171 *bis* l.aut., novellato dalla l. 248/00. La Corte di Cassazione ha infatti affermato che “in tema di detenzione di prodotti privi di contrassegno Siae, la modifica del comma 1 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”¹⁴.

Pertanto, nessun dubbio può sorgere in merito all'estensione operata dal legislatore con la novella: del resto non si spiegherebbe altrimenti la differenza fra lo “scopo di lucro” ed il “fine di trarne profitto”.

Le conseguenze di siffatta estensione sono di vario ordine, ove si consideri il riferimento alla commissione del fatto “per uso non personale”. In dottrina, infatti, si è evidenziato come sia difficile definire, ad esempio, cosa debba intendersi per diffusione al pubblico per uso non

¹⁴ Cass. 25 giugno 2001, n. 33.303.

personale¹⁵, per cui anche la semplice condivisione di opere dell'ingegno in forma elettronica mediante un programma di *file sharing* potrebbe in ipotesi portare all'applicazione della norma *de quo*, anche se sembra corretto ritenere che, in un caso simile, debba trovare applicazione la successiva previsione di cui all'art. 171 *ter* comma 2 lett. *a-bis*) l.aut..

5. L'AGGIUNTA DELLA LETTERA *A-BIS*) AL COMMA 2 DELL'ART. 171 *TER* DELLA LEGGE SUL DIRITTO D'AUTORE

L'art. 1 comma 3 l.u. introduce la lettera *a-bis*) all'interno del comma 2 dell'art. 171 *ter* l.aut., la cui *ratio* consiste nel punire chi commette taluni crimini lesivi dei diritti d'autore su un numero elevato di opere (oltre cinquanta) o, comunque, effettua un'attività illecita in forma "imprenditoriale".

Tuttavia, in stridente contrasto a tale *ratio*, la l.u. punisce con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da 2.582,28 a 15.493,71 € chiunque, "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".

Risulta incomprensibile la differenza di trattamento sanzionatorio fra le fattispecie di cui all'art. 173 *ter* comma 2 lett. *a-bis*) l.aut. e le corrispondenti fattispecie di cui al comma precedente¹⁶. Il *quid pluris*, nel primo caso, è costituito dal mezzo comunicativo, ossia le reti telematiche. Evidenti, quindi, i dubbi di illegittimità costituzionale della norma *de quo*, poiché opera un trattamento sanzionatorio ingiustificatamente diverso a fattispecie sostanzialmente omogenee.

Tale norma può trovare larga applicazione nel caso di trasferimento di *file* operato mediante buona parte dei citati *software* di *file sharing*. Difatti, alcuni programmi di questo tipo, per consentire una maggiore diffusione dei *file*, non permettono all'utilizzatore di "scaricare" (*download*) sul proprio computer i *file* che desidera se questi non li condivide. Invero, mentre il proprio elaboratore elettronico acquisisce i dati, automaticamente li condivide e l'utente può solamente scegliere la velocità di trasmissione degli stessi, che è però proporzionale alla velocità di *download*. Atteso che il fine di trarre profitto dalla propria condotta può realizzarsi anche in un mancato esborso economico, chi consapevolmente scarica un'opera dell'ingegno mediante tali *software* può essere punito ai sensi dell'art. 173 *ter* comma 2 lett. *a-bis*) l.aut. poiché, per poter acquisire il *file*, necessariamente deve dividerlo e dunque "comunicarlo", seppur in parte.

Inoltre, già nella disciplina vigente altre disposizioni regolano fattispecie simili: l'art. 171 l. aut. prevede per chi immette in rete illecitamente, ma non a scopo di lucro, materiale protetto, una sanzione amministrativa compresa tra 51 e 2.065 €, mentre l'art. 174 *ter* l. aut. prevede una sanzione amministrativa compresa tra 154 e 1.032 € per chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, opere o materiali protetti. "L'inasprimento delle sanzioni è quindi violento"¹⁷ ed, altresì, ingiustificato qualora si tengano presenti le conseguenze lesive della condotta dell'agente, poiché l'apporto di ciascun utilizzatore di tali programmi, eccezion fatta per il c.d. *releaser*, ossia chi, per primo, rilascia il *file* oggetto di condivisione, è assolutamente microscopico nella più generale considerazione della distribuzione abusiva della singola opera dell'ingegno.

