FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA
"TULLIO ASCARELLI"

SEZIONE DI SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI
XXVII CICLO

TESI DI DOTTORATO

FENOMENOLOGIA PENALISTICA DELL'AUDIOVISIVO

COORDINATORE E TUTOR

PROF. MARIO TRAPANI

DOTTORANDO

AVV. GIULIO LUCIANI

ANNO ACCADEMICO 2015 – 2016

INDICE

INTRODUZIONE…….. » 1

- PARTE PRIMA -

TUTELA PENALE DEL DIRITTO D'AUTORE SULL'OPERA AUDIOVISIVA

CAPITOLO I – INQUADRAMENTO GIURIDICO DELL'OPERA AUDIOVISIVA

1. L'opera cinematografica come archetipo normativo del settore audiovisivo…… » 4
2. La tutela giuridica dell'opera cinematografica……... » 6
3. Verso una nozione onnicomprensiva di "opera audiovisiva"……. » 9
4. Il diritto d'autore tra componente patrimoniale e componente morale……. » 13
5. L'opera audiovisiva nella Costituzione italiana…….. » 15
6. Tentativi classificatori: "reati dell'audiovisivo" e "reati per mezzo dell'audiovisivo"..... » 19

CAPITOLO II – LA RILEVANZA PENALE DEL PLAGIO AUDIOVISIVO

1. Contraffazione, usurpazione e plagio……... » 21
2. L'"usurpazione della paternità dell'opera": circostanza o elemento costitutivo di un reato autonomo? ……. » 23
3. L'inafferrabilità del plagio audiovisivo: criteri di accertamento…….. » 29
4. Ai confini del plagio: l'elaborazione creativa e il "plagio involontario". Configurabilità del plagio parziale……... » 32

CAPITOLO III – LA PIRATERIA AUDIOVISIVA

1. Dalla pirateria su supporto alla pirateria in rete…… » 39
2. La spinta europeistica verso un "Mercato Unico Digitale"……... » 41
3. Il penalista alle prese con i reati di pirateria……... » 43

3.1. Alla ricerca di interessi penalmente tutelati……. » 46

3.2. I riflessi penalistici delle c.d. libere utilizzazioni ed eccezioni al diritto d'autore » 49

4. Un'analisi critica dell'attuale assetto panpenalistico in materia…….. » 53

4.1. Tutela penale "diretta" dell'opera audiovisiva…… » 57

4.1.1. L'immissione abusiva dell'opera audiovisiva in un sistema di reti telematiche» 61

4.1.2. Segue: la (ir)responsabilità penale dell'*Internet Service Provider*……..…… » 63

4.2. Tutela penale "anticipata" e tutela "di funzioni"…… » 68

4.3. Configurabilità del delitto di ricettazione e rapporti con altri reati e illeciti amministrativi……... » 73

5. Forme di tutela extrapenale tra rimedi esistenti e soluzioni possibili…….. » 76

5.1. Una breve panoramica delle azioni civili……..... » 77

5.2. Le c.d. Misure Tecnologiche di Protezione (MTP) e la strada dell'autotutela tecnologica…… » 79

5.3. Il nuovo strumento di *site blocking* da parte dell'AGCom…….. » 82

6. I reati di pirateria audiovisiva tra diritto penale "massimo" e diritto penale simbolico…… » 83

- PARTE SECONDA -

I REATI "PER MEZZO DELL'AUDIOVISIVO": FILM DIFFAMATORIO E FILM OSCENO

CAPITOLO I – PROFILI DIFFAMATORI NELLE OPERE FILMICHE

1. La diffamazione audiovisiva: considerazioni preliminari……. » 90

2. La funzione scriminante della libertà di manifestazione del pensiero……. » 93

3. Film di fantasia e film-verità: l'opera audiovisiva tra diritto di creazione artistica, diritto di critica e diritto di cronaca…… » 98

CAPITOLO II – L'ANTINOMIA DELL'ARTE CINEMATOGRAFICA OSCENA

1. *Index "filmorum" prohibitorum*: un passato non così lontano……. »104

2. La nozione di "osceno" tra elasticità e indeterminatezza……. »108

3. La natura giuridica dell'artisticità dell'opera *ex* art. 529 c.p. …… »111

4. Verso lo smantellamento del doppio sistema di censura amministrativa e repressione penale……. »115

CONCLUSIONI……... »119

BIBLIOGRAFIA……...……... »124

INTRODUZIONE

L'idea di raccordare in un questo lavoro i molteplici profili di rilevanza penale connessi all'opera audiovisiva, tracciando una "fenomenologia" descrittiva e analitica delle tematiche di maggior interesse e impatto giuridico del settore, nasce dall'incrocio tra la meraviglia in senso aristotelico (*thaûma*, letteralmente anche "sgomento" e "prodigio") che scatenò in me lo studio del diritto penale fin dalla prima lezione universitaria e una forte passione coltivata da sempre per l'arte cinematografica. L'esperienza e le competenze acquisite negli ultimi anni attraverso l'esercizio della professione legale nel settore della produzione cinematografica e audiovisiva hanno costituito, infatti, l'innesco per un approfondimento del linguaggio artistico attraverso lo spettro giuridico.

Senza pretese di esaustività, dato che i confini della materia sono invisibili e non permettono una facile frammentazione del discorso per rami e settori dell'ordinamento giuridico, l'intento della presente trattazione è duplice: in prima istanza, mira a riordinare attraverso criteri logico-sistematici e avvalendosi delle categorie dogmatiche del diritto penale le problematiche che interessano la tutela del diritto d'autore e la configurabilità di fattispecie diffamatorie e oscene nell'arte filmica; contestualmente, le stesse tematiche sono affrontate con approccio critico, secondo una metodologia dialettica e diacronica che dia spazio alle numerose e contrapposte teorie formulate in quasi un secolo di riflessioni giuridiche su queste problematiche, cogliendone punti di forza e contraddizioni.

Il presente lavoro spazia, infatti, dai Lavori preparatori del Codice Rocco e dalle prime pronunce giurisprudenziali in materia di osceno fino ai recenti Decreti legislativi del 15 gennaio 2016 che hanno interessato, seppur parzialmente, l'assetto normativo in esame. Illustri autori della dottrina penalista hanno affrontato alcune delle problematiche qui trattate, quali il plagio, la pirateria audiovisiva e il cinema osceno, seppur in modo segmentato e senza maturare compiutamente l'idea di un "diritto penale cinematografico",

da qualcuno soltanto abbozzata, probabilmente per il forte grado di ibridismo della materia che, oltre a permeare l'intero ordinamento giuridico, tocca anche la speculazione estetica e l'arte in genere e richiede una conoscenza approfondita e costantemente aggiornata delle tecnologie digitali.

L'auspicio è che la trattazione unitaria della materia, anche se in due distinti blocchi tematici, possa costituire il punto di partenza per i prossimi passi del legislatore e dell'interprete in un settore alla costante ricerca di un equilibrio tra interessi talvolta diametralmente opposti. È forte la convinzione, infatti, che qualsiasi revisione e processo di riforma debba prendere le mosse da una visione d'insieme del sistema e che, in quest'ottica, un *lògos* giuridico sui possibili profili di rilevanza penale dell'arte di fare film nelle sue molteplici accezioni e implicazioni, quale fondamento di una regolamentazione del diritto d'autore, quale forma di lavoro, quale libertà incondizionata della creazione artistica e quale strumento di promozione socio-culturale, possa a ragione, e forse debba, essere nel suo complesso riunificato e fondato su pochi e chiari princìpi condivisi, da declinare in base alle specifiche esigenze di bilanciamento con altri interessi fondamentali tutelati dall'ordinamento.

Le maggiori difficoltà interpretative e applicative riscontrate dal giurista nella materia del cinema e dell'audiovisivo derivano, infatti, dall'incapacità, soprattutto del diritto penale, di definire concetti che persino in ambito extragiuridico risultano di non facile qualificazione, senza scardinare quei pilastri e quelle garanzie che dovrebbero giustificare e sorreggere l'addebito penale. Nella fenomenologia penalistica dell'opera audiovisiva, come si vedrà nel corso della trattazione, non si assiste soltanto a uno sgretolamento dell'esigenza di tassatività delle principali fattispecie incriminatrici del settore, ma sembrano altresì essersi smarrite nelle reti telematiche e tra le pieghe di un autoritarismo non così remoto le chiavi di volta di un diritto penale moderno, i princìpi di necessaria offensività e di materialità del fatto, distanziandosi anni luce la lettera scritta della legge dalla società in costante dinamismo.

- PARTE PRIMA -

TUTELA PENALE DEL DIRITTO D'AUTORE SULL'OPERA AUDIOVISIVA

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO GIURIDICO DELL'OPERA AUDIOVISIVA

SOMMARIO: 1. L'opera cinematografica come archetipo normativo del settore audiovisivo. – 2. La tutela giuridica dell'opera cinematografica. – 3. Verso una nozione onnicomprensiva di "opera audiovisiva". – 4. Il diritto d'autore tra componente patrimoniale e componente morale. – 5. L'opera audiovisiva nella Costituzione italiana. – 6. Tentativi classificatori: "reati dell'audiovisivo" e "reati per mezzo dell'audiovisivo".

1. L'opera cinematografica come archetipo normativo del settore audiovisivo.

Al fine di circoscrivere l'oggetto della presente trattazione, è necessario tracciare una definizione di opera audiovisiva che, partendo dalle disposizioni normative esistenti, *in primis* la legge italiana sulla protezione del diritto d'autore, riesca ad abbracciare una realtà, a dir il vero, più complessa e proteiforme di quella esistente all'epoca dell'entrata in vigore della normativa richiamata.

La legge 22 aprile 1941 n. 633 (L.D.A.), nel delineare agli articoli 1 e 2 le opere dell'ingegno protette ai sensi di detta normativa, fa espresso riferimento, per evidenti ragioni storiche, alla "cinematografia" e alle "opere dell'arte cinematografica", senza dar conto dell'opera filmica in termini più ampi, quindi ricomprendenti il film per la televisione o per il *web*. Solo in un secondo momento, attraverso le numerose modifiche apportate alla legge sul diritto d'autore, si è tentata un'integrazione del concetto di opera cinematografica affiancandovi l'opera "audiovisiva" o "assimilata" e la "*sequenza di immagini in movimento*"[1].

Perciò, al fine di comprendere quali siano le problematiche inerenti l'opera audiovisiva, occorre prendere le mosse dalle disposizioni adottate dal legislatore per imbrigliare in una forma giuridica la decima musa, il cinema.

