

P2P: SCONTRO DI CIVILTÀ FRA GIURISPRUDENZA E LEGISLATORE

Con la sentenza n.149 del 9 gennaio 2007 la Corte di Cassazione italiana è intervenuta in modo determinante sulla questione cruciale della liceità - almeno sotto il profilo penale - del *file sharing* fra privati cittadini. In questo senso la Suprema Corte si è sostanzialmente allineata alla traccia di molti altri tribunali europei ed internazionali che, prima di Lei, avevano colto il principale motivo di perplessità relativamente alla normativa che condanna il fenomeno del peer-to-peer: l'iniquità di una condanna indiscriminata che colpisce ogni singolo utente per il solo fatto che questi condivide informazioni con altri sfavorito dallo strumento utilizzato, che lo rende rintracciabile: una delle più avanzate tecnologie prodotte dall'essere umano, la Rete.

SOMMARIO: Premessa - 1. L'iter della sentenza 149 del 9 gennaio 2007. - 2. Il panorama internazionale. - 2.1 Canada. - 2.2 Francia.- 2.3 Spagna. - 2.4 Norvegia - 2.5 Olanda - 2.6 Le voci controcorrente. 3. La recente direttiva europea.- 4. Il caso

di Eva Balzarotti
Dottore in Giurisprudenza
Team Atlan66

Premessa

La trattazione di seguito proposta si occupa di un particolare fenomeno sociale denominato "peer-to-peer" (P2P) che, nato nel 1999, ha lo scopo di consentire la condivisione gratuita fra privati di contenuti digitali ed è attualmente fonte di accese polemiche tra gli utenti e coloro che vantano diritti d'autore sul materiale oggetto di scambio.

L'espressione "peer-to-peer" indica, per la precisione, il tipo di struttura della rete utilizzata dagli utenti ma, per estensione, è venuta ad indicare il fenomeno stesso nelle sue più complesse articolazioni ed evoluzioni, divenendo così sinonimo di "file sharing"¹.

1.L'iter della sentenza 149 del 9 gennaio 2007

La Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi su un procedimento iniziato nel 1999 presso il Tribunale di Torino che vedeva coinvolte tre persone - in seguito due causa decesso di uno dei tre imputati - accusate di avere in primo luogo duplicato abusivamente e distribuito software, giochi e video CD attraverso un computer configurato come server FTP², in secondo luogo di aver consentito l'accesso a questi dati solo tramite login e conferimento di materiale altrettanto interessante in upload, in terzo luogo di aver detenuto programmi destinati a consentire o facilitare la rimozione dei dispositivi di protezione applicati ai contenuti digitali posti in commercio secondo i canali tradizionali.

I tribunali del primo e del secondo grado del processo si erano trovati concordi nel ritenere che le operazioni imputate ai soggetti dedotti in giudizio e successivamente provate integrassero le ipotesi delittuose previste dagli artt.171-bis³ e 171-ter della Legge 633/1941 come novellata all'epoca dei fatti⁴.

¹ Per maggiori informazioni si consulti http://it.wikipedia.org/wiki/Peer_to_peer e http://it.wikipedia.org/wiki/File_sharing (consultati il 6 giugno 2007).

² FTP: acronimo di *File Transfer Protocol* (protocollo di trasferimento file), è un protocollo che fornisce gli elementi fondamentali per la condivisione di file tra terminali collegati ad Internet.

³ Legge 633/41 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti concessi al suo esercizio; testo della legge, aggiornato al 31 dicembre 2006, reso disponibile dal sito

Nel 1999, infatti, gli articoli citati prevedevano che l'illegalità del comportamento fosse da ascrivere, almeno per quanto concerne la comunicazione al pubblico attraverso reti telematiche, ad un più specifico dolo: lo scopo di lucro.

Proprio tale scopo di lucro è stato visto configurarsi dal Tribunale di Torino nel semplice recupero di software aggiornato grazie al sistema creditizio che muoveva il computer configurato come FTP: lo scaricamento di dati, infatti, era concesso solo ed esclusivamente a fronte di un caricamento di dati sufficientemente interessanti per la comunità e non a fronte del pagamento di un corrispettivo.

In particolare la Corte di Appello di Torino, con sentenza 29 marzo 2005, aveva stabilito che «lo scopo commerciale che deve caratterizzare la detenzione attiene all'elemento materiale della condotta ed implica una destinazione oggettiva del bene al commercio» ma anche che «il termine commercio va inteso in senso lato e comprensivo di qualsiasi messa in circolazione del bene stesso», e ancor più nello specifico ricomprende la fattispecie di detenzione per uso interno nell'ambito di una attività imprenditoriale caratterizzata da uno scopo commerciale, qualora tale attività sia favorita dall'utilizzo del programma abusivamente duplicato⁵.

Inoltre in relazione all'art.171-bis della Legge sul Diritto d'Autore la Cassazione ha affermato che anche un risparmio di spesa, ove realizzato da un soggetto nell'ambito di una attività imprenditoriale o commerciale, costituisce lucro.

A fronte dell'osservazione della Corte di Appello di Torino secondo la quale le differenze terminologiche adoperate dal legislatore durante le numerose riforme della Legge sul Diritto d'Autore⁶ siano da considerare una "interpretazione autentica" volta a superare le questioni interpretative correlate ad ipotesi di vantaggio non immediatamente patrimoniale, la Corte di Cassazione risponde sottolineando che invece tali modifiche integrano un evidente spostamento del limite di sanzionabilità del comportamento in oggetto. Si osserva, in proposito, come tali differenze terminologiche non siano «esclusivamente finalizzate ad assicurare una sempre più adeguata tutela del diritto d'autore [...] bensì anche dalla finalità di contemperare le predette esigenze di tutela con quella di garantire la circolazione delle opere dell'ingegno, quale strumento di progresso sociale e culturale»⁷.

