

ROBERTO FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 604.

1. Il volume di Roberto Flor, edito nella collana “Studium Juris Veronense” dell’Università di Verona, comprende una vasta e approfondita indagine su molteplici profili penalistici del diritto d’autore. L’accostamento, nel titolo, tra “tutela penale” ed “autotutela tecnologica” addita uno dei motivi centrali dell’opera: l’incontro dello strumento più autoritario del quale l’ordinamento dispone per la tutela dei suoi interessi con la possibilità, schiusa dalla tecnologia, di provvedere ad una “auto-tutela” dei diritti d’autore da parte dei titolari. Lo scenario è “l’epoca di Internet”, la rete e il turbinio di dati ed informazioni che incessantemente la percorrono.

La trattazione si snoda lungo sette capitoli, preceduti da un’introduzione, e corredati da una ricchissima bibliografia. Il metodo si giova dell’apporto indispensabile della comparazione giuridica. Lo stile ha lo specifico pregio di non abusare di chiose “tecnologiche” (ove indispensabili, spesso relegate nelle note), così da rendere il testo scorrevole anche per il lettore meno aduso al lessico informatico.

2. A seguito di una pregnante introduzione, nella quale sono richiamati problemi di fondo della regolazione giuridica del diritto d’autore, il primo capitolo ricostruisce il quadro essenziale dei concetti extrapenali e delle fonti giuridiche di riferimento. Tra le fonti, risalta il ruolo di quelle sovranazionali, in particolare europee, dalle quali è lecito attendersi un contributo alla sistematizzazione della normativa interna.

Se l’evoluzione normativa è segnata dai predetti strumenti internazionali, per cogliere l’essenza dei fenomeni che ne costituiscono l’entroterra è necessario rivolgere lo sguardo oltreoceano. Ed è quanto fa l’Autore nel corso del secondo capitolo, incentrato sul *criminal copyright infringement* negli Stati Uniti. Le soluzioni legislative e giurisprudenziali rinvenibili nell’ordinamento statunitense, delle quali si offre un resoconto considerevole per la generosità della documentazione e dei riferimenti bibliografici, presagiscono le delicate questioni con le quali anche il giurista europeo è chiamato a confrontarsi. In sintesi, si tratta dell’adattamento delle categorie penalistiche agli sviluppi tecnologici (esemplari i passaggi sulla *willfulness* e sulle *defences*, sì come modellabili in relazione alle violazioni penali del *copyright*), della complessità dei riscontri probatori rispetto alle forme di devianza (vere o avvertite come tali) derivanti dall’uso delle

moderne tecnologie, dei rapporti tra diritto penale e altri rami dell'ordinamento (in particolar modo con il diritto civile). Si affaccia, inoltre, il tema delle «forme tecnologiche di protezione», rappresentate dalle Misure Tecnologiche di Protezione (di seguito, MTP) e dalla loro variante costituita dai c.d. *Digital Rights Management* (DRM). Rispetto a quest'ultimo punto, l'Autore fotografa così la situazione: «il legislatore americano ha (...) costruito una struttura in acciaio sbilanciata verso una “iper” tutela “complessa” e anticipata, anche di matrice penale, del *copyright*» [pag. 144].

3. Il capitolo terzo esplora l'oscillante edificio della tutela penale del diritto d'autore nell'ordinamento italiano. Dopo una descrizione della normativa, s'illustrano i “caratteri generali” della tutela, mantenendo costante il riferimento alle tematiche di parte generale, oltre che alle peculiarità dei reati informatici. Le norme penali previste in materia offrono spunti critici dovuti all'utilizzo disinvolto della tecnica del rinvio e della clausola d'illiceità espressa, con ulteriori ripercussioni in tema di errore su legge extrapenale. Le incriminazioni includono spesso il dolo specifico, che sottintende una proiezione lesiva di interessi patrimoniali. La trattazione getta una luce sui nodi esegetici più complessi della materia, quali la formulazione di fattispecie penali alternative, aggravata dalla «complessità del sistema, connotato da una ipertrofica elencazione casistica di condotte» [pag. 231], ed i rapporti con altri reati (in specie i rapporti tra ricettazione e condotte di detenzione in violazione della normativa sul diritto d'autore). Inoltre, s'introduce il problema dell'innovazione subita dalla selezione dell'oggetto di tutela per effetto della digitalizzazione dell'opera e delle vie di comunicazione e trasmissione del suo contenuto.

