

Flaminia Merla

**DIFFUSIONE ABUSIVA DI OPERE
IN INTERNET E SEQUESTRO
PREVENTIVO DEL SITO WEB:
IL CASO «THE PIRATE BAY»**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE PENALE

23 DICEMBRE 2009

N. 49437

PRESIDENTE: LUPO

ESTENSORE: AMOROSO

Diritto d'autore • Illecita diffusione tramite Internet di opera protetta

• Sequestro preventivo del sito • Legittimità • Illecita diffusione di opera dell'ingegno protetta tramite Internet • Scambio di files tramite il sistema « peer to peer »
 • Responsabilità del titolare del sito web • Sussistenza
 • Presupposti • Sequestro preventivo di sito web registrato all'estero disposto anteriormente all'attivazione di una rogatoria internazionale
 • Legittimità • Fattispecie.

È legittimo il provvedimento con cui il giudice penale, sussistendo gli elementi del reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), L. n. 633 del 1941, disponga il sequestro preventivo del sito internet il cui gestore concorra nell'attività penalmente illecita di diffusione in rete senza averne diritto, contestualmente richiedendo ai

providers di escludere l'accesso al sito al limitato fine di precludere l'attività di illecita diffusione di tali opere.

Concorre nel reato di diffusione mediante la rete Internet di un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore (art. 171-ter, comma secondo, lett. a-bis) il titolare del sito web che, portando a conoscenza degli utenti le « chiavi di accesso » e le informazioni in ordine alla reperibilità, in tutto o in parte, dell'opera, consente agli stessi lo scambio dei files relativi mediante il sistema di comunicazione « peer to peer ».

È legittimo il provvedimento di sequestro preventivo disposto anteriormente all'attivazione di una rogatoria internazionale, in riferimento a beni esistenti all'estero, dovendosi distinguere il momento decisivo della misura, rientrante nella competenza dell'autorità giudiziaria interna secondo la normativa nazionale, da quello esecutivo, su cui il controllo è di esclusiva competenza dell'autorità straniera secondo la sua legislazione. (Fattispecie di sequestro di sito web registrato all'estero).

1. Con ordinanza emessa in data 1 agosto 2008 nel procedimento penale nei confronti di S.K.P., L.C., N.F. e di S.G., tutti indagati per il reato di cui all'art. 110 c.p. e L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bergamo, accogliendo la richiesta del Pubblico Ministero, ordinava il sequestro preventivo del sito web www.thepiratebay.org disponendo altresì che i fornitori di servizi internet (Internet Service Provider) e segnatamente i provider operanti sul territorio dello Stato italiano inibissero ai rispettivi utenti — anche a mente del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, artt. 14 e 15 — l'accesso all'indirizzo suddetto, ai relativi alias e nomi di dominio rinviati al sito medesimo.

Il g.i.p. — dopo aver diffusamente descritto la tecnica informatica (cd. peer-to-peer a mezzo di file torrent) di messa in circolazione nella rete Internet di opere protette dal diritto d'autore, senza averne diritto — riteneva sussistere il *fumus delicti* ed il *periculum* del reato di cui all'art. 110 c.p. e 171-ter, comma 2, lett. a-bis), cit.

Con ricorso ex art. 324 c.p.p. e successiva memoria i difensori di S.K. chiedevano l'annullamento del sequestro preventivo, eccependo il difetto di giurisdizione, l'insussistenza del *fumus delicti*, nonché la falsa applicazione dell'art. 321 c.p.p. e del D.Lgs. n. 70 del 2003, artt. 14 e 15.

2. Con ordinanza del 24 settembre 2008 il tribunale per il riesame di Bergamo, in accoglimento del ricorso, annullava il sequestro preventivo.

Il tribunale riteneva la sussistenza del *fumus delicti*, alla luce di quanto evidenziato dalla Guardia di Finanza, che riferiva di un elevatissimo numero di contatti al sito in questione, registrati sul territorio nazionale, che operavano il downloading di opere coperte da diritto d'autore senza averne diritto. Risultava quindi in punto di fatto che gli indagati, attraverso il sito www.thepiratebay.org e con un'innovativa tecnologia informatica di trasferimento di file (cd. peer-to-peer a mezzo di file torrent), mettevano a disposizione del pubblico della rete Internet opere dell'ingegno protette; condotta questa riconducibile a quella tipizzata nell'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), citato.

Il tribunale inoltre riconosceva sussistere anche il *periculum*, osservando che l'elevatissimo numero di connessioni rilevate induceva a ritenere l'attualità della condotta del delitto ipotizzato.

Osservava poi in diritto che le misure cautelari — e segnatamente i sequestri — secondo l'ordinamento processuale penale hanno carattere di *numerus clausus*; che di conseguenza non è giuridicamente possibile emettere un sequestro preventivo al di fuori delle ipotesi nominate per le quali l'istituto è previsto; che il sequestro preventivo ha una evidente natura reale, in quanto si realizza con l'apposizione di un vincolo di indisponibilità sulla res, sottraendo il bene alla libera disponibilità di chiunque; che dunque l'ambito di incidenza del sequestro preventivo deve essere ristretto alla effettiva apprensione della cosa oggetto del provvedimento.

Invece nella specie — riteneva il tribunale — la censurata ordinanza del g.i.p. aveva il contenuto di un ordine imposto dall'Autorità Giudiziarica a soggetti (allo stato) estranei al reato, volto ad inibire, mediante la collaborazione degli stessi, ogni collegamento al sito web in questione da parte di terze persone. Tale misura cautelare, seppur astrattamente in linea con la previsione del D.Lgs. n. 70 del 2003, artt. 14 e 15, si risolveva in una inibitoria atipica, che spostava l'ambito di incidenza del provvedimento da quello reale, proprio del sequestro preventivo, a quello obbligatorio, in quanto indirizzato a soggetti determinati (i cd.provider), ai quali veniva ordinato di conformare la propria condotta (ossia di non fornire la propria prestazione), al fine di ottenere l'ulteriore e indiretto risultato di impedire connessioni al sito in questione.

In conclusione riteneva il tribunale che l'utilizzo del provvedimento cautelare di cui all'art. 321 c.p.p., quale inibitoria di attività, non poteva essere condiviso, in quanto produceva l'effetto di sovvertirne natura e funzione, di talché il sequestro doveva essere annullato in quanto illegittimo.

3. Avverso questa ordinanza ricorre per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Bergamo con due motivi.

In prossimità dell'udienza camerale i difensori di fiducia di S. K.P., successivamente nominati in data 24 aprile 2009, hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Il ricorso del Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Bergamo è articolato in due motivi.

Con il primo motivo il ricorrente deduce l'erronea applicazione dell'art. 321 c.p.p. nella parte in cui l'adito Tribunale per il riesame ha ritenuto la nullità dell'ordinanza con cui il g.i.p. ha disposto il sequestro preventivo per asserita carenza di conformità tra il suddetto provvedimento ed il paradigma del sequestro preventivo, come disciplinato negli artt. 321 ss. c.p.p. Censura quindi l'ordinanza impugnata nella parte in cui ha annullato il sequestro, qualificandolo come provvedimento atipico, esorbitante dal vigente ordinamento processuale, come tale inammissibile in sede penale.

A tal fine osserva il ricorrente che deve ammettersi che un sito Internet possa costituire oggetto di sequestro. La sua natura di bene immateriale non pregiudica, in linea di principio, l'applicabilità del vincolo non potendo negarsi che ad un sito Internet in generale (ed al sito oggetto del sequestro de quo in particolare) possa attribuirsi una sua "fisicità", ovvero una dimensione materiale e concreta.

Inoltre secondo il ricorrente ben poteva il g.i.p. disporre che i fornitori di servizi Internet (Internet Service Provider) e segnatamente i provider operanti sul territorio dello Stato italiano inibissero ai rispettivi utenti — anche a mente del D.Lgs. n. 70 del 2003, artt. 14 e 15 — l'accesso all'indirizzo www.thepiratebay.org, ai relativi alias e nomi di dominio rinviati al sito medesimo. Ed invero l'attività prescritta con l'ordinanza di sequestro, annullata dal tribunale per il riesame, non si traduce in una surrettizia ed asseritamente atipica attività inibitoria né nei confronti degli indagati né nei confronti dei fornitori di servizi Internet.

Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente denuncia la violazione o erronea applicazione del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, artt. 14 e 16. Fermo restando l'esonero da responsabilità per i fornitori di contenuti telematici riconducibili a terzi, sussiste però un obbligo generale di vigilanza del provider sui flussi telematici in transito sui propri sistemi. Altresì può ritenersi operante — secondo il ricorrente — un principio di doverosa cooperazione del provider con l'Autorità Giudiziaria, nell'ambito dei servizi erogati; principio che si traduce nell'obbligo di impedire o porre fine alle violazioni commesse, quando la predetta Autorità lo richieda.

2. Preliminarmente va affermata la ritualità della comunicazione degli avvisi per l'odierna udienza camerale.

Deve rilevarsi che avverso l'ordinanza del 1° agosto 2008 del g.i.p. presso il tribunale di Bergamo il solo indagato S.K., a mezzo dei suoi originari difensori di fiducia, proponeva istanza di riesame che veniva accolta dal tribunale con l'ordinanza successivamente impugnata con ricorso per cassazione da parte del Procuratore della Repubblica.

Non risultando i difensori di fiducia dell'indagato essere abilitati a patrocinare innanzi a questa Corte, è stato nominato un difensore d'ufficio,

al pari che per gli altri indagati che non hanno eletto domicilio in (*omissis*), né hanno nominato alcun difensore di fiducia.

L'avviso della camera di consiglio — oltre ad essere notificato al difensore d'ufficio e agli altri indagati presso questo stesso — è stato notificato anche all'indagato S.K. presso i suoi difensori di fiducia nella fase del riesame.

Deve infatti considerarsi che l'indagato S.K. — il quale, in quanto residente all'estero, aveva diritto ad essere invitato a dichiarare o ad eleggere domicilio nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 169 c.p.p., comma 1, — ha dichiarato il proprio domicilio all'estero ed ha nominato i suoi difensori di fiducia in (*omissis*), talché, in applicazione della citata disposizione, « le notificazioni sono eseguite mediante consegna al difensore ».