Quindi doveva essere esclusa l'esistenza di un fine di lucro da parte degli imputati nello scambio dei *files* poiché l'attività di duplicazione effettiva non avveniva in capo al server FTP bensì ad opera dei vari utenti che vi si sono collegati, non ottenendo alcun vantaggio economicamente apprezzabile dallo scambio dati - effettuato di fatto a titolo gratuito -, nemmeno una forma di pubblicità.

In particolare, la Suprema Corte puntualizza: «tali modifiche non possono essere altrimenti interpretate che 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

della SIAE: http://www.siae.it/documents/BG_normativa_leggedirittoautore.pdf (pagina consultata al 18 maggio 2007).

⁴ prima delle modifiche apportate dalla L.248/00, dal D.Lgs.68/2003, dalla L.128/04 di conversione del D.L.72/2004 (c.d. Decreto Urbani) e dalla L.43/2005 di conversione del D.L.7/2005.

⁵ cfr. Cass. 33896/2001.

⁶ "scopo di profitto" invece che "scopo di lucro" e "detenzione per scopo commerciale e imprenditoriale" invece che "detenzione per scopo commerciale".

⁷ come peraltro previsto dai consideranda dei trattati della *World Intellectual Property Organization*, agenzia dell'ONU dedita alla protezione delle opere dell'ingegno e dello spirito umano. Il WCT (*WIPO Copyright Treatment*) e il WPPT (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*) impongono la «necessità di un equilibrio fra il diritto degli autori e un interesse pubblico superiore, in particolare in materia di istruzione, ricerca e accesso all'informazione», in conformità con l'art.20 della Convenzione di Berna del 5 dicembre 1987.

richiesto per la configurazione del reato»; non essendo configurabile una attività commerciale o imprenditoriale, l'unica ipotesi sanzionatoria sostenibile è quella inquadrata dall'art.171-ter comma 2 lettera a-bis)⁸. Questa fattispecie prevede lo scopo di lucro affinché si configuri il reato di condivisione attraverso reti telematiche, ma questo deve essere inteso come «guadagno economicamente apprezzabile o incremento patrimoniale da parte dell'autore del fatto, non potendosi identificare con un qualsiasi vantaggio di altro genere; né l'incremento patrimoniale può identificarsi con il mero risparmio della spesa derivante dall'uso di copie non autorizzate di programmi o altre opere dell'ingegno al di fuori dello svolgimento di una attività economica da parte dell'autore del fatto, anche se di diversa natura, che connoti l'abuso» e cioè che abbia di fatto tratto vantaggio commerciale o imprenditoriale dalla duplicazione del materiale protetto.

Quindi la Corte di Cassazione esclude, per il caso in esame, che la condotta degli imputati sia stata determinata a fini di lucro perché dall'accertamento di merito non è risultato alcun vantaggio economico dalla predisposizione del server FTP mentre dall'utilizzo dello stesso essi hanno tratto sostanzialmente un profitto solo e nella stessa misura in cui ne traevano profitto tutti gli eventuali utenti del server medesimo.

2. Il panorama internazionale

Con la decisione del gennaio 2007 la Corte di Cassazione italiana si è sostanzialmente allineata a molte altre pronunce effettuate da organi stranieri a lei paralleli o sottoposti, sottolineando un andamento curioso del rapporto fra legislatura e giurisprudenza: in molti paesi anche extraeuropei, infatti, assistiamo ad un netto scollamento fra le riflessioni della giurisprudenza e le motivazioni della produzione normativa.

2.1 Canada

Nel dicembre 2003 il *Copyright Board of Canada*⁹, l'ente governativo che si occupa della gestione dei diritti di proprietà intellettuale nel paese, per bocca dell'allora segretario generale Claude Majeau comunica che secondo l'interpretazione della legge canadese in vigore scaricare files da internet è effettivamente legale poiché non solo l'utente ha il diritto di copia ma non gli è nemmeno richiesto di accertarsi se la fonte di quanto copia sia autorizzata o meno¹⁰. La *Canadian Recording Industry Association*¹¹, in replica, denuncia nel febbraio successivo 29 utenti delle piattaforme di scambio accusandoli di aver condiviso materiale protetto dal diritto d'autore e sollecitando così una pronuncia giurisprudenziale in materia ma scatenando anche la reazione dei Service Provider che, al fine di tutelare il diritto alla privacy dei propri utenti, rifiutano di fornire i dati sensibili collegati ai 29 IP segnalati dalla CRIA¹².

⁸ art.171-ter comma 2 lettera a-bis): "è punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da cinque a trenta milioni chiunque [...] in violazione dell'art.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".

⁹ Sito istituzionale consultabile presso <http://www.cb-cda.gc.ca/> (al 18 maggio 2007).

¹⁰ Punto Informatico Anno VIII n. 1973 di lunedì 15 dicembre 2003: "P2P e Canada, quando il download è legale - Lo sostengono quelli dell'Ufficio copyright, secondo cui scaricare da internet non può essere considerato illegale. La cosa non va giù alle major che annunciano: non decide l'Ufficio, decideranno i tribunali. Ma il DMCA in Canada non c'è" consultabile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?i=46293> (18 maggio 2007).

¹¹ Sito istituzionale consultabile presso <http://www.cria.ca/> (al 18 maggio 2007).

¹² Punto Informatico Anno IX n. 2009 di lunedì 16 febbraio 2004 "P2P si apre il fronte canadese - I discografici canadesi denunciano i primi 29 utenti delle piattaforme di scambio. In Canada è protetto solo chi scarica file ma non chi li mette in condivisione. Ma ci sono provider che non registrano gli IP degli utenti" reperibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?i=46978> (18 maggio 2007).