Lo studio prende quindi in considerazione i settori della tutela maggiormente influenzati dallo sviluppo delle tecnologie informatiche; in primo luogo, la tutela penale del *software*, muovendo dalla direttiva 2009/24/Ce, sostitutiva della direttiva 91/250/Ce, e dal suo contributo alla definizione dello scopo commerciale e imprenditoriale. L'Autore si sofferma, poi, sulle conseguenze, anche penalistiche, della giurisprudenza comunitaria in materia di mancata apposizione del contrassegno SIAE sui supporti dell'opera protetta, qualificabile come “regola tecnica” obbligatoria per la commercializzazione dei prodotti. In ultimo, ci si concentra sulle banche dati, alla cui disciplina (contenuta nella L. 128/1998 e nel D.lgs. 169/199, attuativi della direttiva 96/9/Ce, e nell'art. 171 bis, co. 2, L. 633/1941 sul diritto d'autore - di seguito: l.d.a. - introdotto dal D.lgs. cit.) non vengono risparmiati rilievi fondati sull'indeterminatezza dell'oggetto materiale e sulla tecnica redazionale delle fattispecie, facente un uso oscuro del rinvio a norme extrapenali; tutto ciò senza tacere della sostanziale ineffettività della tutela.

In un secondo blocco tematico, l'Autore si occupa dell'immissione abusiva in un sistema di reti telematiche di un'opera dell'ingegno protetta. Si tratta dei sistemi di *file sharing* (principalmente il p2p), ossia di condivisione di *file* fra utenti connessi ad una rete di computer. La trattazione verte principalmente sulla responsabilità degli utenti e dei siti che facilitano le operazioni di circolazione dei *file*, mediante indicizzazione del materiale situato nei singoli computer. Rilevati i difetti della disciplina italiana e le lacune nel coordinamento delle diverse disposizioni concernenti il fenomeno, si esaminano i modelli di regolazione adottati in alcuni ordinamenti stranieri, nei quali sono state introdotte forme di limitazione di accesso alla rete con finalità sanzionatoria: la legislazione francese (oggetto di una declaratoria di incostituzionalità nel 2009 e rivista a seguito di tale decisione, nella quale affiora l'esigenza di temperare diritto d'autore e libertà di espressione) ed il *Digital Economy Act* inglese del 2010 (che si segnala soprattutto per la previsione di obblighi di controllo e di un codice di condotta per gli *Internet Service Providers* - di seguito: ISP(s)). La disamina, di grande utilità conoscitiva, offre all'Autore l'occasione per riconoscere il valore innovativo di tali modelli "alternativi" di tutela. Nello stesso tempo, si individuano dei rischi per i diritti fondamentali, quali l'autodeterminazione informatica e la riservatezza ed integrità dei sistemi informatici; donde la necessità di predisporre strumenti di garanzia per il destinatario delle misure restrittive [pag. 360 ss.].

4. Il quarto capitolo ha ad oggetto la tutela penale delle MTP, cioè di quelle misure tecnologiche finalizzate ad impedire atti non autorizzati dai titolari dei diritti d'autore o dei diritti connessi. L'Autore evidenzia come siffatta forma di tutela penale, predisposta in Italia (art. 171-ter, co. 1 l.d.a. lett. f-bis e h) su ispirazione della normativa internazionale ed europea, arretri ad una soglia di rilevanza del fatto, nella quale non è compromesso né concretamente messo in pericolo l'esercizio dei diritti. Può parlarsi, invero, di una disciplina penale che si appunta su «comportamenti prodromici aventi significato "indiziario"», sorretti dalla finalità o dall'uso commerciale di eludere le misure tecnologiche (art. 171-ter, lett. f-bis), e sull'abusiva rimozione o alterazione – anche in tal caso con un considerevole anticipo dell'intervento sanzionatorio –, diffusione e comunicazione, a vario titolo, di materiali dai quali siano state rimosse le misure in questione (nella lett. h dell'articolo citato).