[1] Si vedano gli artt. 18-*bis*, 78-*ter* e 80 L.D.A (introdotti con il D.Lgs. 16 novembre 1994 n. 685), l'art. 32 L.D.A (come riformulato dal D.Lgs. 26 maggio 1997 n. 154) e l'art. 46-*bis* L.D.A. (introdotto dal D.Lgs. 13 ottobre 1996 n. 581).

La legge sulla protezione del diritto d'autore non fornisce alcuna definizione di opera cinematografica, prevedendo soltanto all'art. 2 una delimitazione in negativo in base alla quale non deve trattarsi di «semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo I», cioè filmati privi di qualsivoglia apporto creativo, che sono invece tutelati attraverso la situazione giuridica più debole del "diritto connesso" all'esercizio del diritto d'autore, già previsto per la fotografia non creativa[2].

Spostando, invece, l'attenzione sulla normativa che disciplina i requisiti e il procedimento di ammissione delle opere cinematografiche ai benefici di legge, tra cui i finanziamenti attraverso il Fondo unico dello spettacolo (FUS), il decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 28 e i relativi decreti ministeriali attuativi, il film cinematografico viene definito come «lo spettacolo realizzato su supporti di qualsiasi natura, anche digitale, con contenuto narrativo o documentaristico, purché opera dell'ingegno, ai sensi della disciplina del diritto d'autore, destinato al pubblico prioritariamente nella sala cinematografica dal titolare dei diritti di utilizzazione». Si tratta, com'è evidente, di una formulazione che aggiunge poco rispetto alla definizione già scarna utilizzata nella L.D.A., alla quale quest'ultima, peraltro, rinvia.

Si può, tuttavia, affermare con certezza che requisiti essenziali per parlarsi, in termini giuridici, di opera cinematografica siano l'apporto creativo, quale minimo comun denominatore di tutte le opere dell'ingegno tutelate dall'ordinamento, e la prioritaria destinazione alle sale cinematografiche, non configurandosi, invece, vincoli normativi quanto al contenuto e al supporto materiale dell'opera.

La dottrina, interrogandosi sulla natura dell'opera cinematografica, ha da sempre posto in essere le criticità sottese, per questa particolare opera dell'ingegno, alla distinzione ben nota nel diritto d'autore tra *corpus mysticum*,

---

[2] Per una ricostruzione storica della nozione giurisprudenziale di creatività – requisito espressamente richiesto dall'art. 1 L.D.A. ai fini della configurabilità di un'opera dell'ingegno – si veda Cass. Pen., sez. III, 6 febbraio 1987, n. 1323, in *Dir. Aut.*, 1987, II, p. 162 e ss; per la distinzione tra "creatività tecnica" e "creatività o originalità espressiva", ai fini del riconoscimento della tutela del diritto d'autore, si veda Pret. Roma, 12 ottobre 1979, in *Giust. Civ.*, 1980, I, p. 237.

cioè il diritto immateriale, e *corpus mechanicum*, inteso come il supporto materiale dell'opera[3].

Se, infatti, in ambito letterario, musicale e scientifico l'opera esiste indipendentemente dalla forma di fissazione, rimanendo il contenuto identico su qualsiasi supporto, le arti figurative presentano un legame indissolubile con la propria veste estrinseca. L'opera cinematografica, quale forma d'arte figurativa in cui, peraltro, si intrecciano scrittura, immagini e musica, presenta tra il bene immateriale e il *corpus mechanicum,* cioè la registrazione (su pellicola o *file* digitale), uno *step* intermedio, dato dal procedimento meccanico di proiezione del film, senza il quale l'opera non verrebbe ad esistere, mancando proprio la forma sensibile e rappresentativa della stessa[4].

2. La tutela giuridica dell'opera cinematografica.

Se già da un punto di vista meramente ontologico e fenomenico l'opera cinematografica si presenta, quindi, come opera complessa, sul piano normativo la disciplina non è meno problematica. Il combinato disposto degli artt. 44 e 45 L.D.A., infatti, individua una platea decisamente articolata di soggetti titolari di diritti sull'opera in questione.

La prima disposizione richiamata attribuisce la qualifica di coautori dell'opera cinematografica all'autore del soggetto, allo sceneggiatore, al compositore delle musiche e al direttore artistico (*id est* il regista). L'art. 45 L.D.A. stabilisce, invece, che «l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica spetta a colui che ha organizzato la produzione dell'opera stessa». Se, da un lato, la legge sancisce i quattro coautori, quali i profili artistici da cui origina il processo creativo puro e ai quali spetta la titolarità dei diritti sull'opera, dall'altro, al fine di raccordare e sostenere

---

[3] Così DE SANCTIS, *Il nuovo diritto d'autore cinematografico*, in *Dir. Aut.*, 1941, p. 223 ss.

[4] Secondo GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, Milano, 2005, p. 42 ss., il procedimento meccanico di proiezione del film sarebbe un *corpus mechanicum* secondario, attraverso cui «la cinematografia trova la sua forma concreta, sensibile e rappresentativa, formando con esso un tutt'unico, come un'opera della pittura con il dipinto o un'opera della scultura con il marmo in cui è scolpita».

economicamente la realizzazione dell'opera filmica, si erge la figura del produttore che, rappresentando l'anima industriale del prodotto cinematografico, è chiamato ad esercitare i diritti di sfruttamento economico dello stesso (oltre a essere titolare dei "diritti connessi" di cui all'art. 78-*ter* L.D.A.).

Nel tentativo di ripercorrere in modo sintetico le tesi proposte dalla dottrina per inquadrare la peculiare struttura plurisoggettiva dell'opera cinematografica, può farsi riferimento a una sostanziale contrapposizione tra tre impostazioni: una prima posizione per cui saremmo di fronte a un'opera "collettiva", un secondo approccio che, invece, ricorre alla figura dell'opera "comune" e, infine, la tesi che adotta la definizione di opera "composta".

Secondo un primo orientamento diffuso, infatti, la disciplina giuridica dell'opera cinematografica si accosterebbe a quella dell'opera collettiva di cui all'art. 38 L.D.A., data la (apparente) specularità delle figure del produttore cinematografico e dell'editore dell'opera collettiva – essendo a quest'ultimo attribuiti i diritti di utilizzazione dell'opera stessa – e dato che gli autori delle parti letterarie e musicali del film hanno la facoltà di utilizzare separatamente i propri contributi nei limiti di quanto previsto all'art. 49 L.D.A.[5].

Non sembra, tuttavia, trovare spiegazione la formulazione così diversa, già sul piano letterale, utilizzata per disciplinare l'opera cinematografica e l'opera collettiva: l'art. 38 L.D.A. sancisce la spettanza del diritto di utilizzazione economica dell'opera collettiva all'editore "salvo patto in contrario", mentre l'art. 45 L.D.A. sembra voler attribuire al produttore non la titolarità dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica ma il solo "esercizio" degli stessi, senza peraltro prevedere possibilità di deroga pattizia a questo principio. Inoltre, sempre in un'ottica comparativa, ai sensi dell'art. 7 L.D.A. «è considerato autore dell'opera collettiva chi organizza e dirige la creazione dell'opera stessa», definizione che non può assimilarsi alla ripartizione adottata

[5] Così, *ex multis*, JARACH, *Manuale del diritto d'autore,* Milano, 1991, pp. 85-87 e DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno. Vol. I: Le opere figurative, le opere audiovisive e le opere utilitarie*, Milano, 1999, p. 251.

per l'opera cinematografica *ex* artt. 44 e 45 L.D.A. tra coautoria quadripartita (al cui interno figura il direttore artistico), da un lato, e produttore (che è anche colui che organizza), dall'altro[6].

Un approccio minoritario ha, invece, fatto perno su argomentazioni più che altro empiriche e di ordine estetico, evidenziando come i contributi dei coautori del film siano indistinguibili e inscindibili, non potendosi ravvisare una qualche preponderanza di uno di essi sugli altri nell'opera finale che costituisce un nuovo *unicum*[7]. L'opera filmica verrebbe, perciò, fatta rientrare tra le opere comuni *ex* art. 10 L.D.A., ma attraverso un ragionamento induttivo che si scontra con il dato normativo, posto che i diritti di utilizzazione economica sono riconosciuti come diritti individuali *ex lege* e non in regime di comunione e, soprattutto, data la portata dell'art. 49 L.D.A. che riconosce espressamente l'utilizzo separato delle diverse componenti artistiche del film[8].

Secondo altro orientamento, il film dovrebbe essere giuridicamente classificato come "opera in collaborazione composta", in cui, a differenza di quanto accade nelle opere collettive, il produttore non è, in quanto organizzatore dell'opera finale, titolare del diritto di sfruttamento economico sulla stessa, bensì ne ha il solo esercizio, essendo riservata ai quattro coautori la titolarità del diritto d'autore, in entrambe le sue componenti, patrimoniale e morale[9]. In quest'ottica prevarrebbe un'impostazione pluralistica per cui il film si configurerebbe come un complesso di opere che si pone quale terza via tra il modello del nuovo *unicum* inscindibile in comunione tra gli autori (art. 10 L.D.A.) e l'opera collettiva sottoposta alla struttura tripartita (collaboratori –

---

[6] GIANNINI, *Opera cinematografica e contratti cinematografici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, p. 416 rileva l'ambiguità dell'art. 7 L.D.A., soprattutto se raffrontato al combinato disposto degli artt. 44 e 45 L.D.A.

[7] Tesi a fondamento della trattazione di CAPITANI, *Il film nel diritto d'autore*, Roma, 1943. Cfr. anche GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, p. 242 ss.

[8] Per una ricostruzione delle argomentazioni proposte a sostegno dell'esercizio "in comunione" dei soli diritti morali dei coautori dell'opera cinematografica, cfr. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, cit., pp. 256-257.

[9] La definizione è stata proposta da GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, cit., p. 44, che ribadisce come la regolamentazione dei rapporti tra produttore e coautori sia poi rimessa alla volontà negoziale delle parti.

organizzatore/autore – editore), di cui al combinato disposto degli artt. 7 e 38 L.D.A.

Emerge chiaramente come quelli della dottrina non siano altro che tentativi di dare coerenza sistematica a un impianto normativo che non ha potuto o non ha voluto prendere una posizione chiara e lineare sulla natura e sulla struttura giuridica dell'opera cinematografica, favorendo una regolamentazione segmentata, induttiva e a tratti confusa, a discapito di una visione d'insieme[10].

3. Verso una nozione onnicomprensiva di "opera audiovisiva".

Esulerebbe dall'oggetto di questa trattazione un'analisi dettagliata del processo di trasformazione subito dall'industria cinematografica dal 1941 ad oggi e quindi la graduale nascita nel tempo di una varietà di tipologie di opera filmica ulteriori rispetto a quella proiettata sul grande schermo. Si è preso ormai atto, tuttavia, di quanto la diversificazione sempre maggiore dei canali di diffusione e distribuzione del prodotto "audiovisivo", ontologicamente sfaccettato e declinabile in formati e tecnologie potenzialmente illimitati[11], parallelamente all'esponenziale moltiplicarsi di modalità illecite di fruizione da parte degli utenti, abbia determinato un'espansione incontrollata della fenomenologia penalistica del settore.