Nella specie, trattandosi di impugnazione di misura cautelare reale, ha trovato altresì applicazione l'art. 324 c.p.p., comma 2, che, in caso di richiesta di riesame, onera l'imputato (o — deve ritenersi — l'indagato), ove non abbia già dichiarato o eletto domicilio o non si sia proceduto al previo invito a dichiarare o ad eleggere il domicilio a norma dell'art. 161 c.p.c., comma 2, (o — deve ritenersi — anche a norma del citato art. 169 c.p.p., comma 1, c.p.p.), ad indicare il domicilio presso il quale intende ricevere l'avviso previsto dal comma 6 dell'art. 324 c.p.p. e, in mancanza, l'avviso è notificato mediante consegna al difensore.

Per effetto di tale disposizione l'imputato o l'indagato, che proponga richiesta di riesame e non indichi il domicilio presso il quale intende ricevere l'avviso d'udienza, deve intendersi domiciliato, a tal fine, presso il proprio difensore di fiducia al quale va notificato (ed in concreto, nella specie, è stato notificato per la camera di consiglio fissata innanzi al tribunale di Bergamo) l'avviso di cui all'art. 324 c.p.p., comma 6.

Può allora enunciarsi, come principio di diritto, che in tale evenienza — quella di un indagato residente all'estero, destinatario dell'invito a dichiarare o eleggere il domicilio nel territorio dello Stato ex art. 169 c.p.p., comma 1, il quale, avendo invece dichiarato il domicilio all'estero nominando un difensore di fiducia in (*omissis*), risulti ex lege (art. 324 c.p.p., comma 2) domiciliato presso il proprio difensore di fiducia ai fini della notifica dell'avviso di cui all'art. 324 c.p.p., comma 6, — il domicilio dell'indagato presso il difensore di fiducia permane anche in caso di ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che abbia deciso la richiesta di riesame ex art. 324 c.p.p., né è posto nel nulla dalla circostanza che il difensore di fiducia non sia abilitato a difendere innanzi a questa Corte.

Conseguentemente, nominato il difensore d'ufficio per non essere quello di fiducia abilitato al patrocinio innanzi a questa Corte, l'avviso d'udienza — che in generale deve essere notificato anche all'imputato o all'indagato (art. 613 c.p.p., comma 4) presso il domicilio dichiarato o eletto (Cass., sez. un., 6 novembre 1992 — 22 febbraio 1993, n. 14) — va notificato, nella fattispecie suddetta, all'indagato presso il difensore di fiducia della fase del riesame.

Tale prescrizione, così ricostruita a garanzia dell'indagato residente all'estero, inizialmente negletta per l'udienza camerale del 18 febbraio 2009 (v. ordinanza resa in pari data), è stata ritualmente osservata per l'odierna udienza, fermo restando che invece per gli altri indagati correttamente l'avviso dell'odierna camera di consiglio è stato loro notificato presso il nominato difensore d'ufficio.

3. Nel merito il ricorso, i cui due motivi possono essere esaminati congiuntamente in quanto connessi, è fondato nei limiti e con le precisazioni che seguono.

4. Innanzi tutto va affermato che correttamente l'impugnata ordinanza del tribunale di Bergamo ha ritenuto sussistere, quale presupposto del sequestro preventivo, il *fumus commissi delicti* consistente nel trasferimento, a mezzo della rete Internet, di file aventi il contenuto di opere coperte da diritto d'autore in violazione del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico di tali opere.

La particolare tecnologia informatica di condivisione di file tra utenti della rete Internet (c.d. *file sharing*) e l'utilizzo di protocolli di trasferimento dei file direttamente tra utenti (cd. *peer-to-peer*) per la diffusione in rete di opere coperte da diritto d'autore — secondo la ricognizione in punto di fatto operata dai giudici di merito — non escludono la configurabilità del reato; ciò di cui in realtà non dubita l'ordinanza impugnata, che puntualmente da conto degli elementi di fatto rilevanti nella specie, confermando peraltro la ricostruzione, sempre in punto di fatto, operata dal g.i.p.

Può comunque considerarsi in proposito che — come emerge dalla ricognizione in punto di fatto operata dai giudici di merito — la caratteristica della condivisione di file (*file sharing*) e dei protocolli di trasferimento dei file, del tipo *peer-to-peer*, è quella di aver decentrato plesso gli utenti (*client*) — verso i quali, in quanto utenti finali, c'è l'attività di ricezione di file per via telematica (cd. *downloading*) dell'opera coperta da diritto d'autore — anche l'attività di invio di file per via telematica (cd. *uploading*) dell'opera stessa. Quindi la « diffusione » dell'opera coperta da diritto d'autore non avviene dal centro (il sito web) verso la periferia (che riceve il *downloading*), ma da utente (che effettua l'*uploading*) ad utenti che lo ricevono; quindi da « pari a pari » (*peer-to-peer*) non essendoci un centro (il sito web) che « possiede » l'opera e la trasferisca in periferia agli utenti che accedono al sito. L'opera è invece in periferia, presso gli utenti stessi, e da questi è trasferita — e quindi diffusa — ad altri utenti. Pertanto il reato di diffusione dell'opera, senza averne diritto, mediante la rete Internet è commesso innanzi tutto da chi fa l'*uploading*; reato previsto, rispettivamente, dalla L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 171, comma 1, lett. *a-bis*), se c'è la messa a disposizione dell'opera in rete « a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma », ma non a scopo di lucro, ovvero dall'art. 171-ter, comma 2, lett. *a-bis*), se c'è la comunicazione dell'opera in rete a fine di lucro; reato quest'ultimo che, nella specie, è quello per il quale si procede essendosi ravvisato — da parte dei giudici di merito — il fine di lucro negli introiti delle inserzioni pubblicitarie a pagamento. La condotta attribuita agli imputati è attualmente descritta dalla L. n. 633 del 1941, art. 171-ter, comma 2, lett. a — bis), introdotto dal D.L. 22 marzo 2004, n. 72, art. 1, comma 3, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 maggio 2004, n. 128, e poi ulteriormente modificato dal D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, art. 3, comma 3-*quiquies*, convertito in L. 31 marzo 2005, n. 43, che ancora la punibilità a tale titolo mediante il riferimento all'ipotesi che il fatto venga commesso « a fini di lucro » (cfr. Cass., sez. 3^a, 22 novembre 2006-9 gennaio 2007 n. 149).

5. Il problema che nella specie si pone è se a questa condotta delittuosa sia estraneo, o meno, il titolare del sito che mette in comunicazione

gli utenti i quali commettono l'illecito con l'attività di uploading. Se il sito web si limitasse a mettere a disposizione il protocollo di comunicazione (quale quello peer-to-peer) per consentire la condivisione di file, contenenti l'opera coperta da diritto d'autore, ed il loro trasferimento tra utenti, il titolare del sito stesso sarebbe in realtà estraneo al reato.

Però se il titolare del sito non si limita a ciò, ma fa qualcosa di più — ossia indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti, che sono tutti potenziali autori di uploading, sicché queste informazioni (i.e. chiavi di accesso agli utenti periferici che posseggono, in tutto o in parte, l'opera), anche se ridotte al minimo, ma pur sempre essenziali perché gli utenti possano orientarsi chiedendo il downloading di quell'opera piuttosto che un'altra, sono in tal modo elaborate e rese disponibili nel sito, ad es. a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate — il sito cessa di essere un mero « corriere » che organizza il trasporto dei dati. C'è un *quid pluris* in quanto viene resa disponibile all'utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto l'attività di trasporto dei file (file transfert) non è più agnostica; ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore. Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente ad utente (peer-to-peer), ma l'attività del sito web (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l'indicizzazione di dati essenziali) è quella che consente ciò e pertanto c'è un apporto causale a tale condotta che ben può essere inquadrato nella partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p.; cfr.: Cass., sez. 2^a, 17 giugno 1992-16 luglio 1992, n. 8017, secondo cui l'attività di chi concorre nel reato ex art. 100 c.p. può essere rappresentata da qualsiasi forma di compartecipazione o contributo di ordine materiale o psicologico a tutte o ad alcune delle fasi di ideazione, organizzazione ed esecuzione della condotta illecita.

Cass., sez. 1^a, 14 febbraio 2006-2 maggio 2006, n. 15023, secondo cui la partecipazione al reato può consistere anche in un apporto che soltanto agevoli la condotta illecita; Cass., sez. 4^a, 22 maggio 2007-26 giugno 2007, n. 24895, secondo cui anche il mero « contributo agevolatore », che, se di « minima importanza », dà luogo all'attenuante di cui all'art. 114 c.p., comunque consente l'imputazione a titolo di concorso nel reato; infine cfr. anche Cass., sez. 6^a, 28 giugno 2007-30 luglio 2007, n. 30968, sulla responsabilità a titolo di concorso del direttore responsabile di un sito web ove era stata effettuata la pubblicazione di un atto amministrativo a carattere riservato.

Né la circostanza che la condotta di partecipazione sia stata posta in essere all'estero fa venir meno la giurisdizione del giudice nazionale laddove una parte della condotta comune abbia avuto luogo in (*omissis*); cfr. Cass., sez. 5^a, 9 luglio 2008-20 ottobre 2008, n. 39205, secondo cui, in caso di concorso di persone nel reato, ai fini della sussistenza della giurisdizione penale del giudice italiano e per la punibilità di tutti i concorrenti, è sufficiente che nel territorio dello Stato sia stata posta in essere una qualsiasi attività di partecipazione da parte di uno qualsiasi dei concorrenti. Cfr. anche Cass., sez. 5^a, 17 novembre 2000-27 dicembre 2000, n. 4741, che ha affermato che il giudice italiano è competente a conoscere della diffamazione compiuta mediante l'inserimento nella rete telematica Internet di frasi offensive e/o immagini denigratorie, anche nel caso in cui

il sito web sia stato registrato all'estero, purché l'offesa sia stata percepita da fruitori che si trovino in Italia.

In altre parole la tecnologia peer-to-peer decentra sì l'uploading (la diffusione in rete dell'opera), ma non ha anche l'effetto, per così dire, di decentrare l'illegalità della diffusione dell'opera coperta da diritto d'autore senza averne diritto. Rimane comunque un apporto del centro (ossia del titolare del sito web) a ciò che fa la periferia (gli utenti del servizio informatico che, utilizzando quanto reso disponibile nel sito web, scaricano l'opera protetta dal diritto d'autore), apporto che, nel nostro ordinamento giuridico, consente l'imputazione a titolo di concorso nel reato previsto dal cit. art. 171-ter, comma 2, lett. *a-bis*), cit.