Nel corso del capitolo, si passa ad illustrare i tentativi di regolazione del fenomeno avvenuti in altri paesi: diffusamente, in Germania e Spagna; e sinteticamente, in Francia, Svezia e Regno Unito. Di tali sistemi sono messi in luce i difetti comuni: soprattutto – con eccezione della disciplina tedesca – l'attitudine ad anticipare la tutela in una fase antecedente alla lesione di un bene

giuridico; non si manca di evidenziare, però, una spontanea armonizzazione che affiora dal dato comparato.

Dopo aver passato in rassegna anche i principali orientamenti giurisprudenziali affermatasi in Italia sulla tutela penale delle MTP, l'Autore formula talune incisive conclusioni sull'assetto complessivo di questo settore.

Premesso che il lemma "autotutela", in diritto penale, evoca immagini diametralmente opposte, che spaziano dalla scriminate della legittima difesa all'incriminazione per l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, Flor dimostra che la tutela concessa ad un bene di natura patrimoniale sottende una forma di "privatizzazione" dell'interesse protetto in conflitto con altri interessi: da quelli del "privato", che acquisisce legittimante diritti sull'opera, a quelli del "pubblico", connessi allo sfruttamento di un'opera a fini scientifici e didattici, o per lo sviluppo, la conoscenza e lo sfruttamento economico dell'opera stessa. Il criterio orientativo per il bilanciamento tra questi interessi non può che essere il principio di proporzionalità. Nondimeno, si avverte l'assenza di una sanzione per l'abuso dell'esercizio di questa forma di autotutela tecnologica, e dunque l'incongruenza di una tutela del tutto squilibrata in favore dei titolari del diritto d'autore o dei diritti connessi.

In base a tale acquisizione, l'Autore muove una puntuale critica alla disciplina penalistica del fenomeno vigente nel nostro Paese, sotto il profilo della indeterminatezza dei relativi precetti, della scarsa chiarezza del dato normativo, del mancato rispetto del principio di proporzionalità e di offensività – allegando, sul punto, un istruttivo paragone con i "tradizionali" delitti ostacolo noti alla tutela codicistica del patrimonio–, ed infine con riferimento al principio di sussidiarietà, dato l'omesso sfruttamento di misure extrapenali.

5. Proprio sul tema del possibile ricorso ad alternative di tutela, s'innesta un ulteriore argomento, sviluppato nel capitolo quinto dell'opera recensita: la responsabilità penale dell'ISP. Previo riepilogo della relativa disciplina, contenuta nel D.lgs. 70/2003, l'Autore affronta la questione di un'eventuale responsabilità di tale soggetto a titolo omissivo (art. 40 cpv c.p.) e concorsuale (artt. 110 ss. c.p.).

La trattazione offre una rassegna preliminare dei principali casi giurisprudenziali, sorti in sede civile, relativi al presunto obbligo, in capo alle società offerenti servizi di accesso ed utilizzo di Internet, di una "discovery" dei dati di utenti che si assume abbiano violato diritti d'autore, tipicamente mediante accesso a sistemi di *file sharing* (casi "Peppermint", "Promusicae" e "LSG-Tele2"); gli ultimi due hanno visto, per altro, l'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità

Europee). Le questioni emerse in tali sedi gravitano attorno al difficile temperamento della tutela della proprietà intellettuale con il diritto alla riservatezza. Una problematica affine affiora nelle pronunce delle corti costituzionali tedesca e romena in materia di perquisizioni *online* e *data retention*: tali pronunce tracciano i limiti di legittimità di una restrizione del diritto alla riservatezza, che, a determinate condizioni, non pare incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

I dati emersi da questa esposizione sono messi a confronto con la disciplina italiana, nell'ambito della quale il bilanciamento tra protezione del diritto d'autore (mediante richiesta di dati sull'identità degli utenti rivolta all'ISP) e tutela della riservatezza è garantito dal combinato disposto dell'art. 156-bis l.d.a. e art. 132 del Codice sulla *privacy*. Flor vaglia dapprima le possibilità, invero in concreto limitate, che il *provider* risponda per la sua compartecipazione attiva agli illeciti realizzati tramite Internet. In secondo luogo, approfondisce il tema della responsabilità omissiva, ricostruendo i presupposti di un'eventuale posizione di garanzia dell'ISP. Il risultato al quale egli giunge, su un tema tanto attuale quanto delicato, è innovativo e condivisibile: a date condizioni, la responsabilità omissiva dell'ISP è una strada non impraticabile.