Per comprendere la sfida posta all'interprete da una realtà in continuo cambiamento, più rapida e multiforme rispetto ai tempi di studio e decisione delle aule parlamentari, va preliminarmente tentata la ricostruzione di una nozione di "opera audiovisiva", muovendo da quanto finora premesso in merito all'opera cinematografica.

Come già accennato, le nozioni di "opera audiovisiva", "assimilata" e "sequenza di immagini in movimento" compaiono nella normativa italiana sul

---

[10] GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, cit., p. 48, ritiene che il legislatore si sia limitato a fornire alcuni elementi senza fissare la struttura giuridica dell'opera cinematografica, lasciando all'interprete ampio margine interpretativo.

[11] MENOZZI, *Diritto cinematografico*, Roma, 1995, p. 185 ss., riporta l'ironica affermazione di Jean Luc Godard «un tempo sapevo cosa era il cinema, ora non più», con cui il regista commentava l'accelerata trasformazione subita dal mondo del cinema nella seconda metà del XX secolo.

diritto d'autore, in affiancamento al concetto di opera cinematografica, soltanto negli anni '90, come risultato della forte pressione esercitata dalle emittenti radiotelevisive e dalle società del settore, essendosi ormai affermata da decenni accanto alla cinematografia la telediffusione ed essendo in via di sviluppo la comunicazione informatica e la distribuzione del videogramma su supporti (videocassette e, in seguito, dvd)[12].

Se dottrina e giurisprudenza, a seguito dei richiamati interventi normativi, sono ormai pressoché unanimi nell'equiparare, ai fini giuridici, opera cinematografica e opera audiovisiva ritenendo che, pur laddove le disposizioni dettate dalla L.D.A. per le opere cinematografiche non siano state espressamente estese alle opere assimilate, la sola diversità nella forma di comunicazione dell'opera al pubblico non possa comportare livelli difformi di tutela giuridica[13], l'equiparazione non è stata così scontata in passato.

Passando in rassegna le nuove forme di linguaggio audiovisivo che hanno presentato maggiori criticità, sicuramente va menzionato il telefilm, quale prodotto destinato, nei suoi diversi formati ivi inclusa la serialità, al prioritario sfruttamento televisivo[14].

---

[12] Al 1967 risale, invece, la modifica apportata dalla Conferenza di revisione di Stoccolma alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, che includeva all'art. 2 le «opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia». Secondo CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano, 2006, p. 102, l'articolo richiamato della Convenzione di Berna avallerebbe il ricorso all'analogia con l'opera cinematografica per dare tutela a quella audiovisiva. Una definizione internazionale di opera audiovisiva è, inoltre, contenuta nel Trattato di Ginevra sulla registrazione internazionale delle opere audiovisive del 18 aprile 1989 che all'art. 2 definisce tali opere come quelle «che sono formate da una serie di immagini collegate fra loro, accompagnate o non da suoni, che possono essere viste e, se accompagnate da suoni, possono essere ascoltate». A livello europeo, la Direttiva 92/100/CEE del 19 novembre 1992, ha espressamente equiparato opere cinematografiche e opere audiovisive ai fini del riconoscimento dei "diritti connessi" in capo al produttore.

[13] Sull'attuale sostanziale equiparazione si veda DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, cit., pp. 242-244.

[14] L'art. 55 della legge sulla cinematografia (L. n. 1213/1965, abrogata dal D.Lgs. 28/2004), definiva il telefilm come «il film a soggetto di qualunque lunghezza prodotto ai fini della diffusione per mezzo della televisione». L'Accordo europeo sullo scambio di programmi mediante film di televisione, stipulato a Parigi il 15 dicembre 1958 (che l'Italia, seppur firmataria dell'Accordo, non ha mai ratificato) definiva il telefilm come «qualunque fissazione visiva, o sonora e visiva, destinata alla televisione», nozione all'apparenza comprensiva anche dei documentari per la tv.

Da alcuni era stata inizialmente esclusa la suddetta estensione per la natura eccezionale rivestita dalle disposizioni della L.D.A. per alcune categorie di opere dell'ingegno, partendo, peraltro, dalla constatazione empirica di una differente provenienza, oltre che destinazione, dei due prodotti, essendo il telefilm il risultato di un processo produttivo che vede coinvolti una figura di produttore diversa da quello cinematografico e che realizza l'opera in sinergia, editoriale e finanziaria, con un'emittente televisiva[15]. Di contro, è stato obiettato che la stessa L.D.A., nell'utilizzare all'art. 2 l'espressione "opere dell'arte cinematografica" e all'art. 1 l'inciso "qualunque ne sia il modo o la forma di espressione", riferito a tutte le opere dell'ingegno tutelate, già contenga il seme di possibili sviluppi futuri del linguaggio cinematografico, anche al di fuori delle sale di proiezione[16].

Per i profili che più interessano la presente trattazione, va rilevato come, sul fronte della tutela penale del telefilm contro le violazioni del diritto d'autore, prima che si avviasse la proliferazione riformistica della materia che ha moltiplicato in *n* fattispecie gemelle l'art. 171 L.D.A., fosse considerata pacifica l'applicabilità delle originarie disposizioni incriminatrici della L.D.A. ai telefilm, sollevandosi invece in dottrina dubbi e incertezze quanto all'estensione all'opera televisiva della legge n. 400/1985 sulla pirateria cinematografica (il cui contenuto è successivamente confluito nella L.D.A.)[17]. Peraltro, è stato correttamente osservato da alcuni come l'applicabilità ai telefilm della disciplina speciale dettata dalla L.D.A. per le opere cinematografiche comporti, dato il riconoscimento del solo "esercizio" dei diritti di sfruttamento economico

---

[15] GALTIERI, *Telefilm e diritto di autore*, in *Dir. Aut.*, 1987, p. 255 ss., ponendo l'accento sulla diversa destinazione dei due prodotti, film per il cinema e telefilm, e sulla diversa gamma di diritti esercitabili sulle due tipologie di opera filmica, sottolinea il carattere assolutamente eccezionale della normativa dettata dalla L.D.A. per le opere cinematografiche ed esclude un'assimilazione del telefilm al film per il cinema.

[16] Così GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, cit., pp. 68-74.

[17] Per quest'impostazione critica si veda GALTIERI, *op. cit.*, pp. 257-259. Problematica ormai superata dalla nuova formulazione dei reati di cui agli artt. 171 ss. L.D.A. (si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 171-*ter* che fa espresso riferimento al "circuito televisivo" e alle opere "audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento").

in capo al produttore, che i delitti di cui agli artt. 171 ss. L.D.A. possano essere commessi anche dagli autori stessi del film, quali titolari *ex lege*[18].

Problemi non diversi si sono presentati per il riconoscimento di una natura "assimilata alla cinematografia" a favore dei c.d. *videoclip* musicali, registrazioni filmati realizzati per accompagnare brani di musica e che iniziarono a diffondersi in Italia negli anni '80. Ai *videoclip* si è riconosciuta una tutela via via crescente, partendo dal livello minimo dei semplici "diritti connessi" sulla traccia sonora e sui singoli fotogrammi, passando per un orientamento intermedio che ne ha sancito la natura di opera dell'ingegno, pur diversificandola dall'opera cinematografica per la mancata autonomia dell'apporto visivo[19], fino a una pacifica assimilazione e inclusione nella categoria delle opere audiovisive[20].

Lo stesso discorso dovrebbe ripetersi per altre forme di audiovisivo di più recente invenzione, dalle serie *web* al c.d. *branded content*, caratterizzate da formati, linguaggi, finalità e destinazioni diverse, ma comunque inquadrabili come "opere audiovisive" per la natura composita che unisce apporto letterario, apporto visivo e apporto sonoro in un nuovo prodotto dotato del requisito della creatività.

La sfida che si pose con l'avvento del cinema e che solo con l'emanazione nel 1941 della legge sul diritto d'autore trovò una prima risposta di diritto positivo, peraltro, più volte rimaneggiata per adattarsi a nuovi contesti e mercati quali la televisione e la commercializzazione *homevideo*, è oggi la sfida

---

[18] Profilo evidenziato da TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Roma, 2000, p. 41.

[19] Si veda, prima delle modifiche apportate alla L.D.A. nel 1994, Cass. Pen., Sez. III, 11 giugno 1993, n. 1202, in *AIDA*, 1995, pp. 364-366, che aveva escluso, con riferimento alla diffusione di *videoclip* senza autorizzazione della S.I.A.E., la possibilità di applicare mediante procedimento analogico, vietato in diritto penale, la fattispecie di cui all'art. 171, lett. b) della L.D.A. ai *videoclip* (in senso conf., Cons. Stato, 23 luglio 1993, in *Dir. Aut.*, 1995, p. 306 ss.).

[20] A favore della piena riconducibilità dei *videoclip* alle opere audiovisive sono GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, cit., pp. 80-82 e DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, cit., p. 339.

del *web*, spazio fisicamente sconfinato al cui interno occorre individuare nuovi principi di tutela e nuove delimitazioni della protezione del diritto d'autore[21].

Pertanto, l'oggetto della presente trattazione deve necessariamente abbracciare l'opera audiovisiva, nella sua accezione più ampia e multiforme, dal cinema d'autore alle serie *web* in formato "pillole", dato che a un ampliamento delle modalità di estrinsecazione del prodotto audiovisivo, per la sua adattabilità alle nuove piattaforme di comunicazione o, più semplicemente, per il continuo espandersi delle nuove tecnologie che consentono allo stesso prodotto di muoversi parallelamente su molteplici mercati e attraverso diversi canali di diffusione e distribuzione, corrisponde una crescente difficoltà di controllo del meccanismo di domanda e offerta del settore audiovisivo, con un'inevitabile proliferazione di zone franche di illegalità.

4. Il diritto d'autore tra componente morale e componente patrimoniale.

Una precisa ricostruzione delle due "anime" del diritto d'autore, la componente morale e quella patrimoniale, riveste senz'altro carattere preliminare a un'analisi delle forme di tutela penale delle opere audiovisive. Una prima distinzione tra le fattispecie criminose contenute nella L.D.A. è data, infatti, dal diverso profilo del diritto d'autore inciso dalla condotta penalmente rilevante.