6. Se poi si considerano in particolare più sofisticate tecnologie di tale trasferimento di file — quale quella che frammenta l'opera in modo da coinvolgere più utenti nell'attività di uploading (a mezzo dei cd. file torrent) — si ha in realtà che, sotto il profilo giuridico appena considerato, non cambia nulla. La diffusione dell'opera coperta da diritto d'autore avviene sempre da utente ad utente tramite un più sofisticato protocollo peer-to-peer che, frammentando l'attività di uploading, ha l'effetto di velocizzarla e di evitare le « code » di attesa nel caso in cui tale attività sia operata da un unico utente. Questa possibile frammentazione dell'attività di uploading comporta che la messa in rete dell'opera è riferibile non più ad un determinato utente, ma ad una pluralità di essi che concorrono tutti diffondendo una parte dell'opera coperta da diritto d'autore. Portando al limite questa frammentazione si può anche ipotizzare che il singolo utente diffonda un frammento dell'opera che, preso in sé, non sia sufficientemente significativo sotto il profilo strettamente giuridico, sì da non potersi considerare di per sé solo coperto da diritto d'autore. Ma, ricomponendo i frammenti secondo le istruzioni di tracciamento che sono nel sito web, si ha il trasferimento dell'opera intera (o di parti di essa), la cui diffusione è ascrivibile innanzi tutto ai singoli utenti. Mentre l'attività di indicizzazione e di tracciamento, che è essenziale perché gli utenti possano operare il trasferimento dell'opera (che in tal caso va da una pluralità di utenti autori dell'uploading verso una potenziale pluralità di utenti ricettori del downloading) è ascrivibile al (gestore del) sito web e quindi rimane l'imputabilità a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. *a-bis*), cit.

Sarebbe possibile predicare l'estraneità del sito web — o, più precisamente, del suo titolare — alla diffusione dell'opera solo nel caso estremo in cui la sua attività fosse completamente agnostica, ove ad es. anche l'indicizzazione dei dati essenziali fosse decentrata verso la periferia. In tal caso si vi sarebbe solo una comunità di utenti (un social network) che condividono un protocollo di trasferimento di dati ed i quali tutti indicizzano i dati stessi consentendo la reperibilità delle informazioni essenziali. In questa evenienza il materiale messo in comune e reso disponibile per il trasferimento potrebbe essere il più vario (coperto, o meno, da diritto d'autore) e la responsabilità penale sarebbe solo degli utenti che operano l'uploading e prima ancora l'indicizzazione dei dati.

7. Tutto ciò considerato in generale sull'astratta configurabilità del reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. *a-bis*), cit., deve rilevarsi, con riferimento al caso di specie, che nell'ordinanza impugnata è detto

che le « chiavi » per accedere agli archivi degli utenti che posseggono l'opera coperta dal diritto d'autore si trovano nel sito web denominato www.thepiratebay.org; quindi l'attività di indicizzazione e il risultato della stessa (i cd. file di tracciamento) sono nel sito. Ciò consente — sotto il profilo del fumus — di escludere che dagli atti emerga il decentramento anche dell'attività di indicizzazione, essenziale per la diffusione dell'opera, e di affermare invece la sussistenza di una condotta riferibile al menzionato sito web — e più precisamente agli attuali indagati quali titolari e gestori dello stesso — e rilevante sul piano penale a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), cit.

L'ordinanza impugnata del tribunale per il riesame, al pari dell'ordinanza del g.i.p., ritiene poi sussistere il periculum per l'adottabilità della misura cautelare del sequestro preventivo; ciò che implica una valutazione in fatto non censurabile e non censurata in questa sede di legittimità.

Quindi in sintesi sussistono — per le ragioni finora esaminate — sia l'astratta configurabilità del reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), cit., verificabile in sede di legittimità costituendo ciò una questione di diritto e stante il generale disposto dell'art. 129 c.p.p., sia anche il periculum, non oggetto di censure.

8. Proseguendo oltre nell'esame dei presupposti del sequestro preventivo disposto dal g.i.p., ma annullato dal tribunale per il riesame, deve considerarsi che la circostanza che l'hardware del sito non sia in (OMISSIS) non esclude la giurisdizione del giudice penale nazionale in ragione del disposto dell'art. 6 c.p. Infatti il reato di diffusione in rete dell'opera coperta da diritto d'autore si perfeziona con la messa a disposizione dell'opera in favore dell'utente finale. Se si considerano gli utenti nel territorio dello Stato che accedono, tramite provider, al sito www.thepiratebay.org e scaricano da altri utenti, non localizzati, opere coperte da diritto d'autore, c'è comunque che la condotta penalmente illecita di messa a disposizione in rete dell'opera stessa si perfeziona nel momento in cui l'utente in (omissis) riceve il file o i file che contengono l'opera. Quindi, pur essendo globale e sovranazionale l'attività di trasmissione di dati a mezzo della rete Internet, vi è comunque, nella fattispecie, una parte dell'azione penalmente rilevante che avviene nel territorio dello Stato e ciò consente di considerare come commesso nel territorio dello Stato il reato di diffusione non autorizzata di opere coperte da diritto d'autore limitatamente agli utenti in (omissis).

Per la possibilità di sequestro preventivo di beni all'estero v. Cass., sez. 2^a, 22 novembre 2005-16 gennaio 2006, n. 1573, che ha affermato che è legittimo il provvedimento di sequestro preventivo disposto, senza (in realtà prima del)l'attivazione di una rogatoria internazionale, in riferimento a beni esistenti all'estero, dovendosi distinguere il momento decisorio della misura, che rientra nella competenza dell'autorità giudiziaria interna secondo la normativa nazionale, da quello esecutivo, su cui il controllo è di esclusiva competenza dell'autorità straniera secondo la sua legislazione.

9. L'impugnata l'ordinanza del tribunale di Bergamo ha ritenuto che la misura cautelare adottata dal g.i.p. presso il tribunale di Bergamo è illegittima in quanto non ha il contenuto tipico del sequestro, ma costituisce, nella sostanza, un'inammissibile inibitoria, al pari di un provvedimento cautelare civile, violando così il principio della tipicità delle misure

cautelari che opera nel processo penale, a differenza del processo civile che segnatamente non tipicizza il contenuto dei provvedimenti cautelari d'urgenza. Su questa affermazione si appuntano in particolare le censure del Procuratore della Repubblica ricorrente, che — come rilevato — sono fondate.

10. Deve innanzi tutto considerarsi che il provvedimento del g.i.p. ha un contenuto complesso perché da una parte ha sequestrato il sito web in questione ed ha d'altra parte disposto che i provider inibiscano l'accesso al sito; questo duplice contenuto della misura cautelare converge verso l'obiettivo di interdire l'attività penalmente rilevante, ossia la illecita diffusione di opere coperte da diritto d'autore verso utenti in (*omissis*). Questo provvedimento è stato annullato dal tribunale che ha ritenuto che il decreto censurato ha il contenuto di un ordine imposto dall'autorità giudiziaria a soggetti... estranei al reato» (i provider della connessione); quindi si tratterebbe solo di una mera inibitoria sub specie di sequestro preventivo.

In realtà così non è perché c'è innanzi tutto il sequestro del sito web, come emerge anche e soprattutto dall'ordinanza del g.i.p. dove si legge «La struttura organizzativa, invero, appare organizzata e realizzata interamente all'estero, in quanto gli apparati informatici dei server come risulta dalle informazioni di pubblico dominio reperibili in Internet — sono stati materialmente collocati dapprima in (*omissis*), quindi in (*omissis*)».

Il fatto che l'hardware sia collocato all'estero, non è però di impedimento all'adottabilità del provvedimento di sequestro preventivo una volta che si ritenga — come si è sopra affermato — la giurisdizione del giudice penale nazionale ex art. 6 c.p.

11. Va poi ribadito che il sequestro preventivo ha carattere reale nel senso che esso ha ad oggetto l'apprensione di una res, pur non necessariamente «materiale» in senso stretto (cfr. Cass., sez. 3^a, 27 settembre 2007-24 ottobre 2007, n. 39354, sul sequestro preventivo di un sito web recante messaggi ed annunci di contenuto osceno;

Cass., sez. 3^a, 4 luglio 2006-10 ottobre 2006, n. 33945, sull'ammissibilità del sequestro preventivo di un portale web;

Cass., sez. 5^a, 4 giugno 2002-3 luglio 2002, n. 25489, sull'ammissibilità del sequestro di un'azienda come complesso di beni materiali ed immateriali; Cass., sez. 1^a, 22 settembre 1997-14 ottobre 1997, n. 5148, sull'ammissibilità del sequestro di un'utenza telefonica; Cass., sez. 5^a, 21 aprile 1997-22 maggio 1997, n. 1933, sull'ammissibilità del sequestro di un diritto di credito ove suscettibile di essere qualificato come «cosa pertinente al reato»;

Cass., sez. 6^a, 24 marzo 1992-8 maggio 1992, n. 979, sull'ammissibilità del sequestro delle quote sociali di una società a responsabilità limitata), vuoi nell'ipotesi in cui sia connessa al reato (cfr. C. cost. n. 48 del 1994 che parla di «vincolo di pertinenzialità col reato») perché può aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati, sì da poterla qualificare come «cosa pertinente al reato», vuoi nel caso in cui di essa sia possibile la confisca. Non è invece possibile il «sequestro preventivo di attività»; cfr. Cass., sez. 2^a, 9 marzo 2006-24 marzo 2006, n. 10437, e Cass., sez. 6^a, 14 dicembre 1998-2 febbraio 1999, n. 4016, secondo cui il sequestro preventivo può avere ad oggetto solo il

risultato di un'attività e non l'attività in sé, perché è estranea ad esso la funzione di inibizione di comportamenti.

Questa limitazione dell'area del sequestro preventivo va però chiarita se solo si pensa che già la Relazione al progetto preliminare del codice di rito, nel riferirsi ai vincoli creati sulla cosa col sequestro preventivo, specificava che il sequestro non mira semplicemente a sottrarre la disponibilità della cosa pertinente al reato a chi la detiene, ma « tende piuttosto ad inibire certe attività ... che il destinatario della misura può realizzare mediante la cosa ».