Attenendosi alla tesi che vede negli obblighi di garanzia finalizzati all'impedimento di reati altrui un genere peculiare di obblighi, connotati da penetranti poteri di intervento sull'attività del soggetto controllato, l'Autore ravvisa l'impossibilità, tecnica oltre che normativa, di un controllo dell'ISP esteso a qualunque reato lesivo del diritto d'autore. Tuttavia, egli ricorda come, pur in assenza di un obbligo generale di sorveglianza (escluso dall'art. 17 d.lgs. 70/2003), nella materia del diritto d'autore vigano specifici obblighi, nascenti dalla disciplina della procedura inibitoria prevista dagli artt. 156, 156-bis e 163 l.d.a. In capo all'ISP, sono difatti riscontrabili obblighi d'informazione verso l'autorità e obblighi di rimozione del materiale, suscettivi di valorizzazione penalistica, sotto il profilo dell'omesso impedimento degli illeciti in violazione del diritto d'autore, e definiti di volta in volta dai provvedimenti cautelari o inibitori dei quali l'ISP risulti destinatario.

Inoltre, l'ISP potrebbe rendersi autore delle consuete forme di concorso attivo, materiale o morale, ogni volta in cui, attraverso «le sue reti e strutture logiche» [pag. 460], agevoli la commissione di determinati reati. In proposito, il pensiero corre soprattutto al *file sharing*: la ricostruzione, anche in tal caso, è particolarmente attenta a segnalare i presupposti oggettivi e soggettivi della responsabilità concorsuale.

Opportunamente, infine, la trattazione dei suddetti profili di responsabilità del *provider* è posta in relazione con la responsabilità delle persone giuridiche ex D.lgs. 231/2001, con particolare riferimento ai modelli organizzativi finalizzati alla prevenzione di reati: sia perché lo stesso ISP è

normalmente una persona giuridica, sia perché il decreto legislativo, che disciplina la responsabilità degli enti, contempla tra i reati presupposto molte fattispecie penali previste dalla legge sul diritto d'autore.

6. Dopo essersi addentrato nei singoli aspetti della materia, l'Autore riannoda i fili della trattazione al tema fondamentale della selezione dei beni giuridici. Il sesto capitolo, infatti, è dedicato all'individuazione dei beni e degli "interessi emergenti" nel settore oggetto di studio, sulla base dell'adesione alla teoria del bene giuridico a fondamento costituzionale.

La riflessione centrale è che la diffusa concezione, che tende a ravvisare il fondamento della tutela nella difesa patrimoniale della proprietà intellettuale, è eccessivamente angusta. Per contro, dovrebbe prevalere l'attenzione nei confronti di beni inerenti alla personalità, ovvero nei confronti delle componenti personalistiche del diritto d'autore, come del resto vorrebbero i riferimenti presenti in Costituzione (Flor si riferisce alla «"rilevanza costituzionale" dell'espressione creativa» [pag. 485]) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Alla luce di tale impostazione, diviene possibile un bilanciamento tra tutela penale del diritto d'autore e diritti fondamentali dell'individuo, e cioè tra interessi dell'autore, di quanti acquisiscano pretese economiche sull'opera e dei fruitori di quest'ultima.