Dalla lettura della L.D.A. e degli articoli del codice civile in materia (dal 2575 al 2583 cod. civ.) si evince chiaramente come il diritto d'autore consti di un diritto personale (il c.d. diritto morale) e di un diritto patrimoniale (i cc.dd. diritti di utilizzazione economica). Il diritto morale comprende diverse facoltà: a) il diritto di essere riconosciuto autore dell'opera e di rivendicarne la paternità nei confronti di terzi, opponendosi a eventuali plagi; b) il diritto di anonimo, cioè di non rivelare la propria identità al momento della pubblicazione dell'opera; c) il diritto di inedito, cioè di non pubblicare l'opera, e di ritirarla dal

[21] Sul susseguirsi nel settore audiovisivo di sfide e problemi ermeneutici sempre nuovi, rispetto ai quali dottrina e giurisprudenza sembrano giungere sempre prima del legislatore, cfr. MENOZZI, *La pirateria delle opere dell'ingegno*, Roma, 1988, p. 13 ss.

commercio per gravi ragioni morali; d) il diritto di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera dell'ingegno che possa essere di pregiudizio all'onore e alla reputazione dell'autore. Il diritto morale d'autore è inalienabile *ex lege* (art. 22 L.D.A.) e, conseguentemente, imprescrittibile, fermo restando il possibile esercizio, soltanto limitatamente alle facoltà di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a deformazioni pregiudizievoli, da parte dei parenti dell'autore *ex* art. 23 L.D.A. dopo la morte di quest'ultimo[22].

I diritti di utilizzazione economica, elencati negli articoli dal 12 al 19 L.D.A., e aventi natura di diritti assoluti, consistono essenzialmente nella pubblicazione, riproduzione, esecuzione e distribuzione dell'opera – diritti tutti liberamente trasferibili, trasmissibili agli eredi e pignorabili – e determinano le modalità di conseguimento di vantaggi economici derivanti dallo sfruttamento della creazione dell'ingegno.

Si sono contrapposte due teorie sul rapporto intercorrente tra diritto morale e diritto patrimoniale e sulla loro sussunzione nel più ampio concetto di diritto d'autore, una monistica a sostegno dell'unitarietà, l'altra dualistica che tende a individuare due situazioni giuridiche distinte[23]. Secondo la prima impostazione, oggetto del diritto d'autore non è l'opera in sé, ma il rapporto irrinunciabile che esiste tra questa e il suo autore, perciò l'elemento patrimoniale è strettamente connesso, in un vincolo di subordinazione, alla componente morale-personale[24].

Il secondo orientamento, invece, facendo leva su alcuni argomenti sistematici, come la scissione *ex* art. 45 L.D.A. tra facoltà morale e facoltà economico-patrimoniale nell'opera cinematografica e la natura radicalmente diversa delle due componenti del diritto d'autore, ritiene che si tratti di diritti

---

[22] FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2008, p. 153 osserva come non si tratti di successione in un diritto personale, essendo il diritto morale intrasmissibile *mortis causa*, ma di un diritto proprio dei parenti, fondato su ragioni familiari degne di essere protette, analogamente a quello previsto dall'art. 8 cod. civ. per la tutela del nome.

[23] Per un'analisi della derivazione dei due orientamenti in esame dalla contrapposizione tra "teoria dell'autore", di matrice tedesca e "teoria del *copyright*", tipicamente anglosassone, cfr. TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 17 ss.

[24] Così, *ex multis*, JARACH, *Manuale del diritto d'autore,* cit., p. 18 e FERRI G., *op. cit.*, p. 155.

ben distinti regolanti oggetti differenti. Tuttavia, sembrerebbe più utile e coerente convenire con chi in dottrina ha ritenuto che il diritto d'autore costituisca un istituto a sé del diritto civile, in base al quale è attribuita all'autore una situazione giuridica soggettiva che si scompone in un fascio di diritti di differente natura[25].

Oltre alla distinzione tra contenuto morale e contenuto patrimoniale del diritto d'autore, necessaria a comprendere la sostanziale differenza tra il plagio, da un lato, e i fenomeni di contraffazione e pirateria, dall'altro, come si avrà modo di esaminare nel prosieguo della trattazione, è necessario sottolineare il principio di indipendenza delle facoltà patrimoniali tra di loro (*ex* art. 19 L.D.A.), in base al quale le fattispecie di reato in materia possono essere integrate, in astratto, anche dalla condotta posta in essere da chi, pur avendo la titolarità di alcuni diritti di utilizzazione dell'opera, ponga in essere forme di sfruttamento diverse da quelle che sia autorizzato a realizzare[26].

5. L'opera audiovisiva nella Costituzione italiana.

L'opera audiovisiva può essere tradizionalmente qualificata come una delle più elevate forme di manifestazione del pensiero direttamente tutelate dall'art. 21 della Costituzione[27], oltre che ricadere, in quanto creazione artistica, nell'alveo tracciato in modo ampio e onnicomprensivo dall'art. 33 Cost. che

---

[25] Questa la conclusione di DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, voce in *Enc. Dir.,* IV, Milano, 1959, p. 398 ss. Tesi, peraltro, confermata dall'azionabilità del diritto morale da parte dell'autore, a tutela della paternità dell'opera, anche dopo la cessione dei diritti di utilizzazione economica, come ribadito da Cass. Civ., sez. I, 28 febbraio 1997, n. 1807, in *Dir. Aut.*, 1998, p. 494 ss.

[26] Si veda TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 36.

[27] Così Corte Cost., 6 luglio 1960, n. 59, in *www.giurcost.org*, che riconduce la tutela della diffusione delle creazioni artistiche e scientifiche direttamente all'art. 21 Cost. In senso conforme, a favore di una stretta connessione tra libertà di manifestazione del pensiero e creazione artistica, FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori*, Milano, 2004, p. 1, secondo il quale «l'attività di pensiero, espressione di ideazioni fantastiche, prende forma e si estrinseca per mezzo della parola, dei suoni, delle linee, dei colori, del rilievo, del movimento, dell'azione drammatica. La inconfondibile identità di questa forma, rappresentazione intellettuale e simbolica del mondo interiore dell'autore, la sua capacità di vita autonoma e staccata dalla persona del suo creatore è motivo e giustificazione della sua protezione giuridica».

sancisce la libertà dell'arte, della scienza e del loro insegnamento[28]. La rilevanza della tutela del diritto d'autore è già stata, peraltro, ribadita nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 che ha enucleato all'art. 27 il diritto di ciascun individuo «alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli ne sia l'autore».

Secondo la Consulta, la normativa italiana a tutela del diritto d'autore avrebbe operato un congruo bilanciamento tra più interessi costituzionalmente protetti, garantendo a ciascuno di essi un adeguato livello di tutela, sia sotto il profilo più strettamente socio-culturale (artt. 2 e 3 Cost., art. 9 e art. 33), sia per gli aspetti di natura socio-economica (artt. 4, 35, 41 e 42 Cost.)[29], rivestendo l'opera dell'ingegno una doppia finalità, tanto culturale quanto industriale, diretta a incrementare lo sviluppo e la produttività nazionale e internazionale[30].

---

[28] RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, p. 17 ss., attraverso un'accurata indagine che coniuga diritto costituzionale e filosofia estetica, sviluppa la tesi, già formulata da FOIS, *Princìpi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, p. 45 ss. e p. 111 e ss. e da GRISOLIA, *Arte*, voce in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 100 ss., secondo cui l'espressione artistica, caratterizzata da tratti del tutto peculiari, non dovrebbe essere sussunta nel *genus* della manifestazione del pensiero – anche per la diversità semantica dei termini "espressione" e "manifestazione" – e godrebbe, invece, di un carattere privilegiato, in relazione a suoi limiti, potendo essere assimilata alla libertà in materia religiosa, scientifica e politica.

[29] Secondo Corte Cost., 23 marzo 1995, n. 108, in *www.giurcost.org*, «nel riconoscere in capo all'autore la proprietà dell'opera ed il suo diritto allo sfruttamento economico della stessa in qualsiasi forma e modo, la legge non trascura di operare un bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti; bilanciamento non irragionevole in quanto realizzato in sintonia con i principi costituzionali sia in ordine alla tutela della libertà dell'arte e della scienza (art. 33), sia in materia di tutela della proprietà, da riferire anche all'opera intellettuale (art. 42), sia di tutela del lavoro in tutte le sue forme, tra cui deve farsi rientrare anche la libera attività di creazione intellettuale (art. 35). Tale bilanciamento risulta nel contempo positivamente finalizzato, mediante l'incentivazione della produzione artistica, letteraria e scientifica, a favorire il pieno sviluppo della persona umana (art. 3) ed a promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9)». Orientamento ribadito di recente da Corte Cost., 21 ottobre 2015, n. 247, in *www.giurcost.org*, che ha espressamente ricondotto la tutela del diritto d'autore agli artt. 2, 3 (co. II), 4, 9, 21, 33, 35 e 41 Cost.

[30] Lapalissiano, in tal senso, ASSUMMA, Prefazione a CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, cit., secondo la quale «intorno alla creazione intellettuale dell'autore ed alla mediazione interpretativa dell'artista interprete ed esecutore si sviluppa una feconda attività produttiva di tipo industriale e commerciale che costituisce un importante contributo alla produttività nazionale e che esporta, oltre frontiera, non solo ricchezza di tipo economico, ma soprattutto un fondamentale contributo allo sviluppo culturale mondiale». Emblematici, altresì, gli articoli di apertura del D.Lgs. 28/2004: «1. La Repubblica, in attuazione degli articoli 21 e 33 della Costituzione, riconosce il cinema quale fondamentale mezzo di espressione artistica, di formazione culturale e di comunicazione sociale. 2. Le attività cinematografiche sono riconosciute di rilevante interesse generale, anche in considerazione della loro importanza economica ed industriale».

Larga parte della dottrina ritiene, con riferimento al diritto morale d'autore, che esso nelle sue molteplici estrinsecazioni rientri a pieno titolo tra i diritti della personalità contemplati all'art. 2 Cost.[31], contribuendo allo sviluppo della persona umana e ponendosi, di conseguenza, in stretta correlazione con la crescita culturale del Paese.

Si è posta, invece, in maniera più controversa e articolata la questione relativa al fondamento costituzionale dell'esclusività dei diritti di utilizzazione economica di cui agli articoli dal 2 al 19 L.D.A.

Secondo alcuni il loro regime di esclusiva, ad ogni modo liberamente negoziabile attraverso la contrattazione, andrebbe ricondotto alla tutela costituzionale del diritto di proprietà e al principio di libera iniziativa economica riconosciuto dall'art. 41 Cost., riflettendo la forte connessione tra lavoro, proprietà e impresa che caratterizza gli ordinamenti ispirati all'economia di mercato[32]. L'inclusione della disciplina del diritto d'autore nel libro V del Codice civile sul lavoro confermerebbe, peraltro, l'assunto per cui la creazione dell'opera dell'ingegno è considerata dalla legge come particolare espressione del lavoro intellettuale[33].