Due mesi dopo, nell'aprile 2004, il giudice Konrad von Finckenstein stabilisce che il semplice fatto di scaricare e rendere reperibile files attraverso uno spazio condiviso su un sito internet non costituisce violazione della legge canadese vigente poiché questa pratica è assimilabile alla presenza di una fotocopiatrice in una comune biblioteca: «non si vedono reali differenze - recita la sentenza - tra una biblioteca che metta una fotocopiatrice in un luogo pieno di opere protette dalla legge sul diritto d'autore, e un computer che mette una copia di un file personale su uno spazio condiviso, collegato a un sito dedito allo scambio di files»¹³.

Pochi giorni dopo il deposito della sentenza (aprile 2004) il Governo di Ottawa rende immediatamente nota all'opinione pubblica e alle majores la sua intenzione di modificare la normativa vigente in modo da tutelare correttamente gli interessi delle case produttrici di contenuti e condannare in solido i provider che non sostenessero la crociata antipirateria indetta dai detentori del diritto d'autore.

Pochi mesi (luglio 2004) e la Corte Suprema fa sapere di non essere affatto d'accordo sulle metodologie suggerite dal governo e prontamente recepite dalle majores: «Uno schiaffo all'industria dei contenuti che cerca di trovare un modo per rientrare dei denari che ritiene di perdere a causa del peer-to-peer si è sentito risuonare ancora una volta in Canada - riporta lo staff di Punto Informatico -. La Corte Suprema ha infatti affermato che i provider non sono tenuti a rispondere economicamente delle attività di *sharing* condotte dai propri utenti. [...] I provider sono considerati responsabili dalla Corte solo qualora venga comunicata [loro] la presenza sui propri network di un sito illegale [a giudizio della magistratura] e questo non venga da loro rimosso»¹⁴.

2.2 Francia

Nel febbraio 2006 una sentenza francese crea un precedente inaudito in Europa stabilendo che sfruttare a fini personali le piattaforme di scambio non può essere considerato un reato. Il caso è quello di un utente accusato di aver scaricato e condiviso moltissimi brani musicali protetti dal diritto d'autore gestito dalla *Société Civile des Producteurs Phonographiques*; i sistemi di rilevazione dell'uso del P2P della *Société* nel 2004 avevano individuato l'IP del computer del giovane, attivo tramite il celebre software Kazaa, all'epoca uno dei più utilizzati dagli utenti del file sharing. Il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi, giudicando il caso, ha stabilito che l'imputato faceva uso di questi files a titolo personale, e quindi un uso legale. Secondo i giudici, la normativa francese stabilisce che i cittadini «facciano un uso corretto dei materiali protetti fino a quando questo uso non è collettivo o non è a finalità di lucro»¹⁵.

Nel luglio 2006, però, con una netta inversione di tendenza il Parlamento francese stabilisce pene esemplari per l'uso illecito del peer-to-Peer: fino a tre anni di reclusione e fino a trecentomila euro di multa. Durissime le critiche sotto due profili: da una parte si critica l'eliminazione, in sede di approvazione, di una clausola che permette lo sviluppo di software interoperabile anche da parte di produttori indipendenti (c.d. *software open source*), che in questo modo sono perseguibili ogni volta che mettano mano al codice; dall'altra si contesta la distruzione di fatto del c.d. "fair use" poiché considerando normale il fatto che non si possa effettuare la copia privata di un prodotto protetto da tecnologia DRM si formalizza il fatto che se

¹³Annarita Gili, 7 aprile 2004 "Il Canada legalizza il P2P musicale" disponibile presso <http://www.apogeeonline.com/webzine/2004/04/07/01/200404070101> (18 maggio 2007).

¹⁴Punto Informatico Anno IX n. 2104 di giovedì 1 luglio 2004: "Canada: Provider innocenti per il P2P - Editori ed artisti ci hanno provato, chiedendo che agli ISP venisse imposto il pagamento di royalty sulla musica scaricata dagli utenti. Ma la Corte Suprema canadese la pensa in modo diverso" disponibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?i=48828> (18 maggio 2007).

¹⁵Punto Informatico Anno XI n. 2475 di giovedì 9 febbraio 2006 "Francia, legale l'uso del Peer to Peer - Una sentenza francese crea un precedente inaudito in Europa: sfruttare a fini personali le piattaforme di scambio non può essere considerato un reato. Clamore su tutta la rete. L'industria: ricorreremo in appello" disponibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?i=57774> (consultato il 18 maggio 2007).

le tecnologie anti-copia non prevedono nemmeno la copia di backup, questa non può essere fatta¹⁶.

A fronte della scarsissima applicazione effettuata dai tribunali transalpini e dell'ondata di polemiche sollevate da questo provvedimento, nel marzo 2007 il governo francese rimette mano alla normativa sul diritto d'autore, forte anche delle raccomandazioni espresse dal Ministro della Giustizia francese all'indirizzo dei magistrati affinché essi stabiliscano punizioni proporzionali alla modalità e alla gravità dell'infrazione (attenzione peraltro già prestata indipendentemente dai consigli ministeriali). Chiosa infatti Alfonso Marucci di Punto Informatico: «sebbene finora nessuno sia stato sbattuto in galera per la condivisione online non autorizzata, e le multe siano state sostanzialmente di entità minima (mai sopra i 3.000 euro), la volontà di mitigazione delle norme attualmente in vigore è sostanziale, considerando che la regola 3 anni/300mila euro vale anche per chi condivide materiale protetto. La depenalizzazione porterebbe a stabilire multe per l'ammontare di 38 euro per il download e 150 euro per l'upload, senza alcun accenno al fatto che un'attività è legata all'altra per tutti i più quotati software di file sharing. Ma qualche indicazione da Parigi potrebbe arrivare ai politici nostrani, tanto propensi a dichiararsi "condivisorii" incalliti quanto poco attivi nel mettere finalmente mano alla controversa legge Urbani»¹⁷

2.3 Spagna

Il 30 giugno 2006 il Parlamento spagnolo approva una legge che sancisce di fatto l'illegalità del *peer-to-peer* anche se effettuato per utilizzo personale e attraverso le più comuni piattaforme di *file sharing*, estendendo inoltre l'equo compenso già previsto per i nastri vergini a tutti i supporti dell'era digitale: CD, DVD, chiavette USB e persino telefonini; tutto ciò al fine di compensare il diritto d'autore non riscosso nel caso in cui tali supporti vengano utilizzati dagli utenti per effettuare un backup di materiali regolarmente acquistati e protetti, appunto, dal diritto d'autore (una sorta di diritto d'autore pagato due volte).