In disparte la confiscabilità della cosa, il « vincolo di pertinenzialità col reato » è condizione necessaria e sufficiente per predicare il carattere reale della misura, che non viene meno per il fatto che conseguentemente non sia più possibile svolgere alcuna attività sulla cosa sequestrata. Nel sequestro preventivo c'è anche un inevitabile contenuto inibitorio di attività per il solo fatto che per effetto della misura cautelare siano precluse quelle attività che richiedono la disponibilità della cosa.

Ma non è quest'altra faccia del sequestro preventivo a trasformare la misura cautelare in una mera inibitoria di attività; la quale si specifica invece come mero ordine di fare o non fare, questo sì non suscettibile di rivestire la forma del sequestro preventivo per difetto del carattere reale che lo tipizza.

In questo contesto si innesta poi anche l'ulteriore e delicato problema — che però nella specie in esame non rileva — del raccordo tra la giurisdizione penale ed il normale esercizio della giurisdizione civile o dell'attività amministrativa allorché il sequestro preventivo (segnatamente di atti e documenti) si attinge essenzialmente ad (inammissibile) inibizione dell'una o dell'altra (sono le fattispecie esaminate rispettivamente da Cass., sez. 2^a, 9 marzo 2006-24 marzo 2006, n. 10437, e da Cass., sez. 6^a, 14 dicembre 1998-2 febbraio 1999, n. 4016, sopra cit.).

Nel caso di specie — che vede invece essere oggetto del sequestro un sito web che, per le considerazioni sopra svolte, partecipa all'attività di diffusione nella rete Internet di un'opera coperta da diritto d'autore senza averne diritto (cfr. in particolare Cass., sez. 3^a, 4 luglio 2006-10 ottobre 2006, n. 33945, cit.) — c'è indubbiamente un risvolto della misura cautelare che può essere riguardato come un'inibitoria a proseguire in tale attività penalmente illecita. Ma si rimane nell'ambito del sequestro preventivo che investe direttamente la disponibilità del sito web e che, solo come conseguenza, ridonda anche in inibizione di attività.

Sicché sussiste, sotto questo profilo, il carattere reale del sequestro preventivo che quindi non viola il principio di tipicità delle misure cautelari penali.

12. L'originario provvedimento del g.i.p., annullato dal tribunale per il riesame, ha disposto poi che i fornitori di servizi internet (Internet Service Provider) e segnatamente i provider operanti sul territorio dello Stato italiano inibissero ai rispettivi utenti l'accesso all'indirizzo del sito web denominato *www.thepiratebay.org*, ai relativi alias e nomi di dominio rinvianti al sito medesimo.

Nella specie pertanto al sequestro preventivo del sito web si accompagna una vera e propria inibitoria che — questa sì — è priva del carattere reale, ma ciò non inficia la legittimità della misura cautelare nel suo complesso giacché comunque è soddisfatto il principio di tipicità e di legalità.

Occorre infatti considerare in proposito che in questa specifica materia (della circolazione di dati sulla rete informatica Internet) uno speciale potere inibitorio è assegnato all'autorità giudiziaria dal D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, artt. 14 e 16, di attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa ai servizi della società dell'informazione. Tale normativa speciale, nel prevedere in generale la libera circolazione — nei limiti però del rispetto del diritto d'autore: art. 4, comma 1, lett. a) — di tali servizi, quali quelli prestati dai provider per l'accesso alla rete informatica Internet, contempla anche, come deroga a tale principio, che la libera circolazione di un determinato servizio possa essere limitata con provvedimento dell'autorità giudiziaria per motivi attinenti all'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati. In particolare l'art. 14, comma 3, art. 15, comma 3, e art. 16, comma 3, prevedono che l'autorità giudiziaria possa esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore del servizio impedisca o ponga fine alle violazioni commesse; disposizioni queste che vanno lette unitamente al successivo art. 17; il quale esclude sì un generale obbligo di sorveglianza nel senso che il provider non è tenuto a verificare che i dati che trasmette concretino un'attività illecita, segnatamente in violazione del diritto d'autore, ma — congiuntamente all'obbligo di denunciare l'attività illecita, ove il prestatore del servizio ne sia comunque venuto a conoscenza, e di fornire le informazioni dirette all'identificazione dell'autore dell'attività illecita — contempla che l'autorità giudiziaria possa richiedere al prestatore di tali servizi di impedire l'accesso al contenuto illecito (art. 17, comma 3).

La lettura congiunta di tali disposizioni consente di affermare che sussiste un potere inibitorio dell'autorità giudiziaria penale avente il contenuto di un ordine ai provider dei servizi suddetti di precludere l'accesso alla rete informatica Internet al solo fine di impedire la prosecuzione della perpetrazione del reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), cit.

Tale inibitoria peraltro deve essere rispettosa del principio di « proporzionalità » (D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 5, comma 2, lett. b, cit.) della limitazione dell'accesso rispetto all'obiettivo di individuazione e perseguimento di reati, atteso che la circolazione di informazioni sulla rete informatica Internet rappresenta pur sempre una forma di espressione e diffusione del pensiero che ricade nella garanzia costituzionale dell'art. 21, primo comma, Cost. (cfr. in proposito Cass., sez. 3^a, 11 dicembre 2008-10 marzo 2009, n. 10535, che, con riferimento ai blog sulla rete Internet, distingue tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa);

profilo questo che però nella specie non viene in rilievo perché il ricorso in esame pone solo il quesito dell'astratta configurabilità, o meno, di un'inibitoria di accesso ad un sito web mediante la rete informatica Internet, quale provvedimento del giudice penale che acceda ad un sequestro preventivo del sito stesso. Tale inibitoria può essere adottata « anche in via d'urgenza », come espressamente prevedono l'art. 14, comma 3, art. 15, comma 3, e art. 16, comma 3, sicché, coniugando tali disposizioni con l'art. 321 c.p.p., è possibile che il giudice penale, nel disporre il sequestro preventivo del sito web, che — come già rilevato — costituisce una misura cautelare di carattere reale, possa contestualmente richiedere ai provider di escludere l'accesso al sito al limitato fine, nella specie, di precludere l'attività di illecita diffusione di opere coperte da diritto d'autore; così realizzandosi un rafforzamento della cautela che dalla mera sottrazione

della disponibilità della cosa, tipica del sequestro preventivo, si amplia fino a comprendere anche una vera e propria inibitoria di attività, rispettosa anch'essa, nella particolare fattispecie in esame, del principio di tipicità e di legalità in quanto riferibile ad espresse e specifiche previsioni normative.

Quindi il quesito di diritto sopra posto trova, nelle citate disposizioni, una risposta affermativa nel senso che, sussistendo gli elementi del reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), cit., il giudice può disporre il sequestro preventivo del sito web il cui gestore concorra nell'attività penalmente illecita di diffusione nella rete Internet di opere coperte da diritto d'autore, senza averne diritto, richiedendo contestualmente che i provider del servizio di connessione Internet escludano l'accesso al sito al limitato fine di precludere l'attività di illecita diffusione di tali opere.

13. Pertanto il ricorso va accolto con conseguente rinvio al tribunale di Bergamo.

P.Q.M.

la Corte annulla l'ordinanza impugnata e rinvia al tribunale di Bergamo.

**DIFFUSIONE ABUSIVA DI
OPERE IN INTERNET E
SEQUESTRO PREVENTIVO
DEL SITO WEB: IL CASO
« THE PIRATE BAY »**

La terza sezione penale della Cassazione, accogliendo il ricorso proposto dalla Procura della Repubblica di Bergamo, ha annullato con rinvio, per nuovo esame, l'ordinanza del 24 settembre 2008 con la quale il Tribunale della Libertà di Bergamo aveva revocato il sequestro preventivo degli accessi dall'Italia al sito svedese *The Pirate Bay*.

LE ORIGINI DELLA CONTROVERSIA.

La vicenda giudiziaria italiana di *The Pirate Bay* è iniziata nell'agosto 2008, quando il GIP di Bergamo ha stabilito la responsabilità del sito stesso per favoreggiamento nella violazione del diritto d'autore ed ha, conseguentemente, disposto l'esclusione dell'accesso al sito da parte dei fornitori di *connettività alla rete*, stabilendo quindi un « *oscuramento* » realizzato mediante l'ingiunzione a tutti gli *internet provider* italiani di predisporre il *blocco IP* e *DNS* del sito svedese. Il provvedimento della Procura, confermato dal Giudice delle Indagini Preliminari, è stato invece sospeso dal Tribunale del Riesame il quale, pur riconoscendo l'illeceità dell'attività posta in essere dal sito *The Pirate Bay*, ha disposto la revoca del *blocco IP* e *DNS* per vizio di forma, ritenendolo illegittimo in quanto la mancata fisicità, propria di un sito internet, farebbe ricadere la responsabilità del collegamento (internet) su terze parti estranee al reato (*provider*), con ciò determinando un'inibitoria atipica e dunque non conforme al dettato dell'art. 321 c.p.p.

La Corte di Cassazione ha poi annullato l'ordinanza di dissequestro stabilendo che «l'immaterialità di un sito internet non pregiudica la possibilità di apporvi un vincolo e che per i *provider* sussiste «un obbligo generale di sorveglianza sui flussi telematici in transito sui propri sistemi». La Suprema Corte ha ordinato che gli *ISP* «escludano l'accesso da parte degli utenti di *The Pirate Bay*» in modo da impedire l'attività illecita di diffusione di opere protette da diritto d'autore ai sensi dell'art. 171-ter, 2 comma, lett. *a-bis* della L. 633/41.

1. L'ATTIVITÀ DI PIRATE BAY.

The Pirate Bay è un sito che utilizza la tecnologia informatica di condivisione di file tra gli utenti della rete (c.d. *file sharing*) e utilizza dei protocolli di trasferimento dei file direttamente tra utenti (c.d. *peer to peer*) per la diffusione in rete di opere coperte o meno dal diritto d'autore.

I programmi di *file sharing* rappresentano i principali strumenti a disposizione degli utenti di internet per «condividere» files in rete. Questi programmi consentono infatti ad un computer di ricercare files in una rete (il computer ha, in questo caso, la funzione di «*client*») e, contemporaneamente, di mettere a disposizione files a beneficio di altri utenti (il computer ha, in questo caso invece, funzione di «*server*»). Più computer sono collegati alla rete, più files sono a disposizione degli utenti per essere scaricati¹.

La condotta penalmente rilevante attribuita a *The Pirate Bay* dalla Corte di Cassazione, e quindi ai gestori del sito stesso, è la violazione della norma di cui all'art. 171-ter, 2 comma, lett. *a-bis*, della L. 633/41.