Quanto all'esigenza di una tutela penale del diritto d'autore, la Corte Costituzionale ha condiviso le scelte fatte dal legislatore in materia, in virtù del rilevante interesse generale, e quindi pubblico, sotteso al diritto d'autore[34] e, nell'ottica di costruire un diritto penale con finalità deterrente e preventiva, al

---

[31] Secondo TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 27 ss., il diritto morale d'autore «costituisce il diritto nel quale maggiormente si estrinseca la personalità del soggetto che ne è il titolare. Il creatore dell'opera trasfonde, infatti, nella stessa la sua immagine, i suoi sentimenti, le sue visioni intime, i suoi sogni, le sue speranze».

[32] Cfr. SARTI, *Antitrust e diritto d'autore*, in *AIDA*, 1995, p. 111 ss. e SPADA, *Il diritto industriale. Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza* (AA.VV.) Torino, 2012, p. 27 ss. Secondo quest'ultimo gli interessi eterogenei protetti dal diritto d'autore mirano a remunerare tanto il lavoro creativo degli autori (art. 35 Cost.) quanto gli investimenti imprenditoriali del produttore (art. 41 Cost.).

[33] Per una ricostruzione, in chiave critica del fondamento costituzionale del diritto d'autore, in particolar modo dei diritti esclusivi di utilizzazione economica, cfr. BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona,* in *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto* (AA.VV.), Torino, 2009, pp. 81-83.

[34] Si veda Corte Cost., 3 aprile 1968, n. 25, in *www.giurcost.org*, secondo cui «il legislatore ha ritenuto la tutela e l'esercizio del diritto di autore di tale rilevanza di interesse generale, e, quindi, pubblico, da non esitare a prevedere particolari forme di reato, che, espressamente, sono predisposte ad assicurarne la difesa».

fine di arginare lo sviluppo esponenziale delle forme di speculazione illecita sulle opere dell'ingegno[35].

Le osservazioni formulate dalla Consulta a sostegno delle fattispecie incriminatrici introdotte in questo settore appaiono, a dir il vero, piuttosto apodittiche, i toni sono poco convinti e quindi poco convincenti. Dietro questa debolezza argomentativa si cela probabilmente tutta la criticità del quesito, se sia legittimo l'intervento del diritto penale a tutela delle opere dell'ingegno e del diritto d'autore o se, invece, non ci si trovi di fronte all'ennesimo caso di diritto penale "simbolico", tanto in odio a chi ancora aspiri a un sistema penale garantista[36].

Difatti, la contrapposizione tra l'interesse di natura morale e, soprattutto, patrimoniale degli autori e dei produttori, da un lato, e l'interesse della collettività ad accedere senza troppi filtri, vincoli e "pedaggi" alla cultura e a prodotti di svago e intrattenimento, è oggi più che mai accesa e irrisolta, rispondendo troppo spesso il legislatore a spinte lobbistiche e logiche di emergenzialismo, anziché a un progetto sistematico e coerente[37].

---

[35] Corte Cost., 12 febbraio 1997, n. 53, in *www.giurcost.org*, sembra dare maggior rilievo a questa seconda *ratio* di intervento punitivo dello Stato nella materia del diritto d'autore, «tradizionalmente caratterizzata dalla previsione di sanzioni penali, motivate - è da ritenersi - non soltanto dalla rilevanza degli interessi coinvolti, ma anche dalla facilità e dalla diffusione dei comportamenti lesivi, soprattutto mossi da intenti lucrativi, che possono svilupparsi in un mondo ove l'opera dell'ingegno è divenuta un bene spesso di largo commercio e suscettibile di produrre cospicui profitti. In questo quadro ben si comprende che il legislatore abbia in passato configurato fattispecie penali ampie e comprensive di ogni possibile condotta lesiva del diritto, anche patrimoniale, dell'autore […]».

[36] VALENTI, *Profili penalistici nello spettacolo e nelle attività musicali*, in *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali* (AA.VV.), Torino, 2012, p. 197 ss. mette in luce come l'adattamento della normativa alle nuove forme di diffusione e comunicazione delle opere dell'ingegno proceda attraverso descrizioni di tipo "casistico" e «il prodotto legislativo entri in vigore e manifesti i suoi effetti sempre con considerevole ritardo rispetto al fenomeno che intende regolare, cosicché l'apparato sanzionatorio in tale settore appare talvolta come l'ennesima espressione di un diritto penale "simbolico"».

[37] *Ibidem*, p. 198.

6. Tentativi classificatori: "reati dell'audiovisivo" e "reati per mezzo dell'audiovisivo".

Volendo riordinare la "fenomenologia penalistica" in esame attraverso una catalogazione sostanziale, prima ancora che nomenclatoria, appare utile rifarsi a una tradizionale ripartizione adottata nell'ambito dei reati di stampa, perfettamente declinabile, *mutatis mutandis*, nella materia qui in oggetto. Si tratta della classificazione tra reati di stampa e reati a mezzo stampa, identificandosi con i primi quelle fattispecie che si estrinsecano nella realizzazione di un prodotto stampato in violazione della norma penale, con i secondi quegli illeciti, astrattamente realizzabili con qualsiasi mezzo, in cui si instaura un rapporto strumentale tra il mezzo specifico della stampa e l'offesa penalmente rilevante[38]. Il medesimo approccio è stato utilizzato nel settore dello spettacolo, distinguendosi tra "reati di spettacolo" e "reati commessi col mezzo dello spettacolo" e, specularmente, nell'attività televisiva, enucleandosi le definizioni di "reati di televisione" e "reati per televisione"[39].

Fin dalle prime riflessioni svolte dalla dottrina in materia di c.d. diritto penale cinematografico[40], è emersa quale dato inconfutabile la complessità di un'operazione di riorganizzazione sistematica della materia in esame, per fini di studio e approfondimento, anche in un'ottica *de iure condendo*, data la molteplicità di interessi tutelati e il diverso ruolo assunto di volta in volta dall'opera dell'ingegno nella struttura delle fattispecie criminose in questione[41].

Infatti, accanto a ipotesi di reato in cui l'offesa agli interessi giuridici tutelati è il diretto risultato del mezzo cinematografico (come avviene nella

---

[38] Cfr. RUGGIERO, *Reati di stampa*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 3 ss., che riprende le tradizionali formulazioni di NUVOLONE, *Reati di stampa*, Milano, 1951, p. 11 ss. e GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Milano, 1969, p. 19 ss.

[39] Così NUVOLONE, *Spettacoli e trattenimenti pubblici*, voce in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p. 1194 ss. e FIORAVANTI, *Statuti penali dell'attività televisiva*, Milano, 1995, p. 10 ss.

[40] NUVOLONE, *Premesse di diritto penale cinematografico*, in *Riv. Industr.*, 1959, p. 205 ss.

[41] Per un'interessante e ampia ricostruzione si veda CHIUCHIOLO, *Profili di diritto penale cinematografico*, Firenze, 2009, p. 10 ss. che, prendendo le mosse dall'impostazione tradizionale per cui il reato cinematografico sarebbe connotato da un comportamento qualificato dal mezzo con cui viene posto in essere, sostiene la necessità di condurre un'analisi approfondita della normativa penale di settore, frammentaria e disordinata, per una trattazione esaustiva di tutte le problematiche afferenti la materia.

diffamazione a mezzo opera audiovisiva), vi sono fattispecie in cui è l'opera dell'ingegno stessa, e quindi i titolari dei diritti sulla stessa, a subire un pregiudizio, venendo leso l'interesse, di natura anche pubblicistica, all'utilizzazione dell'opera nel rispetto dell'originalità e della paternità della stessa (si pensi alle ipotesi di plagio e pirateria).

Sviluppando le osservazioni fin qui esposte, è senz'altro agevole suddividere questa trattazione sulla fenomenologia penalistica dell'audiovisivo in due sottoinsiemi, prendendo in esame, da un lato, le fattispecie commesse a danno del settore in esame generalmente inteso ("reati dell'audiovisivo"), dall'altro, tutte quelle ipotesi criminose che gravitano attorno allo scenario televisivo e cinematografico per il ruolo strumentale assunto dall'opera filmica ("reati per mezzo dell'audiovisivo")[42].

Va subito posta in evidenza come peculiarità costante delle fattispecie in cui il mezzo audiovisivo è una modalità di offesa la ricerca, tutt'altro che lineare e scontata, di un bilanciamento tra più interessi o beni tutelati: la creazione artistica, da un lato, quale estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà dell'arte, e i diritti alla riservatezza, all'onore, alla reputazione e al pudore, dall'altro[43].

---

[42] Secondo CHIUCHIOLO, *Profili di diritto penale cinematografico*, cit., pp. 18-19, invece, all'interno della categoria dei reati commessi col mezzo dell'opera audiovisiva, andrebbe fatta un'ulteriore distinzione tra quei reati che possono manifestarsi, e generalmente si manifestano, in contesti diversi da quello audiovisivo (quale la diffamazione) e reati che sono connaturati e confinati al settore in questione (come il delitto di spettacoli osceni).

[43] La *ratio* di un simile conflitto tra più situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento, che viene di volta in volta risolto attraverso alcune regole estrapolate principalmente in via giurisprudenziale, è data proprio dal contenuto complesso dell'opera audiovisiva, che è attività cronistica e/o narrativa, fatta di immagini. Così NUVOLONE, *Premesse di diritto penale cinematografico*, cit., p. 206 e CHIUCHIOLO, *op. cit.*, p. 28.

CAPITOLO II

LA RILEVANZA PENALE DEL PLAGIO AUDIOVISIVO

SOMMARIO: 1. Contraffazione, usurpazione e plagio. – 2. L'"usurpazione della paternità dell'opera": circostanza o elemento costitutivo di un reato autonomo? – 3. L'inafferrabilità del plagio audiovisivo: criteri di accertamento. – 4. Ai confini del plagio: l'elaborazione creativa e il "plagio involontario". Configurabilità del plagio parziale.