Pertanto, ad un esiguo vantaggio per chi "delinque" (ad esempio, il potenziale profitto può consistere nel mancato acquisto di un biglietto del cinema) si accompagna un ben più esiguo ed aleatorio "danno" nei confronti del soggetto che subisce le "conseguenze" di questo "reato".

Il rispetto della previsione di cui all'art. 171 *ter* lett. *a-bis*) l.aut. è garantito anche dal fatto che le "segnalazioni di interesse in materia di prevenzione e repressione delle violazioni" di cui alla suddetta norma sono raccolte dal Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno,

¹⁵ G. SCORZA, *Ordine, contrordine uguale disordine: la conversione del Decreto Legge Urbani*, in <http://www.telejus.it/idea/mostra.php?pid=7&pidarea=14>.

¹⁶ Così anche G. A. CAVALIERE, *Siamo tutti pirati! Il decreto Urbani affoga la cultura*, in <http://www.studiocelestano.it/editorial/articolo.asp?id=926>.

¹⁷ P. NUTI, *Decreto Urbani: nuove criticità nel testo approvato dalla Camera*, in <http://www.interlex.it/copyright/pnuti7.htm>.

“assicurando il raccordo con le Amministrazioni interessate”. Fa quasi sorridere che il Dipartimento della *pubblica sicurezza* debba occuparsi, magari, di un fanciullo che scarica un *file*: la connessione con la pubblica sicurezza risulta alquanto sfuggente!

6. IL RUOLO DEI PROVIDER NELLA REGOLAMENTAZIONE DELLA LEGGE URBANI

L'art. 1 comma 5 l.u. dispone che “a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate”.

L'art. 1 comma 6 l.u. dispone che “a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica di cui [... alla l.u.], i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti, fatto salvo quanto previsto agli articoli 14¹⁸, 15¹⁹, 16²⁰ e 17²¹ del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti medesimi”.

Ai sensi dell'art. 1 comma 7 l.u., la violazione degli obblighi di cui alle norme sopracitate è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da 50.000 a 250.000 €

In dottrina si è evidenziato che una siffatta condotta è già prevista e punita dall'art. 378 cod. pen. (“favoreggiamento”), reato sanzionato con una multa pari a 516,45 €. È questa la sanzione che viene comminata, per esempio, a chi “aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità” nel caso di una rapina a mano armata. “Ma, con la nuova legge, il *provider* che non rivela l'identità dell'autore di una violazione di *copyright* soggiace a una pena da 100 a 500 volte più alta! Senza considerare che, nel caso del reato di favoreggiamento, la condanna è pronunciata dopo un processo

¹⁸ *Responsabilità nell'attività di semplice trasporto (mere conduit)*, art. 14 d.lgs. 70/03: si prevede l'esonero da responsabilità sia per il prestatore di un servizio consistente nella trasmissione, su una rete di comunicazione, di informazioni per conto degli utenti (*mere conduit*) che per un *access provider*, purché essi non diano origine alla trasmissione, non ne selezionino il destinatario e non selezionino né modifichino le informazioni trasmesse.

¹⁹ *Responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea (caching)*, art. 15 d.lgs. 70/03: si esonera da responsabilità il prestatore di un servizio di *caching*, ossia della memorizzazione sui propri elaboratori di determinate informazioni reperite *on line*, al fine di agevolare l'accesso ai destinatari del servizio, purché il prestatore non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni ed alle norme di aggiornamento delle informazioni, non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale od un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

²⁰ *Responsabilità nell'attività di memorizzazione delle informazioni (hosting)*, art. 16 d.lgs. 70/03: si esonera da responsabilità l'*host provider* (ossia chi effettua la “memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio”) per le informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, purché il prestatore del servizio non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

²¹ *Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza* (art. 17 d.lgs. 70/03): il *provider* non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Il prestatore deve comunque “informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione”; “fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite. Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente”.

davanti a un giudice “terzo”, mentre la sanzione amministrativa è decisa direttamente dall’autorità procedente²².

Il rispetto delle normative sinora accennate potrebbe però spingere i prestatori di servizi della società dell’informazione “a porre in essere – al fine di eliminare in radice ogni possibile contestazione/responsabilità – preoccupanti forme di controllo sui contenuti diffusi dagli utenti attraverso i propri servizi”, rischiando, in tal caso, di violare addirittura norme di rango costituzionale, come il diritto di libera manifestazione del pensiero²³.