1.1. Il peer to peer.

Per *file-sharing* — che letteralmente significa «condivisione di file» — si intende un particolare sistema di interconnessione telematica fra i computer dei singoli utenti. Ogni singolo utente mette a disposizione degli altri utenti i file che intende condividere e contemporaneamente può visualizzare e scaricare i file messi in condivisione dagli altri utenti. Tutto ciò è possibile con la semplice installazione di apposito *software* di condivisione tramite il quale i contenuti di parte o di tutto il disco fisso del computer sono resi visibili ed accessibili ad ogni utente della rete che sia collegato al *network* e utilizzi il medesimo *software*. Quest'ultimo, tramite un sistema di ricerca, è in grado di reperire negli archivi degli utenti collegati il materiale che risponde alla stringa di ricerca immessa dall'utente che opera la ricerca stessa; collegando direttamente il pc di richiesta a quello di offerta consente la duplicazione del file di interesse².

Questo modello di condivisione/comunicazione crea una rete in cui ogni utente ha un ruolo pari all'altro (da qui il nome *peer to peer* da pari a

¹ Cfr. S. RICCI e G. VACIAGO, *Sistemi peer to peer: rilevanza penale delle condotte in violazione dei diritti d'autore e diritti connessi*, in *Dir. Internet*, 2008, 3, 277.

² Cfr. L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Cedam, 2007, 2042.

pari); ogni soggetto è allo stesso tempo — volente o nolente — parte attiva e passiva del sistema, al pari di ogni altro soggetto coinvolto³.

Si distingue dal *peer to peer* lo *streaming* che è una particolare tecnologia che permette la diffusione di audiovisivi via internet ma, a differenza del normale *download* ove si attende che il file sia completamente scaricato prima di poter vedere il video o sentire il messaggio, lo *streaming* permette la fruizione in tempo reale dell'audiovisivo. I sistemi di *streaming* si basano sul *buffering* (memoria tampone), per risolvere il problema che internet non permette di scaricare dati con velocità costante; quando un sistema *streaming* ha ricevuto una certa quantità di dati, viene posto in esecuzione il file audio/video. L'esecuzione avviene a velocità costante e mentre prosegue il sistema continua a scaricare dati dalla rete.

Inizialmente il *peer to peer* si realizzava mediante l'intervento di un operatore di servizi, che da una parte offriva il *software* di condivisione e dall'altra parte provvedeva ad *indicizzare* tutti i file dei soggetti connessi in rete, creando un data base atto al loro reperimento⁴.

In questo caso l'operatore di servizi interveniva nell'attività di ricerca e scaricamento effettuato ad opera dei fruitori fungendo esso stesso da archivio centrale; quest'ultima attività ha permesso di classificare come illecita tale condotta a titolo di « contraffazione indiretta »⁵.

Dopo tale pronuncia il protocollo *peer to peer* si è evoluto eliminando l'archivio centrale e dando la possibilità ai computer degli utenti, connessi in rete, di dialogare direttamente l'uno con l'altro. Tale modalità ha reso più complicato perseguire tali condotte, in primo luogo perché inizialmente è parso più difficile perseguire l'imprenditore che svolge il servizio illecito di messa a disposizione dei file abusivi ed, in secondo luogo, perché si è ritenuto necessario perseguire direttamente gli utenti che duplicano le opere protette, in questo caso poi servendosi dei dati « personali » in possesso dei *service provider*.

Prima dell'entrata in vigore del D.L. 72/2004 — Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo — è nata la distinzione tra l'attività di *upload* e quella di *download* al fine di reprimere tali condotte. Per la attività di *upload* — riproduzione digitale di opere protette finalizzata alla messa a disposizione del pubblico degli altri utenti in *file sharing* — esse erano già illecite prima del D.L. 72/2004 in quanto non ricorrevano la condizione dell'« uso personale », di cui all'art. 71-sexies L. 633/41. Trattasi quindi di un'illiceità sia civile sia penale; infatti l'art. 171-bis della stessa legge vieta la riproduzione abusiva di altrui opere dell'ingegno, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma. Per quanto concerne l'attività di *download* — riproduzione digitale sul proprio computer del materiale reperito tramite il *peer to peer* — si opera una distinzione tra le copie che venivano fatte dall'utente per uso personale e, quelle che invece venivano fatte per essere rese nuovamente disponibili alla comunità dei *file sharer*, in particolare le copie inserite nello spazio condiviso dell'*hard disk* dell'utente. Nel caso di copia privata l'art. 71-sexies

³ Cfr. S. ALIPRANDI, *Capire il copyright, Percorso guidato nel diritto d'autore*, Primaora, 2007, 75.

⁴ Cfr. L. TURINI, *Il caso Napster*, in G.

CASSANO, *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Ipsoa, 2002, 1007.

⁵ Cfr. G. FLORIDA, in *Dir. ind.*, 2000, 3, 233.

comma 3 L. 633/41, prevede espressamente che l'eccezione della copia privata si applichi solo alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa accedervi dal luogo o nel momento scelti individualmente, quando l'opera sia protetta da misure tecnologiche di protezione ovvero quando l'accesso sia permesso da accordi contrattuali. Nel caso invece in cui le copie venissero fatte per essere rese nuovamente disponibili la condotta illecita era già qualificata come tale non sussistendo, nel caso di specie, la scriminante dell'uso personale⁶.

Una tipologia particolare di protocollo *peer to peer* di ultima generazione è quello denominato *Torrent* che utilizza per l'appunto *file torrent*, e che si attua ed esplica mediante la frammentazione dell'opera nel web in modo da coinvolgere più utenti nell'attività di *uploading*; nel momento in cui l'opera si ricompone, attraverso la ricostruzione dei frammenti messi nell'ordine disposto dalle *istruzioni di tracciamento*, viene in essere una condotta illecita di diffusione dell'opera protetta dal diritto d'autore.

1.2. P2P e Pirate Bay.

La Suprema Corte si è interrogata sulla condotta posta in essere dal sito svedese e cioè se questo, mettendo in comunicazione gli utenti attraverso il protocollo *peer to peer*, per consentire la condivisione di file contenenti l'opera protetta dal diritto d'autore, nonché consentendo il trasferimento di file tra utenti (*uploading*), realizzasse o meno una condotta penalmente rilevante e, pertanto, reprimibile.

Deve essere però aggiunto che *The Pirate Bay* non si è limitata solo a fornire il protocollo *peer-to-peer*, ma ha inoltre « indicizzato » le informazioni che gli venivano dagli utenti, le così dette « chiavi di accesso », in quanto gli utenti avevano la possibilità di orientarsi e scegliere il *downloading* di un'opera piuttosto che di un'altra, passando quindi da un'attività di « mero trasporto agnostico » a quella caratterizzata dal fatto che il *file transfert* avveniva tra contenuti protetti dal diritto d'autore liberamente selezionati e scelti dall'utente.

Deve essere osservato che la condotta di « indicizzazione » tenuta dai titolari del sito era quella di *aggregare dei contenuti*; l'*aggregatore di feed*, detto anche *lettore di feed* o semplicemente *aggregatore*, è un software o una applicazione web che raccoglie contenuti web in un unico spazio per una consultazione facilitata. Gli *aggregatori* riducono il tempo e gli sforzi necessari per seguire regolarmente aggiornamenti di un sito web e permettono di creare uno spazio di informazione unico.

La figura dell'« *aggregatore* » può essere avvicinata a quella del « *Content Provider* », ovvero il fornitore di contenuti, il quale, nell'interesse proprio o altrui, carica sul server informazioni ed opere di qualsiasi genere⁷.

Al riguardo la giurisprudenza e la dottrina⁸ hanno mostrato segni di apertura in merito a tale responsabilità, inquadrandola nell'ambito della

⁶ Cfr. L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Cedam, 2007, 2043.

⁷ Cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti su Internet*, nota a Proc. Rep.

Trib. Milano, 10 ottobre 2000, in questa *Rivista*, 2009, 1, 91.

⁸ Cfr. L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Cedam, 2007, 2044.

normale responsabilità per fatto proprio che grava su chiunque. In tal modo, il *Content Provider*, ossia il *provider* che fornisce anche i contenuti, potrebbe rispondere direttamente per eventuali illeciti perpetrati con la diffusione dei medesimi.

La problematica relativa alla individuazione della responsabilità in via generale del *provider* riguarda, invece, il caso in cui questo debba rispondere del fatto illecito altrui.

La questione appena esposta rileva sotto un profilo sia penale che civile. Sotto il primo profilo per la responsabilità penale a titolo di concorso o di cooperazione colposa nel reato posto in essere dal fornitore di contenuti, sotto il secondo profilo per la responsabilità risarcitoria derivante dall'illecito altrui (a prescindere dall'integrazione degli estremi di reato).

Differisce dalla figura del *Content Provider*, fornitore di contenuti, quella dell'*Host Provider*, ossia del *provider* che si limita ad offrire ospitalità ad un *sito internet* — gestito da altri in piena autonomia — sui propri *server*.

Con riferimento alla figura dell'*Host Provider*, la Direttiva Comunitaria 2000/31/CE prevede che colui che presta un servizio consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un altro soggetto (*hosting*) non ne è responsabile, a condizione che non sia a conoscenza che l'attività sia illecita o non sia al corrente di fatti o circostanze in base ai quali l'illegalità è apparente o, non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per ritirare le informazioni o per rendere impossibile l'accesso.

La dottrina ha provato a distinguere la posizione del *Content Provider* da quella dell'*Host Provider*, ritenendo responsabile il primo per l'illeceità dei contenuti immessi e irresponsabile il secondo⁹.

La giurisprudenza ha invece affermato che l'*Host Provider* non è responsabile del contenuto illecito del sito di terzi ospitato sul proprio *server* ovvero a cui fornisce accesso/connettività o altri servizi, a meno che non venga provato un diretto coinvolgimento¹⁰.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 del D.Lgs. 70/03 non sussiste in capo all'*Host Provider* alcun obbligo giuridico di controllo del materiale contenuto all'interno dei siti, controllo questo che sarebbe estremamente difficoltoso (data la quantità di dati) oltre che di poca o nulla utilità (attesa la possibilità che i dati vengano modificati in qualsiasi momento).

Ne consegue che, secondo la norma richiamata, vi è una totale assenza di vigilanza preventiva da parte sia del *Content Provider* sia dell'*Host Provider* sui contenuti; essi sono tenuti solo alla successiva rimozione degli stessi una volta che sia stata accertata la loro illiceità.