1. Contraffazione, usurpazione e plagio.

Riprendendo un'efficace ripartizione elaborata dalla dottrina per enucleare una definizione del concetto di plagio dell'opera dell'ingegno, si possono distinguere tre ipotesi di violazione del diritto d'autore[44].: la contraffazione, che ricomprende qualsiasi sfruttamento patrimoniale illecito dell'opera di terzi, senza che venga leso, il diritto morale di paternità intellettuale della stessa; l'usurpazione, da intendersi come l'appropriazione illecita del mero diritto di paternità, senza alcuno sfruttamento patrimoniale dell'opera[45]; il plagio (o anche plagio-contraffazione [46]) che consiste in una duplice violazione, configurandosi contestualmente un illecito sfruttamento patrimoniale dell'opera altrui e l'usurpazione della paternità dell'autore

Nella nozione di contraffazione rientrano tutte le ipotesi criminose previste agli artt. 171 ss. L.D.A. che disciplinano, attraverso una sconfinata gamma di condotte e modalità di offesa, lesioni dirette alle prerogative patrimoniali degli autori e dei produttori delle opere tutelate, perciò quelle fattispecie che comunemente vengono ricondotte al fenomeno della "pirateria intellettuale". La mera usurpazione costituisce, invece, una violazione del diritto morale

---

[44] Ricostruzione sistematica riproposta da MICCICHÈ, *In tema di plagio di opera cinematografica* (nota a Trib. Roma, 20 luglio 1989), in *Dir. Aut.*, 1992, p. 284 ss. e già adottata da FABIANI, *Autore (diritto di)*, voce in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 5 ss.

[45] Il concetto di "usurpazione", volendo mutuare la definizione formulata, in via generale, da FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 2008, p. 316, consiste nella «arbitraria occupazione di qualcosa che a nessun titolo, di fatto o di diritto, è riferibile al soggetto»; nell'ipotesi specifica, si tratta di appropriazione della qualifica di autore dell'opera.

[46] Da non confondere con il delitto di plagio di cui all'art. 603 cod. pen., dichiarato costituzionalmente illegittimo nel 1981, posto originariamente a tutela della libertà morale.

d'autore, in particolare della sua specifica declinazione in diritto alla paternità dell'opera. L'usurpazione non gode di per sé di una tutela penalistica, avendo l'ordinamento ritenuto adeguate e sufficienti le azioni esperibili in ambito civilistico, previste agli articoli 156 – 170 L.D.A. Il plagio, infine, è espressamente disciplinato al III comma dell'art. 171 L.D.A. che prevede una sanzione più severa (la reclusione fino a un anno o la multa non inferiore a euro 516) qualora i reati di cui al I comma della norma in questione siano commessi «sopra un'opera altrui non destinata alla pubblicazione, ovvero con usurpazione della paternità dell'opera, ovvero con deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera medesima, qualora ne risulti offesa all'onore od alla reputazione dell'autore».

La norma richiamata comprende, nello specifico, oltre all'ipotesi del plagio, la violazione di altre due facoltà del diritto morale d'autore, il diritto d'inedito e il diritto all'integrità dell'opera[47], adottando il legislatore, secondo alcuni, la tecnica normativa già utilizzata per i reati di contraffazione, cioè dando vita a un piano di tutela rafforzato e sussidiario per determinate situazioni giuridiche già riconosciute e tutelate in ambito civilistico[48].

L'ipotesi di illecito che viene qualificata dalla dottrina e dalla giurisprudenza come plagio, in particolare, si configurerebbe nel caso di violazione del nucleo portante del diritto morale d'autore, il diritto di paternità dell'opera. La *ratio* dell'aggravamento di pena risiede senz'altro nella maggior gravità insita in condotte che mirino non soltanto a sottrarre i diritti di utilizzazione e sfruttamento economico ai legittimi titolari, ma altresì a privare la categoria degli autori delle loro prerogative peculiari, indisponibili *ex lege*, intimamente connesse all'atto creativo originario[49].

---

[47] Per un esame del contenuto del diritto morale d'autore si rinvia al precedente cap. I, *sub* § 4.
[48] Questa l'interpretazione di BARZELLONI, *Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1998, p. 465.
[49] BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona*, cit., p. 83 evidenzia, in chiave critica, come la tutela penale dei diritti morali dell'autore, nonostante la loro rilevanza e portata indubbiamente maggiore rispetto al compendio dei diritti d'autore patrimoniali, sia relegata «ad un micro-reato […] che è rimasto immutato, come residuato del vecchio art. 171, unico articolo penale previsto dall'originario testo della legge del 1941. Tale fattispecie non risulta a chi scrive applicata negli ultimi 20 anni».

2. L'"usurpazione della paternità dell'opera": circostanza o elemento costitutivo di un reato autonomo?

Innanzitutto occorre chiedersi quale sia la qualificazione giuridica data dal legislatore alla fattispecie commessa mediante "usurpazione della paternità" di cui al richiamato III comma dell'art. 171 L.D.A. e, analogamente, ai casi di contraffazione attraverso violazione del diritto di inedito e del diritto all'integrità dell'opera. La dottrina, soffermandosi principalmente sulla fattispecie del plagio, si è interrogata a fondo sul quesito se si trattasse di una circostanza aggravante delle ipotesi di reato previste al I comma dello stesso articolo o se, invece, incidendo il plagio su un bene giuridico diverso, cioè sul diritto morale d'autore, ci si trovasse di fronte a un'autonoma fattispecie di reato.

La natura tutt'altro che teorica del quesito in esame è evidente ai fini del diritto penale, non soltanto perché si tratta di qualifiche giuridiche ben distinte con ricadute di diritto sostanziale e processuale diverse, ma anche perché, a seconda della soluzione accolta, cambia radicalmente la portata applicativa nella materia in questione della legge di depenalizzazione del 24 novembre 1981 n. 689[50].

Difatti, l'art. 32 della legge richiamata ha previsto al I comma la depenalizzazione di tutte le fattispecie punite con la sola pena pecuniaria (multa o ammenda), ma ha escluso al II co. «i reati che, nelle ipotesi aggravate, siano punibili con pena detentiva, anche se alternativa a quella pecuniaria»[51].

---

[50] Come è stato già messo in evidenza da TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 85 ss. e BARZELLONI, *Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*, cit., p. 466 ss.

[51] Suscita curiosità, se non addirittura perplessità, la formulazione dell'art. 1 del recente D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, che, pur non trovando applicazione alla materia della "proprietà intellettuale e industriale" per esclusione espressa, sembra adottare una politica radicalmente opposta alla legge del 1981, non tanto per l'estensione della depenalizzazione alle ipotesi aggravate punite con la pena detentiva, ma perché lo stesso art. 1, co. II del D. Lgs. richiamato qualifica queste "ipotesi aggravate" come "fattispecie autonome":
«1. Non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.
2. La disposizione del comma 1 si applica anche ai reati in esso previsti che, nelle ipotesi aggravate, sono puniti con la pena detentiva, sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria. In tal caso, le ipotesi aggravate sono da ritenersi fattispecie autonome di reato».

Perciò, qualora le fattispecie in esame di cui al III comma dell'art. 171 L.D.A. siano qualificate come ipotesi autonome di reato, necessariamente ricadrebbero nella depenalizzazione tutti gli illeciti previsti al I comma dell'art. 171 L.D.A., in quanto puniti con la sola pena pecuniaria e privi di una corrispondente "fattispecie aggravata" tale da escluderne la depenalizzazione ai sensi del II co. del richiamato art. 32 della legge n. 689 del 1981[52].

Quanto alle differenze tra reato autonomo e fattispecie circostanziata sul piano dell'imputazione e, quindi, dell'accertamento processuale, fermo restando che il reato circostanziato viene disciplinato dal nostro codice come una variante del modo di realizzazione del reato base, tranne che per gli effetti sanzionatori e, in alcuni casi, il regime di procedibilità[53], si devono senz'altro tenere a mente i diversi criteri di imputazione, che per le circostanze sono disegnati *ad hoc* dall'articolo 59 cod. pen.

Infatti, posto che il II comma della norma citata prevede che le aggravanti siano applicate se «conosciute o ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa», allora l'accertamento dell'usurpazione della paternità, intesa come circostanza aggravante, si sostanzierebbe in un giudizio di rappresentabilità ed evitabilità, perciò in un addebito a titolo di colpa. Qualora la condotta usurpativa venisse, invece, qualificata come elemento essenziale del plagio inteso come un'autonoma ipotesi di reato, nella specie un delitto punito soltanto a titolo di dolo, mancando l'espressa previsione della punibilità anche a titolo di colpa[54], la fattispecie di plagio sarebbe integrata soltanto in presenza di un'effettiva volizione e rappresentazione in capo all'agente di una violazione del diritto di paternità.

Dalla qualifica di una fattispecie come circostanziata discende, peraltro, l'applicabilità del giudizio bilanciamento *ex* art. 69 cod. pen. e quindi

---

[52] Si rinvia, per un maggiore approfondimento, a FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, Padova, 2010, p. 163 ss. (in particolare *sub* nota 8).

[53] Cfr. GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II, Il reato, Parte I, La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007, p. 150.

[54] Ai sensi dell'art. 172 L.D.A., infatti, se i fatti previsti all'art. 171 L.D.A. sono commessi per colpa, si configura un semplice illecito amministrativo.

l'eventualità che un dato elemento considerato circostanziale e non essenziale possa equivalere o soccombere rispetto ad altra circostanza di segno opposto.

Inoltre, ai fini della prescrizione, per la fattispecie circostanziata il termine inizia a decorrere dalla consumazione del reato base, mentre, interpretando e qualificando l'elemento aggravante come elemento essenziale di un'ipotesi autonoma di reato, il termine di prescrizione dovrà decorrere dal momento dell'esaurimento della condotta aggravatrice.

Dovendosi escludere con certezza per la fattispecie di plagio la configurabilità di un'ipotesi di delitto aggravato dall'evento, costituendo la "usurpazione della paternità dell'opera" una particolare modalità di realizzazione della condotta e non un autonomo evento che si realizza come conseguenza di uno degli illeciti di cui al I comma dell'art. 171 L.D.A., la dottrina che ha finora studiato la problematica in esame, trovandosi di fronte all'alternativa tra natura autonoma e natura circostanziata, ha mostrato di aderire in via maggioritaria alla seconda opzione[55].

Anche la giurisprudenza, pur con qualche pronuncia discordante[56], si è espressa prevalentemente a favore della ricostruzione della figura criminosa in questione come una fattispecie circostanziata. La Cassazione prima e la Corte Costituzionale poco dopo, quest'ultima in via quasi incidentale e indiretta all'interno in un giudizio promosso in materia di radiodiffusione, hanno in un certo senso messo un punto alla *querelle*, dando per pacifica la tesi già affermatasi come maggioritaria[57].

Se è innegabile che la fattispecie in esame sia particolarmente complessa, posto che la formulazione letterale del III comma dell'art. 171 L.D.A. non è

---

[55] *Amplius* COLUCCI – FIORE, *La tutela penale nel diritto d'autore*, Torino, 1996, p. 11; GALTIERI, *Protezione del diritto d'autore e diritti connessi*, Roma, 1988, p. 105 ss.; PASTORE, *Sulla pretesa depenalizzazione dei delitti previsti nell'art. 171 della legge sul diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1983, p. 195 ss.; SACCO, *Ancora sulla depenalizzazione dell'art. 171 LDA*, in *Dir. Aut.*, 1988, p. 255 ss.; SANTORO, *Cenni sulla pretesa depenalizzazione in materia di diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1983, p. 346 ss.