Con la medesima previsione normativa, inoltre, i provider sarebbero chiamati a nuove e pesanti responsabilità poiché qualunque *Internet Service Provider* che consenta l'uso del P2P rischierebbe un processo penale, inducendo di fatto i *providers* stessi - come già taluni in Italia - a bloccare preventivamente il P2P e, sempre di fatto, escludere dalle proprie reti il traffico di chi usa sistemi come eMule, LimeWir, Kazaa e altri.

Nel novembre 2006, però, in vigenza della predetta normativa la giurisprudenza spagnola si pronuncia in appello - su di una sentenza di primo grado che prevedeva l'assoluzione del downloader a danno di Promusicae¹⁸, l'associazione fonografica del paese - focalizzandosi sullo scambio dei brani musicali e giudicandolo legittimo per l'assenza di ricavi provenienti da tale attività: secondo l'accusa l'uomo avrebbe dovuto scontare una pena di due anni e pagare indennizzi per migliaia di euro; secondo il giudice invece va assolto, in virtù di un importante - e all'epoca rivoluzionario - principio: il reato non si configura se manca il fine di lucro nelle intenzioni dell'agente e dato che lo scambio di brani e di CD non veniva compensato in alcun modo, non essendoci lucro non sussisteva nemmeno il reato (motivazione curiosamente affine a quella adottata dalla Corte di Cassazione italiana). Chiosa infatti il sito di Megalab.it «Antonio Guisasola, presidente dell'associazione [Promusicae], ha colto l'occasione per stigmatizzare i programmi P2P tout-court, illegali per

¹⁶ Punto Informatico Anno XI n. 2592 di lunedì 31 luglio 2006 "Parigi: carcere e multe salate per il P2P - Lo decidono i consiglieri costituzionali, che rivedono la legge sul diritto d'autore, aprendo le porte a condanne severissime. Cambia qualcosa anche per il DRM: chi lo produce dovrà darlo ai competitor ma solo dietro pagamento" articolo disponibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1596827&r=PI> (consultato il 18 maggio 2007).

¹⁷ Punto Informatico Anno XII n. 2724 di venerdì 9 marzo 2007: "Parigi vuole un diritto d'autore più severo - Pene commisurate al reato e nuovi criteri di valutazione degli abusi. Ci lavora il governo francese, all'insegna della depenalizzazione per i privati che scambiano file protetti attraverso il P2P" disponibile (al 18 maggio 2007) presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1918688&r=PI>.

¹⁸ Sito istituzionale presso <http://www.promusicae.org/> (consultato il 18 maggio 2007).

autonomia o comunque abbondantemente sfruttati dai pirati telematici per le loro scorribande digitali ai danni dei poveri artisti scritturati dalle etichette. Ma soprattutto dei discografici, aggiungiamo noi, notoriamente inclini a sottomettere gli interessi degli artisti ai propri»¹⁹.

È comunque probabile che la Promusicae non si lasci abbattere dai due gradi di giudizio già decisi e ricorra nuovamente contro la decisione del tribunale, conscia del fatto che una simile posizione rischia di «scatenare uno tsunami giuridico dalle dimensioni incontrollabili, a tutto vantaggio degli utenti e a tutto svantaggio dello *show-biz* delle multinazionali»²⁰.

2.4 Norvegia

A fronte di una decisione sensazionale risalente al gennaio 2005 nell'ottica della repressione più convinta del fenomeno del P2P, pronunciata dai massimi giudici dell'ordinamento norvegese, il garante dei consumatori è recentemente intervenuto per condannare le tecnologie di DRM - in particolare il FairPlay di Apple applicato ad *i-Tunes* - in quanto, a detta di Torgeir Waterhouse consulente del *Forbrukerradet*²¹, «FairPlay è una tecnologia di blindatura illegale il cui scopo principale è quello di limitare i consumatori allo scatolotto confezionato da Apple. In pratica questo significa che *i-Tunes Music Store* sta provando ad uccidere uno degli elementi costitutivi fondamentali in una società digitale ben funzionante, l'interoperabilità, allo scopo di aumentare i profitti»²².

A fronte di questa decisione gli Unge Venstre²³, ala giovanile del Partito Liberale norvegese, in occasione del Congresso Nazionale hanno tracciato alcune innovative proposte concernenti il diritto d'autore e la gestione dei diritti digitali, riassumibili in 4 punti fondamentali: legalizzazione del file sharing, liberalizzazione a fini artistici dell'utilizzo di materiale coperto da copyright, diminuzione dell'applicazione temporale del copyright e abolizione per legge del DRM.

«L'Unge Vestre - spiega Riccardo Campaci di Macitynet - pensa che il *file sharing* permetta di condividere arte e cultura a costi bassissimi. Questa diffusione culturale va favorita, mentre le leggi di tutela, nazionali e internazionali, dovrebbero limitare lo scambio di contenuti solo ed esclusivamente in relazione ai profitti. Allo stesso modo le limitazioni sul copyright rendono difficoltosa e ostacolano la "rivisitazione" artistica di opere già immesse nell'ecosistema culturale. Difficoltà che gli artisti si trovano ad affrontare ogni qual volta vogliono utilizzare materiale coperto dai diritti d'autore. Anche in questo caso il rinnovo culturale andrebbe incoraggiato liberamente, limitato solo dai confini stabiliti dalle già sufficienti leggi antiplagio»²⁴.