⁹ La giurisprudenza di merito ha affrontato il problema relativo alla rilevanza giuridica del banner pubblicitario dell'*host provider* sul sito da lui creato e gestito da terzi: il banner pubblicitario è idoneo a produrre responsabilità ove esso stesso sia direttamente illecito, mentre resta irrilevante ove l'illecito riguarda il sito su cui il banner sia ospitato (a nulla rilevando che il banner sia della società di *hosting* che a sua volta ospita il sito altrui). È problematica analoga alla responsabilità da link, ossia alla responsabilità per il rinvio ad altro sito con

collegamento ipertestuale: a tal proposito, infatti, si parla (peraltro con forti riserve della dottrina più accorta) di responsabilità del soggetto che gestisce il sito contenente il link per l'illecito posto in essere sul sito linkato, ossia al quale si fa rinvio, e non si parla invece di responsabilità del titolare di quest'ultimo sito per l'attività che — a monte, se si può così dire — è svolta dal sito richiamante (cfr. Cass., III, 4 luglio 2006, n. 33945, in *Foro It.*, 2006, II, 625).

¹⁰ Cfr. Trib. Milano, 18 marzo 2004, in *Il Merito*, 7/8, 2004.

Venendo ora all'attività posta in essere da *The Pirate Bay*, essendo essa stessa un'attività di *indicizzazione* e di *tracciamento dei file*, che potrebbe anche essere assimilata all'attività posta in essere dal *Content Provider*, essa apporta quel « *quid pluris* »¹¹ che ha consentito alla Suprema Corte di attribuire ai gestori del sito un comportamento penalmente rilevante, e pertanto sanzionabile nei confronti degli stessi *ex art. 171-ter*, comma 2, lett. *a-bis* della L. 633/41, a titolo di concorso *ex art. 110 c.p.* con i singoli utenti « *uploader* ».

Le argomentazioni poste alla base dell'attribuzione di questo « *quid pluris* » nei confronti dei gestori di *The Pirate Bay* si basano sul fatto che la condotta di « *indicizzazione* » delle informazioni provenienti dagli utenti, tutti autori potenziali di *uploading* attraverso il tracciamento delle c.d. *chiavi di accesso* ai contenuti in possesso degli utenti periferici, consentono ai fruitori dei servizi di orientarsi consentendogli quindi di operare una scelta consapevole su quale *uploading* effettuare e, quindi di scegliere l'opera protetta dal diritto d'autore di cui usufruire.

Queste informazioni erano rese disponibili sul sito, o attraverso un motore di ricerca interno o attraverso le *liste indicizzate*, che hanno consentito di valutare l'attività del sito non più come quella di un mero « *corriere* » che gestisce il flusso dei dati, bensì come una condotta penalmente rilevante in quanto i dati trasportati contenevano opere protette dal diritto d'autore.

Anche se lo scambio avveniva da utente a utente, l'attività svolta dal sito, *protocollo di trasferimento e indicizzazione di dati essenziali*, ha consentito quindi di configurare l'apporto causale per l'incriminazione a titolo di concorso con gli utenti, *ex art. 110 c.p.*, del sito stesso per la violazione della normativa sul diritto d'autore e diritti connessi al suo esercizio *ex art. 171-ter*, comma 2, lett. *a-bis*, L. 633/41.

1.3. *Precedenti giurisprudenziali in materia di Peer toPeer.*

Il caso « *Peppermint* » ha messo in evidenza il contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della Privacy nelle reti *peer to peer* dal quale si è poi potuto affermare che « l'acquisizione gratuita tramite il *file sharing*, di opere protette dai diritti di proprietà intellettuale, consentita agli utenti di determinati siti internet, non giustifica l'obbligo di « *discovery* » al provider, consistente nella rivelazione dei dati idonei ad identificare i consumatori utenti del servizio informatico e utilizzatori dei programmi di *file sharing*, anche alla luce della vigente normativa comunitaria, in quanto nel bilanciamento tra il diritto di proprietà intellettuale e il diritto alla riservatezza la prevalenza del primo sul secondo è giustificata unicamente se unita alla lesione di interessi della collettività protetti dal diritto penale¹² ».

Al fine di una completa trattazione non può prescindere da alcune considerazioni sulla particolare figura di un « *prestatore di servizi* » quale quella del « *motore di ricerca* ». Si pensi ad un *server* specifico come Goo-

¹¹ Cfr. Sentenza in commento, motivazione, punto 5.

¹² Cfr. C. BLENGINO, M.A. SENOR, *Il caso «Peppermint»: il prevedibile contra-*

sto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer-to-peer, Nota a Trib. di Roma 16 luglio 2007, in questa Rivista, 2007, 4/5, 835.

gle: esso opera quale *user generated content aggregator service provider* il quale, in altre parole, non produce contenuti, ma si limita ad ospitare contenuti inseriti da terzi attraverso *link* tra vari domini¹³.

Recentemente Google è stato incriminato, a titolo di diffamazione online e violazione della privacy, a causa di alcuni contenuti immessi in rete da terzi e diffusi attraverso i propri server. In questo singolo caso quindi è stata configurata una responsabilità (omissiva o commissiva che dir si voglia) per il contenuto di un video immesso in Italia¹⁴. Deve essere sottolineato che, nonostante l'enorme quantità di dati contenuti e diffusi da Google, tale responsabilità gli è stata attribuita considerando che le maggiori cariche societarie del motore di ricerca ne dovevano avere conoscenza o, quanto meno, avrebbero dovuto averla e, pertanto, avrebbero dovuto rimuovere tali illeciti contenuti¹⁵.

Considerata la mole dei dati immessi su Google e Youtube, anch'esso controllato da Google, sembrerebbe inverosimile affermare che i vertici degli stessi potevano essere consapevoli della presenza del video incriminato nel loro dominio, soprattutto in assenza di una norma specifica che imponga al *service provider* di controllare la liceità dei dati immessi da altri nel proprio sito¹⁶.

Abbiamo già sottolineato che nel nostro ordinamento non è prevista una posizione di garanzia per il «prestatore di servizi». La dottrina ritiene inesigibile un comportamento del *provider* volto a controllare la liceità dei dati immessi da altri nel proprio sito per due ordini di ragioni: la prima relativa, come precedentemente detto, alla mole dei contenuti e la seconda basata invece sulla variabilità dei contenuti stessi (infatti chi ha inserito un dato può modificarlo più volte)¹⁷.

In un altro caso è stato invece affermato che è illecito il comportamento della società proprietaria di un sito web che, agendo come *hosting provider*, consenta agli utenti del servizio il caricamento e la successiva diffusione nella rete internet di video che riproducano le fissazioni delle emissioni radiotelevisive, relative a un'opera audiovisiva o a sequenze di immagini in movimento, sulle quali un'emittente televisiva abbia il diritto di esclusiva utilizzazione economica in Italia. Qualora vi sia una notevole pubblicizzazione commerciale sulle *pagine web* in cui compaiono i video illecitamente inseriti, infatti, non possono essere validamente invocati né il diritto di cronaca a scopo informativo né il diritto di critica e di discussione¹⁸.

Nella medesima pronuncia alla responsabilità dell'*hosting provider* relativa alla diffusione di video oggetto di privativa si aggiunge anche quella per il ritardo nell'esecuzione della richiesta di rimozione. Infatti, non può

¹³ Cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti su Internet*, Nota a Proc. Rep. Trib. Milano 10 ottobre 2008, in questa Rivista, 2009, 92.

¹⁴ Cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *Diritto d'autore: editoria on line fuori dal Far West solo con il ruolo egemone del legislatore comunitario*, in *Guida al diritto*, 2010, 17, 12.

¹⁵ Cfr. Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Guida al Diritto*, 2010, 17, 11.

¹⁶ Cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *La pretesa responsabilità penale degli intermediari di contenuti su Internet*, in questa Rivista, 2009, 1, 91.

¹⁷ Cfr. U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione dei dati nelle reti internazionali di computer*, in R.T.D.P.P., 1997, 1206.

¹⁸ Cfr. Trib. Roma, 15 dicembre 2009, in *Guida al Diritto*, 2010, 2, 56.

sostenersi, a fronte di ripetuti solleciti volti alla rimozione dei filmati tutelati dal diritto d'autore, l'esenzione da responsabilità di cui gode il *provider* che non sussiste nel caso in cui quest'ultimo sia consapevole della presenza di materiale sospetto e si astenga dall'accertarne l'illecito inserimento e dal rimuoverlo¹⁹.

2. LE NORME VIOLATE.

2.1. *L'art. 171-ter, 2 comma, lett. a-bis), DELLA L. 633/41.*

L'articolo in questione statuisce che « è punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque: *a-bis*) in violazione dell'articolo 16, a fini di lucro, 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 (lettera aggiunta dall'art. 1, D.L. 22 marzo 2004, n. 72, « interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo », come sostituito dalla relativa legge di conversione, poi così modificata dal comma 3-*quiquies* dell'art. 3, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione).

La norma prevede quindi che la responsabilità penale sia conseguente alla « messa a disposizione » di altri utenti del file.

Deve essere sottolineato che il legislatore, con la modifica apportata dall'art. 3 comma 3-*quiquies*, D.L. 31 gennaio 2005, n. 7, ha volutamente introdotto una distinzione tra *file sharer* che agisce a fini di lucro, punito ai sensi dell'art. 171-ter, 2 comma, lett. *a-bis*, e *file sharer* c.d. *domestico* che è invece punito ai sensi dell'art. 171-ter, 1 comma, lett. *a-bis*²⁰.

2.2. *La violazione di cui all'art. 16 - Diritto esclusivo di comunicazione al pubblico.*

L'articolo 16 della L. 633/41, richiamato dall'art 171-ter, 2 comma, lett. *a-bis*, statuisce che « 1. Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso; comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. 2. Il diritto di cui al comma 1 non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico » (articolo così sostituito prima dall'art. 1, D.Lgs. 23 ottobre

¹⁹ Cfr. Trib. Roma, 15 dicembre 2009, in *Guida al Diritto*, 2010, n. 2, 56, citata *supra*.

²⁰ Cfr. S. RICCI e G. VACIAGO, *Sistemi*

peer to peer: rilevanza penale delle condotte in violazione dei diritti d'autore e diritti connessi, in *Dir. Internet*, 2008, 3, 277.