[56] Si vedano Pret. Napoli, 21 aprile 1983, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, p. 876 ss. e Trib. Firenze, 22 dicembre 1986, in *Dir. Aut.*, 1988, p. 249 ss.

[57] Cass. Pen., 14 dicembre 1983, n. 1537, in MENOZZI, *La pirateria delle opere dell'ingegno*, cit., p. 106 ss. e Corte Cost., 24 luglio 1986, n. 215, in *www.giurcost.org*, in cui l'usurpazione della paternità viene definita come circostanza del reato base di cui al I comma dell'art. 171 L.D.A.

sicuramente esempio di chiarezza e univocità semantica, non ci si può, tuttavia, esimere dal criticare un approccio che si limiti a distinguere elementi essenziali costitutivi ed elementi circostanziali attraverso un semplice criterio "addizionale" fondato sul rapporto di specialità in astratto, per cui il reato circostanziato conterrebbe tutti gli elementi del reato base con l'aggiunta di uno specializzante e la circostanza si connoterebbe perciò sempre e soltanto come un *quid pluris* rispetto agli elementi costitutivi essenziali della fattispecie base[58].

La dottrina più attenta ha ormai da tempo posto in evidenza non solo come il criterio strutturale citato non sia utilizzabile quale parametro universale, essendovi circostanze che anziché accedere alla fattispecie base in via additiva si sostituiscono ad alcuni suoi elementi costitutivi, ma addirittura come non vi sia un unico criterio adattabile ad ogni situazione[59]. Appare più corretto, infatti, svolgere caso per caso un'analisi approfondita che tenga conto, anzitutto, della formulazione lessicale della norma in esame, tentando poi una ricostruzione sistematica della volontà del legislatore ove la portata letterale non sia sufficientemente univoca, in piena aderenza al disposto normativo dell'art. 12 delle Disposizioni sulla Legge in generale[60].

Condividendo l'impostazione per cui la qualificazione di una circostanza debba avvenire, anzitutto, su un piano strettamente formale di diritto positivo, va tuttavia rilevato come l'art. 171 L.D.A. *prima facie* non presenti indizi manifesti e univoci in grado di orientare l'interprete su quale sia la volontà del legislatore.

Anche guardando alle ragioni sostanziali di politica criminale eventualmente sottese alla scelta legislativa a favore di una delle due tesi, la

---

[58] Questo il criterio adottato, *ex multis*, da BARZELLONI, *Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*, cit., p. 468, PINNA, *Depenalizzazione e difese penali del diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1982, p. 189 e SANTORO, *Cenni sulla pretesa depenalizzazione in materia di diritto d'autore*, cit., p. 346.

[59] Si veda GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. III, Le forme di manifestazione del reato,* Torino, 2003, p. 27 ss.

[60] In particolare, una serie di criteri operativi strettamente formali, cioè normativi, volti a rappresentare nel miglior modo possibile la volontà del legislatore sono stati proposti da ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, pp. 634-637, che ritiene non esista una differenza "ontologico-qualitativa" tra circostanza ed elemento essenziale, e TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006, p. 40 ss.

soluzione non appare così immediata[61]. Difatti, riconoscere la natura di circostanza all'elemento della "usurpazione della paternità" significherebbe, da un lato, consentirne un eventuale bilanciamento nel giudizio *ex* art. 69 cod. pen., dall'altro ampliare l'intervento penale, posto che non rientrando nell'oggetto del dolo, in quanto circostanza aggravante, sarebbe sottoposta ad un regime di imputazione per colpa. *Quid iuris*?

L'orientamento dominante, ormai consolidatosi sul punto, è stato senz'altro più condizionato da un'esigenza pratica che non sorretto da convincenti argomentazioni dogmatiche. La necessità di mantenere operativa la norma incriminatrice di cui al I comma dell'art. 171 L.D.A., difatti, ha spinto l'interprete verso la tesi della natura circostanziata della fattispecie di plagio[62]. Il vuoto normativo generato dalla depenalizzazione, secondo l'interpretazione minoritaria a favore della natura autonoma del reato in questione, parrebbe ingiustificato e determinerebbe l'espunzione dalla sfera del penalmente illecito di tutte quelle condotte di cui al I comma dell'art. 171 L.D.A. che, ove accompagnate dall'usurpazione della paternità dell'opera, costituirebbero invece reato.

Pur riconoscendosi un'indubbia portata "aggravatrice", in termini di disvalore penale, alla condotta plagiaria, sarebbe arbitrario depenalizzare le fattispecie di cui al I comma della norma in esame, la cui permanenza quale reato è stato sussistenza è stata, peraltro, ribadita dal legislatore che ne ha espressamente sancito la natura sussidiaria rispetto alle più gravi ipotesi di cui agli artt. 171-*bis* e 171-*ter* L.D.A., successivamente introdotte dal legislatore, in attuazione di direttive comunitarie, rispettivamente nel 1992 e nel 1994.

Da un punto di vista sistematico, volendo ricorrere a un criterio di "somiglianza lessicale"[63], peraltro, la formulazione e la struttura lessicale e

---

[61] Si veda, per una più ampia analisi sempre in tema di circostanze, TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 39.

[62] Come già rilevato da TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 87, il quale, tuttavia, si limita a criticare la superficialità con cui parte della dottrina avrebbe affrontato la problematica in esame, ma ne condivide, a valle del suo ragionamento, i risultati.

[63] ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 635 propone la somiglianza lessicale o storico-sistematica quale criterio sussidiario rispetto alla qualificazione legale espressa.

sintattica del III comma dell'art. 171 L.D.A. possono essere facilmente accostate a quelle adottate in moltissime disposizioni del codice penale che, come desumibile già dalla loro rubrica, prevedono circostanze aggravanti[64].

Inoltre, la diversa oggettività giuridica del plagio e delle fattispecie di cui al I comma dell'art. 171 L.D.A. non può costituire un ostacolo alla ricostruzione del primo come reato circostanziato, posto che, anche a voler utilizzare l'oggetto giuridico come criterio distintivo tra elementi essenziali e circostanze, con tutta la contraddittorietà nascosta in un simile approccio interpretativo[65], è stato da alcuni rilevato come non siano inconsuete nel nostro sistema penale circostanze che tutelino beni giuridici diversi rispetto a quello direttamente protetto dal reato base[66].

Per tutte le ragioni esposte, che rispondono principalmente a una logica di interpretazione sistematica che tenga conto complessivamente della *ratio legis* di fondo e dell'interesse del legislatore a mantenere in vita una norma di chiusura del micro-sistema degli illeciti penali in materia di diritto d'autore, è pertanto condivisibile la tesi del plagio e delle altre ipotesi criminose di cui al III comma dell'art. 171 L.D.A. quali reati circostanziati.

Da ultimo, quale conseguenza dell'impostazione accolta, occorre prendere atto dell'irrilevanza penale di qualsiasi condotta plagiaria che abbia ad oggetto opere cadute in pubblico dominio. Una volta esauritasi l'esclusiva sui diritti patrimoniali di utilizzazione e sfruttamento di un'opera, infatti, non può integrarsi nessuna delle ipotesi criminose di cui al I comma dell'art. 171 L.D.A.,

---

[64] La formulazione dell'art. 171, III comma L.D.A. «la pena è della reclusione fino ad un anno o della multa non inferiore a euro 516 se i reati di cui sopra sono commessi […]» è del tutto speculare, a titolo meramente esemplificativo, a quella adottata nel II comma dell'art. 640 cod. pen.

[65] Per un'ampia e puntuale critica al criterio distintivo dell'oggetto giuridico e per una corretta ricostruzione della nozione di interesse giuridico tutelato, si vedano GALLO M., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. It.*, 1949, p. 564 ss. e TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 35 ss.

[66] Così TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 88, che fa riferimento alle aggravanti previste per il furto dall'art. 625 cod. pen.

né può, conseguentemente, sussistere la forma circostanziata di cui al III comma[67].

3. L'inafferrabilità del plagio audiovisivo: criteri di accertamento.

Preliminare all'analisi dei criteri formulati per accertare la fattispecie del plagio in ambito audiovisivo è una definizione del concetto giuridicamente rilevante di creatività, di recente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità e ripreso dai giudici di merito, innanzi tutto in sede civile e, in parallelo, mutuato in ambito penalistico[68].

La creatività, requisito indispensabile perché un'opera dell'ingegno possa essere tutelata dalla normativa sul diritto d'autore, non è considerata un sinonimo di creazione, originalità e novità intesi in senso assoluto, ma si identifica con la «personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie» di opere di cui all'art. 1 L.D.A. Perché un'opera sia tutelabile, quindi, è necessario e sufficiente che contenga in sé «un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore», perché «la creatività non è costituita dall'idea in sé ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività»[69].

Il plagio ruota, perciò, attorno al concetto di creatività sopra delineato[70], con tutte le oscillazioni e le variabili dovute in parte alle peculiarità riscontrabili in

---

[67] Per un approfondimento sul punto cfr. GALTIERI, *Protezione del diritto d'autore e diritti connessi*, cit., p. 105 ss.

[68] Si deve tener presente come il fenomeno plagiario sia perlopiù oggetto di processi civili instaurati al fine di ottenere l'inibitoria dalla diffusione dell'opera asserita come plagiaria e, contestualmente, la condanna al risarcimento. Trattasi, perciò, di materia che è stata studiata e analizzata soprattutto dalla dottrina e dalla giurisprudenza in sede civile, costituendo la relativa fattispecie criminosa più un caso di scuola che non un'ipotesi che abbia trovato frequente applicazione, soprattutto nel settore audiovisivo in cui gli interessi lesi dell'autore e, per le sole prerogative patrimoniali, del produttore trovano già soddisfazione attraverso i rimedi di diritto civile. Esemplificativa della perfetta osmosi tra diritto civile e diritto penale quanto alle nozioni di creatività e plagio è Trib. Roma, 11 gennaio 2004, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1537 ss., in materia di opere dell'ingegno a carattere scientifico.

[69] Così Cass. Civ., sez. I, 28 novembre 2011, n. 25173, in *AIDA*, 2012, p. 589 ss., ripresa da Trib. Napoli, Sez. specializ., 27 febbraio 2014, n. 3085, in *www.altalex.com*, che ha esplicitato come il nucleo inventivo tutelabile non risieda nelle idee, ma nella loro realizzazione estetica.

