

L. 633/1941, d.lgs 68/2003 e peer to peer: un'ipotesi ricostruttiva

Abstract

Avv. Giovanni Battista Gallus
LL.M. Master of Laws. Dottore di ricerca
Foro di Cagliari.

Le problematiche connesse alla sussistenza di un trattamento sanzionatorio (ed alla sua natura) con riguardo alle condotte di diffusione di opere protette da diritto d'autore (musica, film, software), mediante peer to peer, analizzando le varie modalità di distribuzione.

Qualunque utente di Internet, anche soltanto alle prime armi, sa bene che attraverso la rete, tramite svariati sistemi peer to peer, è possibile scaricare opere protette da diritto d'autore, senza pagare alcunché.

Il fenomeno è esploso grazie alla diffusione della banda larga, e non tende ad attenuarsi.

Negli Stati Uniti, la RIIA¹ ha promosso una vera e propria crociata contro le violazioni del copyright, e, soprattutto, contro quelle commesse attraverso Internet.

Gli effetti di questa campagna hanno iniziato a riverberarsi anche in Europa: si pensi al caso Kazaa-FastTrack in Olanda, oppure alle recentissime dichiarazioni di Jay Berman, CEO di IFPI², il quale ha affermato che “making available copyrighted music without permission on the internet - that means the bulk of all file-sharing - is illegal in practically every country of the world. Those who ignore this legal reality may have to face the consequences. Whether there is a profit motive or not is totally irrelevant. The publicists of unauthorised file-sharing will suggest this is a grey area. It is not a grey area. It is clear under international law, including WTO rules and the WIPO Treaties. Lawsuits on a large scale have so far been restricted to the US; this 'fightback' will almost inevitably have to take place internationally as well”.

E' evidente quindi l'intento di intraprendere azioni legali a tutela delle violazioni del diritto d'autore, anche in Europa.

Prendendo le mosse da queste considerazioni di carattere generale, il contributo consisterà in un'analisi della disciplina giuridica della condivisione e dello scambio di opere protette da diritto d'autore, mediante sistemi peer to peer, secondo il diritto italiano, avendo cura di verificare in particolare la sussistenza di eventuali ipotesi di responsabilità penale.

¹ Recording Industry Association of America (<http://www.riaa.com>), nel cui sito può leggersi una istruttiva sezione intitolata “anti-piracy”, che dà atto di mirabolanti operazioni di polizia, accompagnate da arresti e condanne esemplari.

² <http://www.ifpi.org/>. In particolare, si veda <http://www.ifpi.org/site-content/press/20031216.html>.

La materia, com'è noto, è stata oggetto di una recente riforma, operata dal Decreto Legislativo 68/2003, di recepimento della direttiva 2001/29/CE (cd. EUCD, secondo molti stretta parente del DMCA – Digital Millenium Copyright Act).

La riforma, subito aspramente criticata, è stata accompagnata da annunci di mega-retate contro gli utenti dei sistemi p2p³.

In realtà, le modifiche operate dal D.lgs 68/03, pur incisive, non hanno toccato un punto cardine della fattispecie più rilevante, vale a dire l'art. 171^{ter} L.d.A., e cioè la previsione del dolo specifico, giacché il fatto deve essere commesso **per uso non personale e a fini di lucro**.

Si può tracciare quindi una netta differenza tra il dolo richiesto per la duplicazione abusiva di software (disciplinata dall'art. 171^{bis} L.d.A.), ove è sufficiente il fine di profitto⁴, e quello invece richiesto per le fattispecie previste dall'art. 171^{ter} L.d.A., ove, come detto, è ancora prevista, **per tutte le condotte ivi sanzionate**, la sussistenza del ben più stringente requisito del fine di lucro⁵.

Tale dolo specifico ben difficilmente potrà essere riscontrabile nella condotta di chi, per uso esclusivamente personale, condivide o scarica dei files contenenti opere protette da diritto d'autore.

Partendo da quest'assunto, il contributo si estenderà all'analisi di altre eventuali sanzioni penali astrattamente applicabili alle condotte in questione, con particolare riguardo all'art. 171 L.d.A., per passare, in conclusione, ad una breve disamina delle sanzioni amministrative, già previste dall'art. 16 L. 248/00, e ora trasfuse, senza radicali modifiche, nell'art. 174^{ter} L.d.A.

(Dicembre 2003 – Riproduzione riservata)

³ Sul punto, <http://punto-informatico.it/p.asp?i=44293>.

⁴ E' noto che anche per tale fattispecie fosse previsto il fine di lucro, e la norma sia stata modificata sul punto dalla L. 8/8/2000, n 248, vera e propria "risposta" normativa alla giurisprudenza di merito – prima fra tutte la storica sentenza 26/11/96 della Pretura di Cagliari - che aveva operato una chiara delimitazione, in senso restrittivo, del concetto di "lucro".

⁵ Sulla definizione di lucro è illuminante il cristallino iter argomentativo della succitata sentenza del Pretore di Cagliari: "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" – la sentenza è reperibile su http://www.penale.it/giuris/meri_001.htm.