¹⁹ Megalab.it del novembre 2006: "File Sharing assolto in Spagna - La sentenza di un tribunale spagnolo manda su tutte le furie le associazioni di categoria: nonostante l'assoluzione di un downloader, il P2P di materiale protetto rimane un crimine, ribadisce la SIAE locale. E promette battaglia in appello" disponibile all'indirizzo <http://www.megalab.it/news.php?id=1376> (consultato il 18 maggio 2007).

²⁰ Avv. Marcello Pirani di Anti-phishing Italia del novembre 2006: "Spagna: scaricare musica dalla rete non è reato se manca il fine di lucro - Annotatevi questo nome: Paz Aldeco, giudice del tribunale di Santander, in Spagna", articolo disponibile (al 18 maggio 2007) presso <http://www.anti-phishing.it/news/articoli/news.031120062.php>. La sentenza risale al 1 novembre 2006.

²¹ Associazione indipendente dei consumatori norvegese che ha l'obiettivo di accrescere l'importanza dei consumatori nella vita sociale e politica del paese. Per saperne di più http://en.wikipedia.org/wiki/The_Consumer_Council_of_Norway (consultato il 18 maggio 2007).

²² Punto Informatico Anno XI n. 2694 di venerdì 26 gennaio 2007: "Norvegia: illegale il DRM di Apple - Decisione storica del garante dei consumatori: le restrizioni sui brani acquistati su iTunes violano le leggi norvegesi, e Apple deve cambiar strada. Dovrà abbandonare il DRM, cambiarlo o finire sotto processo" disponibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1863637> (consultato il 18 maggio 2007).

²³ Sito istituzionale dell'organizzazione politica disponibile presso <http://www.uv.no/>.

²⁴ Riccardo Campaci di Mac e Hi-Tech news dal 1996: "DRM e Copyright sotto pressione in Norvegia - Dalla Norvegia arriva forse la più dura presa di posizione contro i DRM e una rivoluzionaria proposta di ridimensionamento delle leggi sulla tutela dei diritti d'autore. Iniziative che non provengono da uno degli ennesimi pensieri isolati, ma da un'ufficiale rappresentanza democratica nazionale: il Venstre, il partito liberale

2.6 Olanda

La classe politica olandese, a fronte di un 2006 infuocato dalle continue crociate organizzate da BREIN contro gli utenti del file sharing e i pubblici roghi di server colpevoli di aver ospitato link e files pirata, con l'avvento dell'anno nuovo hanno iniziato a ripensare il loro rapporto con la tutela del diritto d'autore, tentando almeno di produrre delle soluzioni alternative. Martijn van Dam²⁵, esponente del PVDA (il partito socialista-democratico, uno dei maggiori del paese), vede nella tassazione del traffico internet un buon compromesso per soddisfare le esigenze delle majores e prendere atto del dilagante fenomeno del file sharing; gli fa eco Nicolien van Vroonhoven, esponente del CDA (partito democristiano, attualmente alla guida del paese), sostenendo l'idea del nuovo balzello telematico, in virtù del quale i cittadini non potrebbero essere più caricati di esborsi ulteriori per il download musicale: non potevano mancare le critiche, dato che la «tassa di Internet servirebbe a compensare solo le major musicali, mentre i download col P2P coinvolgono anche software, contenuti multimediali e quant'altro. Per non parlare del peso sempre crescente dei portali di social broadcasting quali YouTube e simili, che contribuiscono largamente all'utilizzo complessivo della banda che si vorrebbe tassare a guadagno esclusivo del mercato della musica»²⁶. Bisogna però prendere atto del fatto che, almeno, i politici norvegesi tentano strade innovative per la risoluzione del problema della "pirateria on line" e soprattutto per la tutela dei loro elettori.

2.7 Le voci controcorrente

A fronte di dichiarazioni sconvolgenti come quelle della Romania, neo stella d'Europa che pubblicizza l'importanza della pirateria (questa sì) che viola i costosissimi brevetti dei software consentendone la distribuzione anche presso fasce di popolazione che non potrebbero in altro modo permetterseli e accedere all'alfabetizzazione informatica (come sostenuto dal presidente rumeno Traian Basescu a cospetto di niente di meno che William H. Gates III, fondatore e chairman di Microsoft²⁷), numerosi sono ancora gli stati che perseguono una politica repressiva nei confronti della meno invasiva pratica di condividere i contenuti digitali in rete.

Fra questi la Germania e il Regno Unito, per quanto riguarda l'ambito europeo, Australia e soprattutto gli Stati Uniti d'America.

La Germania a maggio ha visto accusare 3'500 persone di aver scambiato materiale protetto tramite la rete, in Inghilterra si infuoca lo scontro fra agenzie di tutela dei diritti d'autore che chiedono ai provider di collaborare e questi ultimi che si rifiutano categoricamente di far da delatori dei loro clienti. In Australia le aziende produttrici di contenuti preparano, complici un'attività di lobbying sui provider che va avanti ormai da molti mesi e soprattutto un atteggiamento nei confronti del P2P radicalmente diverso a quello di altri paesi, un software in grado di identificare automaticamente gli IP degli utenti che condividono opere protette in modo da poter inviare questi dati ai rispettivi service provider e ottenere la chiusura degli account incriminati. Infine gli Stati Uniti, dopo circa un quinquennio di infruttuosa battaglia al P2P e consci di una delle ultime ricerche che ha scoperto essere 32 i milioni di americani che scaricano film dalla rete e - soprattutto - considerano

norvegese" disponibile presso <http://www.macitynet.it/macity/aA27917/index.shtml> (17 aprile 2007, consultato il 18 maggio 2007).