1996 n. 581, poi dall'art. 1, L. 18 agosto 2000 n. 248 ed infine dall'art. 2, D.Lgs. 9 aprile 2003 n. 68).

L'articolo in esame riserva agli autori di opere dell'ingegno il diritto di mettere le proprie opere a disposizione del pubblico in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Questa modalità di comunicazione è quella che si è soliti chiamare « comunicazione interattiva ». Essa comprende una serie particolarmente ampia di attività diverse tra loro, che vanno dalla *distribuzione interattiva digitale*, al *video on-demand*, alla messa a disposizione di un'opera attraverso il suo caricamento on line ed al *file sharing*²¹. Tratto comune di queste attività è la loro idoneità a raggiungere un pubblico composta da: una pluralità di persone, presenti in luoghi diversi, presenti non necessariamente nello stesso momento ma diacronicamente, e presenti in un certo numero²².

Comunicazione interattiva è quella che avviene *on line* come, a mero titolo esemplificativo, l'immissione di un'opera su un *sito web*²³, l'inserimento della stessa in una *banca dati on line*²⁴, la *condivisione di file* contenenti opere dell'ingegno²⁵, il *webcasting* o lo *streaming*²⁶, l'inserimento di un'opera nella *rete* di un'impresa o di un'ufficio²⁷; controversa risulta essere invece l'opinione di chi ritiene che lo scambio di *e-mail*, con file contenenti opere, sia *comunicazione interattiva*²⁸, come se lo sia o meno anche quella che realizza un *link a pagine web* o ad altre opere *caricate on line*.

Ulteriore forma di *comunicazione interattiva* è la distribuzione di opere tramite internet; anche su tale modalità di comunicazione vi sono però opinioni contrapposte. Parte della dottrina ritiene che questa modalità rientri in realtà tra quelle di cui all'art. 17 L. 633/41, con la conseguenza che sarebbe applicabile anche il principio dell'esaurimento — i titolari di diritti di proprietà intellettuale e industriale e i titolari di diritti connessi hanno il diritto di esclusiva per lo sfruttamento economico di tali beni che viene meno quando essi sono posti in vendita per la prima volta dal titolare stesso del diritto o con il suo consenso — all'opera acquistata su Internet²⁹. Altra parte della dottrina ritiene invece che la distribuzione di

²¹ Cfr. L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Cedam, 2007, 567.

²² Cfr. P. AUTERI, *Il caso Napster alla luce del diritto comunitario*, in L.C. UBERTAZZI, *Tv, Internet e new trends*, Giuffrè, Milano, 2003, 63.

²³ Cfr. R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, 2001, 203.

²⁴ Cfr. R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, citata *supra*.

²⁵ Cfr. P. AUTERI, *Il caso Napster alla luce del diritto comunitario*, in L.C. UBERTAZZI, *Tv, Internet e new trends*, Giuffrè, 2003, 63; M. BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non « sanzionabile »*, in ALDA, 2000, 386; P. AUTERI, *Diritto d'autore*, in P. AUTERI, G. FLORIDIA, V. MANGINI,

G. OLIVIERI, M. RICOLFI, P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2005, 559.

²⁶ Cfr. S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, 2004, 154.

²⁷ Cfr. R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, citata *supra*.

²⁸ Cfr. R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, citata *supra*; M. BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non « sanzionabile »*, citata *supra*; S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, 2004, 158; N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto Industriale*, Cedam, 2001, 234.

²⁹ Cfr. D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, 1996, 379, n. 38; A.M. GAMBINO, *Le trasmissioni tele-*

opere attraverso Internet sia una modalità di « messa a disposizione del pubblico » riservata esclusivamente agli autori dell'opera, e che tale modalità pertanto non esaurisca il diritto di distribuzione³⁰.

Vi sono inoltre altre forme di *comunicazione interattiva* che possono svolgersi fuori dall'ambito digitale di Internet, quali la distribuzione *on hold*³¹, quella *on demand*³², o ad esempio anche l'utilizzo di musiche inserite nella segreteria telefonica.

2.3. *La violazione di cui all'art. 171-ter, 2 comma, lett. a-bis della L. 633/41 e il fine di lucro.*

La condotta incriminata con il provvedimento in esame quindi, è quella che presuppone la comunicazione al pubblico a fini di lucro di un'opera protetta dal diritto d'autore, o parte di essa, attuata mediante la sua diffusione in un sistema di *reti telematiche*, attraverso connessioni di qualsiasi genere.

The Pirate Bay è uno tra i 100 siti più visitati al mondo, tradotto in 13 lingue, e dall'Italia sono stati registrati il 2,3% dei contatti, circa 450.000 visite al mese. Ne consegue che non pare esservi dubbio sul fatto che questo sito abbia avuto la possibilità di « comunicare » al pubblico le opere protette dal diritto d'autore, considerati i dati di accesso registrati.

In merito alla comunicazione al pubblico *a fini di lucro* esso è stato ravvisato negli introiti delle inserzioni pubblicitarie a pagamento.

In proposito deve essere evidenziato che l'espressione « fini di lucro », contenuta nel testo attuale della L. n. 633 del 1941, art. 171-ter, comma 1, è stata dapprima sostituita con quella « per trarne profitto » dal D.L. 22 marzo 2004, n. 72, art. 1, comma 2, convertito con modificazioni dalla L. n. 128 del 2004, e successivamente reinserita dal D.L. 31 gennaio 2005 n. 7, art. 3, comma 3-*quiquies*, convertito con modificazioni dalla L. n. 43 del 2005.

Tali modifiche devono essere interpretate quale espressione dello specifico intento del legislatore di modificare la soglia di punibilità della condotta descritta dalla norma, a seconda del prevalere di interessi di salvaguardia del diritto d'autore o di quello contrapposto afferente alla libera circolazione delle opere dell'ingegno, incidendo direttamente sulla qualificazione del dolo specifico richiesto per la configurazione del reato³³.

matiche del bene immateriale, in AIDA, 1997, 507.

³⁰ Cfr. M. BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non « sanzionabile »*, in AIDA, 2000, 384; R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, citata *supra*; S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, 2004, 181; M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in AIDA, 2002, 78.

³¹ Cfr. S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, citata *supra*; M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in AIDA, 2002, 76, 97.

³² Cfr. F. CARDARELLI, V. ZENO-ZENCovich, *Profili giuridici della televisione via cavo interattiva (video-on-demand)*, in questa Rivista, 1994, 4/5, 707; S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Giappichelli, 2004, 164; A.M. GAMBINO, *Le trasmissioni telematiche del bene immateriale*, in AIDA, 1997, 489.

³³ Per una critica della nozione di profitto quale mero risparmio di spesa: D. TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Giappichelli, 2006, 115. Cfr. Cass., III, 22 novembre 2006, n. 149, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, VIII, 1017, nt. Farina.

Con tale ultima espressione, infatti, deve intendersi un fine di guadagno economicamente apprezzabile o di incremento patrimoniale da parte dell'autore del fatto.

Ne consegue che, al fine della commissione del reato in esame, deve essere raccolta la prova dello specifico intento del *file sharer* di trarre, dalla comunicazione al pubblico per il tramite della messa in condivisione in rete di opere protette, un guadagno economicamente apprezzabile e non un mero risparmio di spesa³⁴.

Il fine di lucro costituirebbe dunque il requisito essenziale di punibilità per evitare di applicare una pena esemplare ai semplici fruitori delle opere ovvero a chi condivide *file sharer* c.d. *domestico*.

3. LA DISCIPLINA RELATIVA ALLA RESPONSABILITÀ DEGLI INTERNET SERVICE PROVIDER.

3.1. *Violazione del diritto d'autore e responsabilità del Provider.*

Le norme fin qui analizzate, concernenti la responsabilità del *provider*, devono essere lette in combinato con il disposto di cui all'art. 68-bis e 156 della L. 633/41. L'art. 68-bis dispone che: « Salvo quanto disposto in ordine alla responsabilità dei prestatori intermediari dalla normativa in materia di commercio elettronico, sono esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali ».

Questa eccezione è finalizzata a consentire le riproduzioni in rete del materiale coperto dal diritto d'autore, a prescindere dal consenso del titolare, tra server di origine e utente finale nonché anche la sua mera fruizione temporanea.

Per sua parte l'art. 156 della L. 633/41, così come modificato dall'art. 2 del D.Lgs. n. 140/06 in attuazione della direttiva 2004/48/CE c.d. *direttiva enforcement*, statuisce che « chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. 2. Sono fatte salve le disposizioni di cui al D.Lgs n. 70/2003 ».

³⁴ Cfr. D. TERRACINA, *Lucro e profitto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Dir. Internet*, 2007, 259. Vedi anche A. SCIALABBA,

Contrastanti orientamenti in tema di « scopo di lucro » nella duplicazione abusiva di programmi per elaboratore, nota a Trib. Torino, 20 aprile 2000, in questa *Rivista*, 2000, 6, 819.

Da ciò si desume che, ai sensi degli articoli richiamati, la responsabilità del prestatore di servizi per gli illeciti commessi in violazione della normativa in materia di opere dell'ingegno richiama espressamente il regime di responsabilità previsto dalla normativa sul commercio elettronico³⁵.

3.2. Art. 17 Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza.

Abbiamo osservato che ai sensi degli artt. 14, comma 3, art. 15, comma 3, e art. 16, comma 3, vi è la previsione che l'autorità giudiziaria possa esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore di servizi impedisca o ponga fine alle violazioni commesse; queste disposizioni devono essere lette unitamente al successivo art. 17 il quale esclude un generale obbligo di sorveglianza da parte dell'ISP, nel senso che esso non è tenuto a verificare se i dati trasmessi concretizzino un'attività illecita, in violazione del diritto d'autore, ma hanno l'obbligo di denunciare l'attività illecita, ove il prestatore del servizio ne sia comunque venuto a conoscenza, e di fornire le informazioni dirette all'identificazione dell'autore dell'attività illecita, contemplando inoltre la possibilità che l'autorità giudiziaria possa richiedere al prestatore di tali servizi di impedire l'accesso al contenuto illecito.

Sulla base della lettura congiunta di tali disposizioni può essere pertanto affermato che sussiste un potere inibitorio dell'autorità giudiziaria penale avente il contenuto di un ordine diretto ai provider dei servizi suddetti di precludere l'accesso alla rete informatica internet al solo fine di impedire la prosecuzione della perpetrazione del reato di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis), L. 633/41.