7. IL DIRITTO ALLA COPIA PRIVATA E L’EQUO COMPENSO SU MEMORIE DIGITALI E MASTERIZZATORI

Ai sensi della l.aut., la copia privata di un’opera dell’ingegno protetta dal diritto d’autore è consentita a fronte del pagamento preventivo di un equo compenso calcolato in percentuale sul prezzo dei supporti di memorizzazione. Pertanto, non è necessario possedere la copia – sorgente, ma non è consentita la cessione della suddetta copia a terzi²⁴.

L’art. 71 *sexies* comma 4 l.aut. (introdotto dal d.lgs. 68/03) dispone, poi, che “la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell’opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell’opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti”²⁵.

Pertanto, qualora un cittadino italiano voglia esercitare il proprio diritto ad effettuare mediante il proprio computer una copia personale di un’opera dell’ingegno regolarmente acquistata, si trova costretto a pagare addirittura quattro diverse tasse, gravanti ciascuna sul supporto originale, sul supporto vergine, sull’*hardware* nonché sul *software* per la masterizzazione.

A ben vedere ciò è ancor più grave nelle ipotesi in cui la copia avvenga su opere dell’ingegno create dal cittadino stesso, come comuni fotografie create con la propria fotocamera digitale. Per poterle masterizzare, infatti, è necessario pagare, previamente, le tasse gravanti sul supporto vergine, sull’*hardware* e sul *software*. Ovviamente tali balzelli devono essere pagati anche da chi effettua copie di riserva di propri dati, per cui ci si trova nell’assurda situazione di dover pagare i diritti d’autore a se stessi, senza mai poter riottenere quanto pagato!

È in questo quadro fattuale e normativo che si pongono gli ingiustificati aumenti dei balzelli sui supporti di memorizzazione, che ne hanno fatto lievitare notevolmente il prezzo. Nella Relazione governativa al d.lgs. 68/03²⁶ si affermava che l’adeguamento delle somme dovute a titolo di “equo compenso” fosse dovuto alla previsione della direttiva 2001/29/CE di un adeguato indennizzo ai titolari di diritti per il pregiudizio subito per la copia privata.

Le previsioni della l.u. aggravano ulteriormente questa situazione, in ragione della misura, invero già prima eccessiva, dell’equo compenso, atteso che, ai sensi dell’art. 1 comma 8 lett. a) l.u., esso è stabilito in 0,36 € per ogni gigabyte “memorie digitali idonee per audio e video, fisse o trasferibili, quali *flash memory* e cartucce per lettori MP3 e analoghi” e, ai sensi dell’art. 1 comma 8 lett. b) l.u., nel 3 % del prezzo di listino al rivenditore di “apparecchi esclusivamente destinati alla masterizzazione di supporti DVD e CD” e di “*software* finalizzato alla masterizzazione”.

²² M. CAMMARATA, *Da Passigli a Urbani l’arroganza del legislatore*, in <http://www.interlex.it/copyright/urbani5.htm>.

²³ G. SCORZA, *op. cit.*

²⁴ ALCEI, *Il “Decreto Urbani” sulla criminalizzazione del Peer-toPeer*, in <http://www.interlex.it/copyright/alcei17.htm>

²⁵ Si consideri, altresì, che la copia analogica di un supporto digitale non consente al legittimo acquirente di avere una vera e propria copia del prodotto da lui acquistato, attese le differenti caratteristiche dei supporti. Pertanto, la copia analogica di un *compact disc* musicale comporta un degrado notevole della qualità del flusso audio, mentre la copia analogica di un DVD cagiona un complessivo decadimento della qualità dei flussi audio e video. Inoltre, in tali ipotesi non risulta più possibile poter utilizzare le avanzate modalità di ricerca e di avanzamento proprie dei supporti digitali. Ne consegue che il “diritto” del legittimo acquirente alla copia privata si sostanzia, al più, nella possibilità di effettuare una “brutta copia” di quanto legittimamente acquistato.

²⁶ In “Guida dir.”, 2003, 19, p. 34.