²⁵ Sito istituzionale presso <http://www.martijnvandam.pvda.nl/> (18 maggio 2007).

²⁶ Punto Informatico Anno XI n. 2699 di venerdì 2 febbraio 2007: "In Olanda vogliono azzerare il DRM in cambio di tasse - Alcuni politici sostengono che la pirateria ha vinto e che l'unica soluzione per compensare i mancati guadagni degli artisti è appiappare nuove tasse a downloader e netizen. Per farlo, però, bisogna cancellare il DRM" disponibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1873880&r=Pi> (consultato il 18 maggio 2007).

²⁷ Punto Informatico Anno XI n. 2699 di venerdì 2 febbraio 2007: "Il presidente rumeno elogia i pirati informatici - E lo fa dinanzi a Bill Gates, in visita commerciale a Bucarest. Secondo Basescu è grazie alla diffusione di software pirata che i giovani hanno potuto accedere alle nuove tecnologie" articolo consultabile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1873869&r=PI> (al 18 maggio 2007).

assolutamente legale tale attività (corrispondono a circa il 18% dell'intera popolazione), rispondono con una proposta di incriminazione anche per chi si limita a manifestare l'intenzione di scaricare materiale protetto dal diritto d'autore attraverso la rete²⁸.

Con una brillante e liberale intuizione l'amministrazione Bush ha previsto che «ogni proprietà usata, o pensata per essere usata, in ogni maniera o parte di essa, per commettere o facilitare il reato della violazione del DMCA può essere confiscata dalle forze dell'ordine. Il che equivale a dire che chiunque possieda un comunissimo masterizzatore di dischi DVD rischia di vedersi [sequestrare] il PC dai federali senza poter opporsi alla decisione. Ma l'IPPA (Intellectual Property Protection Act²⁹) va molto oltre, arrivando a prevedere la criminalizzazione del semplice "tentativo" di infrazione del copyright: attualmente, per poter incriminare qualcuno è necessario che l'infrazione venga prima commessa, mentre secondo Gonzales e il suo ufficio 'è un principio generale della legge criminale che coloro che provano a commettere un crimine, ma non lo completano, sono moralmente colpevoli tanto quanto coloro che vi riescono'. Chi prova anche solo ad infrangere il DRM è esattamente come chi commette un tentato omicidio, dicono gli uomini di Gonzales. Il DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*) agli steroidi prevede poi altre chicche come la galera a vita per chi, nell'usare software pirata, metta a rischio la vita dei pazienti negli ospedali. Ma dentro c'è anche una facilitazione nelle intercettazioni contro la contraffazione, l'inasprimento delle sanzioni per chi infrange il DMCA - che ora prevedono fino a 10 anni di galera e 1 milione di dollari di multa - e l'obbligo delle forze di Sicurezza Nazionale di avvertire RIAA in caso di import di prodotti musicali falsificati. Tale avviso non è invece previsto, pare, per altre pure importanti associazioni dell'industria dell'intrattenimento come MPAA o del software, come BSA».

È di questi ultimi giorni la notizia secondo cui un *link* apparso nei giorni scorsi sulla rete negli Stati Uniti elencherebbe i parlamentari americani che hanno legalmente accettato donazioni da parte delle major discografiche della RIAA per le proprie campagne elettorali: questo spiegherebbe con una certa forza le motivazioni di una normativa tanto avversa al *file sharing*³⁰.

3. La recente direttiva europea

A fronte delle grandi differenze sanzionatorie previste dai vari Stati Membri il Parlamento Europeo ha prodotto ed inviato alla Commissione il testo di una direttiva - denominata IPRED2, acronimo di *Intellectual Property Rights Enforcement Directive 2*. L'IPRED1 si era occupato del profilo civile della questione - tesa ad armonizzare l'atteggiamento europeo nei confronti del file sharing e del copyright più in generale.

Nella versione approvata dal Parlamento i detentori di diritti d'autore possono cooperare con le squadre investigative³¹ durante la fase delle indagini e hanno

²⁸ Punto Informatico Anno XII n. 2767 di giovedì 17 maggio 2007: "Gli USA puniranno anche la tentata pirateria - Monta l'attenzione per la nuova proposta dell'amministrazione Bush: oltre a colpire i pirati di musica, software e dintorni, il nuovo DMCA punirà anche chi solo manifesta l'intenzione di agire come un pirata", materiale reperibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1990157&r=PI> (consultato il 18 maggio 2007).

²⁹ <http://politechbot.com/docs/doj.intellectual.property.protection.act.2007.051407.pdf>
Testo della proposta disponibile on line per la consultazione (al 18 maggio 2007).

³⁰ Punto Informatico News martedì 5 giugno 2007: "La lista dei pagati dalla RIAA" disponibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?i=2015094> (consultato il 6 giugno 2007) e pagina di Consumerist che invita gli elettori americani a scrivere ai vari parlamentari illustrando i motivi per i quali non li voteranno di nuovo disponibile presso <http://consumerist.com/consumer/worst-company-in-america/contact-information-for-50-politicians-who-take-campaign-money-from-the-riaa-264638.php> (consultato il 6 giugno 2007).

³¹ Art. 7: "Gli Stati membri assicurano che i titolari dei diritti di proprietà intellettuale interessati, o i loro rappresentanti, e gli esperti possano contribuire alle indagini condotte dalle squadre investigative comuni su violazioni di cui all'articolo 3 della direttiva".

il diritto di essere informati dalle pubbliche autorità qualora vi sia sequestro di articoli in violazione dei diritti di proprietà intellettuale o si ottengano altre prove di violazioni, anche se è possibile che gli Stati Membri prevedano delle restrizioni onde garantire l'integrità delle prove stesse, perché il reato è ora perseguibile d'ufficio e non più a querela di parte. Infine la normativa attribuisce, anche se in modo ambiguo, ai Service Provider una generale responsabilità per le eventuali violazioni commesse sulle proprie reti dai propri utenti³². Le sanzioni proposte sono indicate dall'art.5: «il massimo della pena comminabile alle persone fisiche responsabili dei reati di cui all'articolo 3 non sia inferiore a 4 anni di reclusione quando tali reati siano commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale [...] e comportino un rischio per la salute o la sicurezza delle persone» e di una sanzione economica massima non inferiore ai 100'000 €.