Tale inibitoria, peraltro, deve essere rispettosa del principio di « proporzionalità » (D.Lgs. n. 70 del 2003, art. 5, comma 2, lett. b) della limitazione dell'accesso rispetto all'obiettivo di individuazione e perseguimento di reati, atteso che la circolazione di informazioni sulla rete internet rappresenta pur sempre una forma di espressione e diffusione del pensiero che ricade nella garanzia costituzionale dell'art. 21, comma 1, Cost.³⁶.

In ambito europeo appare quindi affermarsi la volontà di tutelare il diritto d'autore che circola sulla rete internet, sia in sede di autoregolamentazione sia in sede giudiziaria; è essenziale — in ossequio al principio della proporzionalità — che siano tenuti in giusta considerazione i limiti costituzionali della disciplina sul diritto d'autore, rispetto al dovuto bilanciamento con gli interessi protetti quali la libertà individuale, l'uguaglianza tra i singoli, lo sviluppo della cultura, la libertà di espressione del pensiero nonché quella di creazioni artistiche a favore di soggetti terzi, autori o fruitori che siano (artt. 2, 3, 9, 21 e 33 Cost.).

³⁵ Per un esauriente commento alla disciplina, C.C. ROSSELLO, E. TOSI, G. FINOCCHIARO, *Commercio elettronico, documento elettronico e firma digitale*, Giappichelli, 2003.

³⁶ Cfr. Cass. pen., 11 dicembre 2008, n. 10535, la quale con riferimento ai blog sulla rete Internet, distingue tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa.

4. LA PRONUNCIA DELLA CASSAZIONE.

Avendo analizzato gli istituti giuridici che stanno alla base del provvedimento oggetto della presente trattazione, si può ora comprendere che, essendosi la Corte di Cassazione pronunciata sul potere inibitorio attribuito all'autorità giudiziaria o amministrativa ai sensi degli artt. 14 comma 3, 15 comma 3 e 16 comma 3 del D.Lgs. n. 70/03, ed avendo essa espresso parere favorevole in merito all'esistenza dello stesso, la sentenza ha sollevato un significativo dibattito sulla disciplina della responsabilità del *provider* anche, e soprattutto, in relazione ai possibili sviluppi delle future azioni giudiziarie.

Deve anzitutto essere precisato che nella fattispecie in esame non si attribuisce alcuna responsabilità al *provider* per la diffusione di contenuti penalmente rilevanti; in questo caso infatti il *provider* sarebbe responsabile solo se tale condotta fosse direttamente riconducibile ad un suo comportamento, dovendo essere anche autore del materiale diffuso, ovvero dovendo essersi « appropriato » dei contenuti, partecipando alla formazione, selezione o comunicazione dei file ovvero esercitando un vero e proprio controllo sul materiale accessibile così ponendosi come responsabile della sua immissione in rete³⁷.

I *server* invece svolgono la funzione non solo di fornire la connessione agli autori materiali del reato, ma anche quella di *indicizzare i file* consentendo quindi lo « smistamento » o meglio il « *tracking* » ovvero il tracciamento dei file coperti dal diritto d'autore.

L'AIP — Associazione Italiana Internet Provider³⁸ — in merito a tale provvedimento, ha sostenuto che l'unico modo per bloccare gli accessi sarebbe quello del sequestro del sito stesso presso l'*hosting provider*, ex art. 16 D.Lgs 70/03, attuato a mezzo di rogatoria internazionale in quanto il sito risiede all'estero, motivo per il quale in Svezia è stato incriminato anche l'imprenditore che ha fornito *hosting* al sito *The Pirate Bay*.

Ulteriore argomentazione contro il provvedimento in esame è quella che si basa sul fatto che questo blocco di accesso si espleta con un oscuramento attuato a mezzo di filtri nel *Domain Name System*; in altre parole, la richiesta di apertura di una pagina web mediante l'indirizzo testuale non viene risolta dai *server* in un indirizzo numerico *IP*, inibendo di fatto l'accesso al sito. Tale sistema è però facilmente aggirabile da qualsiasi utente e, conseguentemente, inidoneo a impedire che il reato venga commesso.

Ciononostante la Suprema Corte ha confermato il sequestro preventivo, ex art. 321 c.p., del sito web di *The Pirate Bay* disponendo che gli *Internet Service Provider*, e solamente quelli operanti nel territorio dello Stato italiano, inibiscano gli accessi a tale sito ed ai relativi alias e nomi di dominio a questo facenti capo.

Le motivazioni su cui si fonda la decisione della Suprema Corte si basano sull'esigenza di cooperazione del *provider* al fine di impedire la perpetrazione di reati, senza in alcun modo ledere il principio generale di assenza del dovere di vigilanza preventivo ex art. 17 del D.Lgs. 70/03 sui

³⁷ Cfr. AGCOM, *Diritto d'Autore sulle reti di comunicazione elettronica*, 10 febbraio 2010, reperibile sul sito dell'autorità garante <http://www.agcom.it>, pag. 17 ss.

³⁸ Cfr. AIP comunicato stampa del 29.12.09, *L'SOS dei provider: Improprio il blocco degli accessi*, in *Il Sole-24 Ore*, Norme e Tributi, 31 dicembre 2009, 31.

contenuti presenti in rete; in tal modo non si andrebbe a scalfire l'essenza e la natura stessa della rete sia sotto il profilo della libertà di espressione che di manifestazione e diffusione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.

Ne consegue dunque che da una parte viene quindi precluso di porre a carico dei prestatori di servizi un obbligo generale di sorveglianza ex art. 17 d.lgs. 70/03, ma dall'altra si rischia di arrivare ad una sostanziale disapplicazione, o addirittura quasi-abrogazione, di questo caposaldo della disciplina europea sul commercio elettronico.

È infatti evidente che da oggi un prestatore di servizi, per scongiurare il rischio che sulle proprie pagine vengano pubblicati contenuti protetti dal diritto d'autore, non potrà che sorvegliare i contenuti immessi in rete dai propri utenti ponendo in essere quindi una sorveglianza preventiva e, attesa l'impossibilità di un controllo di tutti i contenuti immessi da terzi, si vedrebbero in tal modo penalizzati soprattutto i *service provider* che aggregano i contenuti.

Un'altra delle problematiche cui occorre fare molta attenzione è quella relativa ai costi dell'attività di prevenzione della pirateria audiovisiva sulla piattaforma diffusa attraverso le infrastrutture di un intermediario; ci si interroga — al riguardo — a carico di quali soggetti verranno attribuiti. L'attività di antipirateria audiovisiva compete ai titolari dei diritti, alle associazioni di categoria, alle società di gestione collettiva dei diritti e allo Stato, e non ai provider che sono meri intermediari utilizzati da utenti per porre in essere attività in violazione dei diritti d'autore.

Gli interessi coinvolti sono molteplici, quelli dei prestatori dei servizi in tutte le loro sfaccettature, quelli dei singoli utenti, quelli dei titolari dei diritti protetti, quelli a favore della repressione dell'attività illecita e quelli contro tale repressione³⁹. Occorre inoltre considerare che tali condotte vanno ad incidere su diritti costituzionalmente garantiti quale quello della libertà di informazione e quello della libertà di manifestazione del pensiero.

5. PROVVEDIMENTI DI ATTUAZIONE DELLA SENTENZA « PIRATE BAY » E LORO CONSEGUENZE.

A seguito della pronuncia della Suprema Corte in esame la Procura della Repubblica di Bergamo, con ordine di esecuzione di sequestro preventivo, ex art. 321 c.p.p. e 92 D.Lgs. 271/89, ha confermato il sequestro preventivo, da attuarsi tramite inibizione dell'accesso da parte degli internet provider, del sito *www.thepiratebay.org* con riferimento al sito, ai relativi alias e nomi di dominio presenti e futuri, rinviando al sito mede-

³⁹ Cfr. C. BLENCINO, M.A. SENOR, *Il caso «Peppermint»: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer-to-peer*, Nota a Trib. Roma del 16 giugno 2007, in questa Rivista, 2007, 837 nota n. 2. Il manifesto della Canadian Music ViCreator's

Coalition, raccoglie i più importanti artisti canadesi di musica pop, i quali denunciano che sono stati i loro produttori a denunciare le attività poste in essere dai fan contro il loro volere che è quello di liberalizzare i contenuti cfr. <http://www.musiccreator-s.ca/wp>.

simo; dell'*indirizzo IP* statico che risulta essere associato ai nomi stessi nell'attualità e in futuro.

Non può non essere rilevato che viene inibito l'accesso al sito, a tutti gli alias di dominio, all'*indirizzo IP* statico considerando però quest'ultimo suscettibile di rapida variazione e, conseguentemente, un elemento non essenziale del sito *The Pirate Bay*.

Ulteriore elemento caratterizzante del provvedimento è che l'inibizione è stata disposta ai relativi alias e nomi di dominio « presenti e futuri » nonché « ad ogni ulteriore *indirizzo IP* statico associato ai nomi stessi « nell'attualità e nel futuro »; peculiare quindi che il provvedimento oltre ad inibire l'accesso agli utenti con una modalità facilmente aggirabile dagli stessi, disponga detto blocco anche per un lasso di tempo non ben precisato.

Da un lato vi sono quindi tutte le considerazioni svolte in merito all'assenza preventiva dell'obbligo generale di sorveglianza, *ex art.* 17 D.Lgs. 70/2003; a seguito del provvedimento in esame sembra che, l'obbligo generale di sorveglianza sui contenuti, venga invece introdotto una volta che sia stata accertata l'attività illecita e per un lasso di tempo indeterminato.

Ne consegue che tutti i provider destinatari del « sequestro preventivo » dovranno inibire l'accesso agli utenti al sito *www.thepiratebay.org*, ai relativi alias e nomi di dominio « presenti e futuri », all'*indirizzo IP* statico che risulta essere associato ai nomi stessi nell'« attualità e in futuro », introducendo quindi un'ordine attivo di ricerca dei nomi di dominio, indirizzi *IP* tutti associati al sito stesso anche per il futuro.

In altre parole il provvedimento in questione dispone che per il futuro tutti i provider dovranno vigilare affinché non si possa accedere al sito, anche da altri nomi di dominio o indirizzi *IP*, in modo da impedire future violazioni della normativa in merito al diritto d'autore.

FLAMINIA MERLA