In riferimento al *software*, bisogna evidenziare che taluni programmi consentono la masterizzazione di *compact disc* e DVD quale caratteristica aggiuntiva, che non ne muta la natura di programma non finalizzato, almeno primariamente, alla riproduzione. Così alcuni sistemi operativi, riproduttori di *file* musicali, ecc., potrebbero subire un aumento ingiustificato del loro prezzo, qualora della norma in questione non venisse data una interpretazione corretta.

A ben vedere, chi risulta punito in maggior misura dall'equo compenso è "il buon cittadino", "che accetterà anche le decisioni più difficili, che non mette in dubbio l'amministrazione della legge e la legificazione della società"²⁷, mentre chi commette illeciti conseguirà, nonostante il pagamento delle suddette imposte, il citato "profitto" derivante dal mancato pagamento del corrispettivo dovuto per la fruizione di un'opera dell'ingegno. Il "buon cittadino", invece, dovrà pagare ad altri il corrispettivo che spetterebbe a lui stesso sulle opere dell'ingegno da lui create e dovrà pagare le conseguenze degli illeciti altrui, non potendosi mai "emancipare" dal suo *status* di "delinquente presunto".

8. CONCLUSIONI

Come si è visto, la legge Urbani è emblematica delle difficoltà che il legislatore incontra nell'intervenire su materie complesse ed in continua e rapida evoluzione. Non solo la previsione di un obbligo di "avvisare" circa l'avvenuto assolvimento della normativa sul diritto d'autore è tanto opinabile che la medesima disposizione non è stata rispettata neanche da praticamente tutti i siti *web* istituzionali. Non solo le sanzioni penali, come si è visto, sono assolutamente sproporzionate. Soprattutto tale legge potrebbe essere interpretata come un asservimento della politica all'economia ed al mercato, quasi che "le lobby del copyright" al *pay per view* ed al *pay per listen* negli ultimi anni abbiano affiancato la "law on demand"²⁸, della cui intrinseca pericolosità non è dato dubitare, poiché il potere legislativo corre il rischio di diventare intermediario del potere economico, con uno sconvolgimento dell'intero assetto istituzionale.

Il rifiuto della tecnologia, che si concretizza nella criminalizzazione di condotte talvolta illecite e talvolta legittime, può far aumentare il *gap* che divide l'Italia dai paesi tecnologicamente più avanzati, perché le risorse vengono investite non nella ricerca ma piuttosto nella repressione. Dunque, anziché sperimentare nuove modalità di tutela della proprietà intellettuale che tengano conto delle mutate esigenze della odierna società dell'informazione, il legislatore italiano tenta di adattare logiche statiche ed obsolete ad una realtà che per sua stessa definizione è dinamica e fortemente mutevole.

La stessa tecnologia offre, già oggi, strumenti idonei a garantire un corretto bilanciamento di *tutti* gli interessi coinvolti. Non può infatti negarsi la necessità di tutelare la proprietà intellettuale, ma non ci si può certo dimenticare che se è vero che l'iniziativa economica è libera, è anche vero che questa non deve svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

Ciò nondimeno, un corretto uso degli strumenti informatici rappresenta una opportunità unica anche per i creatori di opere dell'ingegno, poiché tali strumenti possono costituire nuovi canali di distribuzione, più rapidi e sicuri di quelli tradizionali, ed anche assai remunerativi. Si pensi, ad esempio, al sistema di distribuzione di musica *on line* della Apple (iTunes), mediante il quale sono stati distribuiti più di cento milioni di *file* musicali, al prezzo di 99¢ a brano. Diversi fattori, fra cui lo sfruttamento delle connessioni a banda larga, nonché di computer con caratteristiche multimediali, possono consentire la trasmissione "sicura" di intere opere cinematografiche a prezzi inferiori rispetto ai "vecchi" canali di distribuzione, che, oltretutto, non devono necessariamente essere soppiantati, poiché gli strumenti informatici si pongono, in tali casi, in condizione di complementarità.

²⁷ T. SERRA, *Il disagio del diritto. "Stato punitivo" e disobbedienza civile*, Giappichelli, Torino, 1993.

²⁸ L'efficace espressione è di Andrea Monti (*Legge comunitaria e diritto d'autore: Law on demand?*, in <http://www.interlex.it/copyright/amonti56.htm>).

Oggi non si può certo negare che sia in atto una vera e propria rivoluzione informatica: anziché combattere il progresso tecnologico, non avrebbe forse più senso tentare di comprenderne le potenzialità e sfruttarle rettamente?