La Commissione, poi, guidata dalla relazione di Nicola Zingaretti, ha approvato degli emendamenti di non poco conto: essi prevedono che l'uso equo di un'opera protetta «a fini di critica, recensione, informazione, insegnamento (compresa la produzione di copie multiple per l'uso in classe)»³³ non sia perseguibile e impediscono che i titolari del diritto d'autore utilizzino il ricorso abusivo a minacce di sanzioni penali a fini intimidatori³⁴, proteggendo così i diritti dell'imputato.

La modifica più importante, tuttavia, riguarda la mancata sanzione dei comportamenti compiuti da privati senza scopo di lucro: la direttiva sanziona solo gli atti compiuti a scopo commerciale e, nell'art. 2 relativo alle definizioni, stabilisce che «per 'violazione commessa su scala commerciale' si intende ogni violazione di un diritto di proprietà intellettuale effettuata per ottenere vantaggi commerciali, con esclusione degli atti effettuati dagli utenti privati per finalità personali e non lucrative».

4. Il caso

Recentemente una società tedesca produttrice di contenuti, la Peppermint, ha ottenuto dal Tribunale di Roma l'ordinanza che impone a Telecom di fornire i dati personali degli utenti che - secondo le ricerche effettuate dalla stessa Peppermint per mezzo di una software house svizzera specializzata, la Logistep³⁵ - avrebbero violato il diritto d'autore e condiviso brani musicali di sua proprietà.

Gli italiani coinvolti nell'operazione sono 3636 ed hanno ricevuto raccomandate a casa che intimavano loro di pagare una certa somma di denaro (330€ circa) per far desistere la Peppermint dall'intentare una azione penale nei loro confronti attraverso una querela di parte (ma non era perseguibile d'ufficio?).

Secondo Fiorello Cortiana, membro del Comitato consultivo sulla Governance di Internet del Ministero dell'Innovazione, le azioni dei discografici basate - come in questo caso - su un danno presunto e non documentato da prove si configurano come una forma di *spamming giuridico* a sostegno, tra l'altro, di una richiesta piuttosto ambigua. In particolare Cortiana rileva come secondo il Testo Unico sulla Privacy l'IP sia un dato personale, quindi non tutti i trattamenti possono essere fatti senza il consenso dell'interessato anche qualora volgano alla tutela di un diritto, come invece sostenuto dallo studio legale che segue la Peppermint e nei confronti del quale ora si è aperto un

³² Qui il testo approvato ai primi di marzo dalla Commissione JURI - Commissione Affari Legali Parlamento Europeo - <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARG+PE-378.855+01+DOC+PDF+V0//IT&language=IT>;

³³ Art.3 comma 1-ter come approvato dalla Commissione (consultato il 18 maggio 2007 presso <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?Type=REPORT&Reference=A6-2007-0073&language=IT>).

³⁴ Art.6-bis: "gli Stati Membri assicurano che, mediante misure penali, civili e procedurali, il ricorso abusivo a minacce di sanzioni penali possa essere vietato e soggetto a sanzioni".

³⁵ Logistep AG - Anti Piracy Solutions (<http://www.logistepag.com/de/index.php>).

contenzioso disciplinare³⁶. In questo senso occorre capire come si configura e giustifica l'obbligo impartito al gestore telefonico di fornire le utenze associate agli IP ad un soggetto privato e, sempre in tale ottica, Cortiana si chiede se l'azione di rilevazione e trattamento dei dati personali di utenti italiani messa in atto dalla società svizzera Logistep può aver violato la legge italiana configurandosi come illecito civile e persino come trattamento illecito di dati personali ai sensi dell'art. 167 del Testo Unico sulla privacy³⁷.

Il 21 maggio 2007 il Garante della Privacy, invocato dallo stesso Cortiana, dagli utenti e dalle associazioni dei consumatori, si costituisce in giudizio presso il Tribunale di Roma in quello che già viene considerato il più clamoroso caso italiano di contrasto all'uso delle piattaforme di sharing per la condivisione di file musicali al fine di verificare se nella vicenda siano stati rispettati tutti i diritti di protezione dei dati personali³⁸.

A detta di Guido Scorza, professore presso il Master di diritto delle nuove tecnologie dell'Università di Bologna e presso la Scuola Ufficiali dell'Arma dei Carabinieri, intervistato da *Internet Magazine*: «[...] Logistep ha presumibilmente trattato i dati di centinaia di migliaia di utenti che si sono poi rilevati del tutto estranei alle ipotizzate violazioni e, ad oggi, la sua attività è stata utilizzata esclusivamente per esigere da alcune decine di migliaia di utenti il pagamento di un importo di natura indennizzatoria rispetto alle violazioni asseritamente poste in essere il che, certamente, non costituisce esercizio di un diritto in sede giudiziaria così come prescritto dalla richiamata disciplina [della privacy]. In tale contesto, all'origine della vicenda di cui stiamo parlando sembra esservi una plateale violazione della disciplina in materia di trattamento dei dati personali alla quale la Logistep non sembra potersi sottrarre semplicemente sbandierando la propria cittadinanza svizzera»³⁹.