A tal riguardo, si esorta l'interprete a non trascurare i parametri ricavabili dal c.d. "Three-Step Test", previsto dalla normativa internazionale e mirante a porre dei limiti alle eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore. I criteri di un tale bilanciamento, secondo l'Autore, dovrebbero estendersi al versante dell'autotutela tecnologica privata. Rivisitando criticamente l'impianto vigente della tutela alla luce di tali acquisizioni, si scopre la radice dei suoi principali difetti proprio nell'opinabile inversione di priorità da parte del legislatore, il quale ha privilegiato il profilo patrimoniale rispetto a quello personale dell'opera. Nell'ambito specifico delle MTP, il legislatore ha forgiato un sistema estremamente anticipato di tutela, concedendo protezione a forme di autotutela privata già garantite dal diritto: «la tutela delle MTP – osserva Flor al termine di un'articolata disamina – si traduce inevitabilmente nella protezione penale della c.d. privatizzazione della tutela, che deve confrontarsi con i controinteressi di rango costituzionale, di cui si è detto, e con il criterio di non eccedenza, che deriva dal principio di *extrema ratio* del diritto penale» [pag. 526]. L'Autore stigmatizza, inoltre, l'espandersi della tutela penale di mere "funzioni" anche nel settore oggetto dello studio

7. Nel capitolo settimo, si tirano le somme sulle conseguenze politico-criminali dell'attuale disciplina penalistica del diritto d'autore.

Non certo priva di sollecitazioni intellettuali è la premessa sull'inadeguatezza degli usuali attributi della "proprietà" innanzi ai mutamenti sociali indotti da Internet. Elaborati con riferimento ad un concetto dotato di contorni fisici e spaziali, i confini della proprietà si moltiplicano, sino a liquefarsi, nel *cyberspace*: la nuova *agorà*, globale e virtuale, nella quale è scambiato il prodotto dell'ingegno umano. Al cospetto di una tale realtà, l'anticipazione della tutela e l'incoerenza di alcune scelte sanzionatorie, oltre ad apparire carenti sotto il profilo tecnico, si rivelano culturalmente inefficaci. Il sistema assume con ciò un volto irrazionale: l'"overcriminalization" disorienta i destinatari dei precetti, minando l'effettività.

Per fronteggiare simili degenerazioni, Flor richiama la necessità di ricorrere agli strumenti offerti dall'analisi economica del diritto, dando vita ad uno dei passaggi più stimolanti della sua ricerca. Le sue riflessioni terminano, appunto, con un auspicio nei confronti della "razionalizzazione" del sistema. L'auspicio è diretto, per un verso, nei confronti del bene giuridico, come categoria dogmatica deputata ad un disegno razionale di tutela; per altro verso, nei confronti dell'attuazione degli strumenti comunitari in materia (*ex art. 83, co. 2 TFUE, dopo Lisbona*), come spiraglio normativo verso un'azione riformatrice.

8. Il lavoro di Roberto Flor ci conduce in ambiti dove la complessità della realtà sembra pervadere le categorie giuridico-penali, disfacendole. Per vero, non solo le categorie subiscono tensioni, alle quali, in fondo, i recenti orientamenti di politica criminale ci hanno abituati (benché non assuefatti). È lo stesso meccanismo di decifrazione dei bisogni di tutela a divenire opaco e malfermo: come portato della "società dell'informazione", assistiamo ad una nuova concorrenza tra interessi avversi. Il concorso tra "regola tecnologica" e "regola giuridica", indicato in un luogo dell'opera recensita [pag. 520 ss.], riassume il fenomeno in maniera suggestiva ed efficace.

Oltre a censurare i difetti e gli eccessi della legislazione in materia, Flor ha il merito di lumeggiare possibili rimedi. Ciò è frutto, da un lato, di un'attenta meditazione sul dato extrapenale (ed extragiuridico), dall'altro lato, di un'accuratissima indagine di diritto comparato. L'esito è, in primo luogo, la presa d'atto della limitata efficacia che è dato attendersi dal diritto penale; in secondo luogo, la proposta di introdurre strumenti "alternativi" di tutela e meccanismi di controllo sull'adozione delle MTP. Si tratta di soluzioni improntate al realismo ed al rispetto dei principi che governano la materia penalistica.



Per tali motivi, lo studio di Flor rappresenta un prezioso ausilio nella ricerca di un delicato equilibrio tra inquadramento penalistico dei fenomeni connessi all'uso delle tecnologie informatiche e garanzia dei diritti individuali. Di quei diritti per i quali la tecnologia si dimostra, ad un tempo, una fonte di pericoli e di opportunità.

ATTILIO NISCO