Il tutto senza valutare il fatto che attribuire ad un indirizzo IP lo scaricamento di dati significa attribuirlo ad una macchina, senza ulteriori delucidazioni relativamente all'effettivo utente che sedeva davanti all'apparecchio nel momento dello scaricamento: non si può infatti attribuire arbitrariamente al proprietario la responsabilità penale che potrebbe cadere in capo ad uno degli altri membri del suo nucleo familiare (la responsabilità penale è ancora personale, nel nostro paese) né si può pretendere di desumere, visto il diffuso utilizzo di reti wireless, che sia necessariamente qualcuno collegato all'intestatario del servizio di rete ad aver commesso l'illecito, ammesso che di illecito si tratti vista l'evidente mancanza di scopo di lucro come inteso dalla Cassazione nella sentenza di gennaio.

Riassumendo, ci troviamo di fronte probabilmente alla più grande azione repressiva nei confronti del P2P e finalmente è la magistratura ad essere chiamata a prendere una decisione in grado di modificare radicalmente l'approccio al problema. In proposito vorrei riportare un intervento che ho trovato illuminante nella sua lucida spiegazione del perché i proclami di tutela dei diritti fatti dalle majores non siano lanciati contro la pirateria

³⁶ Testo della lettera inviata dall'associazione dei consumatori all'ordine degli Avvocati di Bolzano cui è iscritto l'Avv. Otto Mahlkecht, consulente legale Peppermint, disponibile presso http://www.altroconsumo.it/images/16/165023_Attach.pdf (consultato il 26 maggio 2007).

³⁷ Punto Informatico Anno XII n. 2764 di lunedì 14 maggio 2007: "P2P: per i 3636 richiedo l'intervento del Garante - Il caso Peppermint domina diversi forum in questi giorni e non mancano i consigli di chi suggerisce di non rispondere affatto alla raccomandata. Intanto Cortiana interpella il Garante, la cui assenza rischia di pesare troppo" disponibile presso <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1984606&r=PI&t=15/05/2007> (consultato il 18 maggio 2007).

³⁸ Punto Informatico Anno XII n. 2769 di lunedì 21 maggio 2007: "I 3636 del P2P: il Garante scende in campo - L'Authority ha deciso di costituirsi in giudizio per accertarsi che le indagini condotte su migliaia di utenti italiani non abbiano violato le normative. Le novità, gli approfondimenti e le interviste" disponibile alla pagina <http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1994230> (consultata il 26 maggio 2007).

³⁹ si veda nota precedente.

organizzata ma esclusivamente contro i loro stessi clienti: «intanto basta una ricerca su ebay o qualsiasi altro mercatino per trovare lucratore in abbondanza. Quelle sono davvero mancate vendite, perchè non far prima piazza pulita di questi tizi? ...Che, per inciso, dubito utilizzino P2P per un motivo semplicissimo, che adesso vado ad illustrare (e che mi sembra sia stato sistematicamente ignorato nelle discussioni sul tema).

Mi rifaccio alla mia antica e personale esperienza negli anni '80, quando la duplicazione del software era terra di frontiera. Un tipo vendeva software copiato per C=64 a mezza Italia: era solito ri-proteggere quel che aveva "sprotetto" o ricevuto "sprotetto". Chi acquistava nell'intento di rivendere (brutta cosa, anche a distanza di tanti anni) era solito "sproteggere" per effettuare le copie che poi ri-protegeva al momento di venderle. Il fatto è che il pirata che lucra, ieri come oggi, ha le stesse esigenze di protezione che hanno i produttori di contenuti: al pirata non piace la libera circolazione del materiale, anzi, vorrebbe essere il solo a guadagnarci sopra.

Per questo direi che:

i) la "mancata vendita" ha senso solo quando effettivamente sia avvenuto un trasferimento di soldi, infatti si può dire che chi paga mostra effettivamente l'intenzione di acquistare l'oggetto, e se lo acquista abusivamente reca danno al produttore;

ii) il pirata vero, il lucratore, ha tutto l'interesse a vendere quante più copie possibile, quindi non ama il file sharing;

ne segue:

iii) il P2P è nocivo ai pirati ma non ai produttori di contenuti; infatti nuocendo chi lucra finisce per colpire l'unico caso in cui si può fondatamente parlare di "mancata vendita", ovvero quello in cui l'opera viene venduta illecitamente⁴⁰.

Ai posteri - e al Tribunale di Roma - l'ardua sentenza.

Eva Dott.ssa Balzarotti - Atlan66

PRESENTAZIONE DELL'AUTORE

La presente per comunicarvi alcune notizie relative alla mia posizione professionale e accademica.

Sono Eva Balzarotti, mi sono laureata in Giurisprudenza il 28 marzo 2006 presso l'Università degli Studi dell'Insubria di Como con votazione finale di 110/110 e lode;

ho discusso la tesi di laurea in Sociologia del Diritto avente come titolo il seguente: "File Sharing: condivisione di informazioni o violazione del diritto d'autore? Tecnologia e sistema giuridico a confronto".

Dal 2003 collaboro con Maria Pia Izzo alla produzione di servizi informativi nell'ambito dell'ICT (Information and Communication Technology) che comprendono:

- ⇒ progettazione e sviluppo software aziendali
- ⇒ realizzazione e animazione di ambienti immersivi 3D su Second Life
- ⇒ visibilità Internet per la piccola-medio impresa e i privati
- ⇒ progettazione grafica
- ⇒ consulenza hardware e software
- ⇒ consulenza legale in materia di protezione dei dati sensibili

Attualmente sono iscritta al primo anno di Scienze e Tecnologie dell'Informazione presso l'Università di Como.

⁴⁰ Intervento di un utente anonimo in occasione della proposta del governo francese di depenalizzare il file sharing fra utenti privati, commento reperibile presso il forum del sito del Senatore Fiorello Cortiana consultato il 6 giugno 2007 (http://web.fiorelocortiana.it/html/modules/newbb/viewtopic.php?forum=4&topic_id=13719).