[70] Secondo ALGARDI, *La tutela delle opere dell'ingegno e il plagio*, Padova, 1978, p. 429, un'opera può dirsi plagiaria quando è il prodotto dell'abilità tecnica anziché del lavoro creativo.

ciascun caso di specie, in parte alla discrezionalità propria di una materia regolata più da canoni e apprezzamenti di natura artistica che non da criteri tecnico-scientifici[71]. Le decisioni giudiziarie in materia, tuttavia, sembrano condividere, quale minimo comun denominatore, un atteggiamento tutt'altro che favorevole ad ammettere l'esistenza di ipotesi di plagio, se non, addirittura, una vera e propria ostilità a riconoscerne la sussistenza in casi di semplice comunione tra più opere della c.d. "idea – trama"[72].

In alcuni casi, la giurisprudenza ha adottato canoni ermeneutici più estensivi, riconoscendo il plagio, a titolo esemplificativo, nella riutilizzazione, in altro contesto, quale quello cinematografico, di un'idea letteraria che fosse già descritta nel romanzo originario in modo da rendere evidente il proprio sviluppo[73]; in altri, invece, l'organo giudicante ha mostrato maggior rigore, talvolta attraverso il ricorso a perizie, ritenendo del tutto insufficiente ad integrare il plagio audiovisivo la presenza in comune del medesimo "motivo ispiratore" della linea narrativa[74].

La dottrina, partendo dalle osservazioni già avanzate in giurisprudenza sul rapporto tra forma e contenuto dell'opera, ha sviluppato la questione, prendendo in esame anche l'ulteriore ripartizione, di matrice tedesca, tra "forma interna" e "forma esterna": la prima corrispondente all'organizzazione

---

[71] Ricorda GIORDANO, *Difese e sanzioni giudiziarie nelle opere cinematografiche,* in *La protezione delle opere dell'ingegno: le opere figurative, le opere audiovisive, le opere utilitarie* (a cura di DE SANCTIS), Milano, 2004, p. 485 come, volendo generalizzare, per le opere musicali l'accertamento del plagio o di altre utilizzazioni abusive dell'opera venga affidato a consulenti tecnici d'ufficio, mentre per le opere letterarie e audiovisive sia direttamente il giudice, salvo casi eccezionali, a svolgere le funzioni peritali.

[72] Trib. Roma, 1 marzo 1991, in *AIDA*, 1992, p. 638 ss. (sul caso della miniserie tv per la RAI intitolata "Una Vittoria" del 1988, asserito plagio del romanzo "Le courage du bonheur" di S. Esquenazi), rigettò per intero la domanda della parte attrice, ritenendo che non vi fossero nemmeno i presupposti per condurre un'indagine approfondita, dato che una semplice "idea – trama", peraltro «priva di contenuti davvero perspicui ed individualizzati», non può essere oggetto di imitazione giuridicamente rilevante.

[73] Cfr. Pret. Roma, 13 dicembre 1969, in *Rass. Dir. Cinem.*, 1970, p. 74 ss.

[74] Posizione chiaramente espressa da Trib. Roma, 20 luglio 1989, in *Dir. Aut.*, 1992, p. 282 ss. sul film "Il tassinaro" di Alberto Sordi; Trib. Milano, 29 gennaio 1996, in *AIDA*, 1997, p. 695 ss. sulla miniserie tv "La voce del cuore" per Canale 5 (1995); Trib. Torino, 24 aprile 2008, in *Foro It.*, 2009, p. 1285 ss.

degli elementi creativi, la seconda coincidente invece con il mezzo espressivo o la veste estetica dell'opera[75].

La dottrina italiana, tuttavia, nel rilevare l'eccessiva astrattezza e scarsa utilità di quest'ultima distinzione, peraltro non applicabile allo stesso modo a tutte le opere dell'ingegno[76], e scartando altresì l'assolutezza della dicotomia tra forma e contenuto, è giunta, in sintonia con la giurisprudenza[77], a rintracciare quale criterio di identificazione del plagio la c.d. "identità di rappresentazione" (o "analoga individualità rappresentativa") delle opere poste a confronto[78], identità che non può essere rinvenuta nella riproduzione o nell'utilizzo di elementi che siano volgarizzati e perciò abbiano perso la propria capacità individualizzante e, conseguentemente, la tutela giuridica[79].

Una parte della dottrina ha fatto presente come in materia penale sia preferibile e più aderente al principio di tassatività un criterio di tipo "analitico" basato sulla rilevazione dell'identità o meno tra singoli brani o parti delle opere attraverso un lavoro di scomposizione delle stesse nei vari elementi

---

[75] *Amplius*, MICCICHÈ, *In tema di plagio di opera cinematografica*, cit., pp. 285-286.

[76] Si veda, sul punto, CAROSONE, *Appunti di ricerca sull'esistenza del plagio*, in *Dir. Aut.*, 1972, p. 59.

[77] Si vedano, in giurisprudenza, in materia di plagio audiovisivo, Pret. Roma, 31 marzo 1952, in *Foro It.*, 1952, I, p. 673 ss. (sul film "Buongiorno, elefante!" e sulla controversia tra Campanile e Zavattini), che respinse l'accusa di plagio ritenendo che l'elemento del dono dell'elefante, presente anche nel racconto di Campanile, fosse una mera "trovata", uno spunto al servizio di due contenuti rappresentativi totalmente diversi, di due mondi narrativi già ben individuati; Trib. Milano, 5 giugno 1975, in *Dir. Aut.*, 1976, p. 462 ss. sul film "Matalo!"; Trib. Napoli, 28 novembre 1986, in *Giur. Mer.*, 1988, p. 35 ss. (con nota di FABIANI, *Plagio tra opera letteraria e opera cinematografica*) sul film "Lo scugnizzo", che, peraltro, riconobbe in generale la configurabilità del plagio tra opera letteraria e opera cinematografica, dato che entrambe «si basano su un contenuto narrativo o, comunque, su una rappresentazione di fatti o di sentimenti che si svolgono con successione temporale di descrizione per immagini (siano queste letterarie o espresse in forma visiva)»; Trib. Roma, 7 marzo 1989, in *Foro It.*, 1990, I, p. 2998 ss. (sul film italiano "L'ultimo squalo"), che ritenne vi fosse plagio in caso di appropriazione del "concetto" e del "senso generale" di altra opera; Trib. Roma, 7 gennaio 1994, in *Foro It.*, 1994, I, p. 2541 ss. (sul film "Perdiamoci di vista" di Verdone), che ribadì la necessità di prendere in esame la forma rappresentativa complessiva delle opere, guardando «sia allo svolgimento dei fatti, sia alla caratterizzazione dei personaggi, sia al tono ed al significato generale delle vicende».

[78] Si vedano, in dottrina, a favore di questo criterio di tipo "sintetico", DE SANCTIS, *Il carattere creativo dell'opera dell'ingegno*, Milano, 1971, p. 60 ss. e MICCICHÈ, *In tema di plagio di opera cinematografica*, cit., pp. 286-287.

[79] Cfr. sul punto CAROSONE, *Opera letteraria ed opera cinematografica: ipotesi di plagio e "volgarizzazione" di personaggio*, in *Dir. Aut.*, 1987, p. 523 ss. (nota a Trib. Napoli, 28 novembre 1986).

costitutivi[80]. Se questo criterio può essere condivisibile su un piano astratto e teorico, va tuttavia rilevato come, così ragionando, l'interprete, di fronte a ipotesi di presunte riproduzioni non assimilabili nel linguaggio e nel mezzo espressivo al presunto originale imitato, cioè nella maggior parte dei casi in cui si controverta in materia di plagio audiovisivo, si ritroverebbe con un criterio inutile e poco adattabile alle situazioni concrete.

Adottando l'orientamento dominante, perciò, andrebbe condotto un giudizio complesso e articolato, che meglio si adatta alla più complessa delle opere dell'ingegno, cioè l'opera cinematografica e audiovisiva, costituita da apporti letterari, musicali e visivi. Insieme allo svolgimento della vicenda narrata, vanno presi in considerazione il pregio artistico dell'opera, i suoi risvolti ideologici, psicologici e sentimentali, il grado di originalità della forma espressiva scelta e la caratterizzazione dei personaggi e le ambientazioni, attraverso un'indagine caso per caso, non potendosi individuare parametri immutabili e sempre validi[81].

4. Ai confini del plagio: l'elaborazione creativa e il "plagio involontario". Configurabilità del plagio parziale.

Una volta delineata la fattispecie di plagio *ex* art. 171, III co. L.D.A. nella sua qualifica come reato circostanziato e sul piano dei possibili criteri da utilizzare in fase di accertamento, è utile soffermarsi su alcuni aspetti strettamente connessi ad essa.

Primo tra tutti, occorre interrogarsi sulla portata dell'art. 4 L.D.A., che riconosce tutela giuridica alle elaborazioni creative "senza pregiudizio dei

---

[80] Criterio proposto da TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 49 e GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., p. 358 ss.

[81] Così MICCICHÈ, *In tema di plagio di opera cinematografica*, cit., p. 288; CAROSONE, *Opera letteraria ed opera cinematografica,* cit., p. 523 ss., pur condividendo l'approccio "sintetico" proposto dalla sentenza in commento (Trib. Napoli, 28 novembre 1986), che si fonda su una valutazione armonica della sintesi complessiva di tutti gli elementi caratterizzanti l'opera, ne mette in evidenza la congenita e inevitabile contraddittorietà e incertezza, ad esempio, rispetto alla valutazione della "trama", che non è chiaro se debba essere presa in esame nel suo contenuto o nella sua forma rappresentativa.

diritti esistenti sull'opera originaria"[82]. La norma, che fonda e disciplina i c.d. "diritti di elaborazione creativa" (fino a non molto tempo fa più comunemente denominati "diritti derivati"), se letta in combinato disposto con l'art. 171 L.D.A., fornisce utili elementi all'interprete anche per circoscrivere meglio la fattispecie di plagio.

Il legislatore ha coniato al richiamato art. 4 L.D.A. una formulazione aperta per definire il concetto di "elaborazione", che può sostanzialmente assumere qualsiasi forma purché derivata da altra opera e quindi non originale[83]. Per quanto riguarda l'attributo della "creatività", ci si è già soffermati sui diversi tentativi definitori di matrice dottrinale e giurisprudenziale volti ad abbracciare senza discriminazioni le molteplici tipologie di opere dell'ingegno esistenti[84].

L'art. 4 L.D.A., peraltro, nel riconoscere espressamente il requisito della "creatività" anche alle opere per definizione elaborate e perciò derivate, conferma e rafforza la tesi per cui la creatività non riguarda l'idea in sé, il suo nucleo contenutistico, bensì la sua forma espressiva, la sua soggettività o "individualità rappresentativa".

Posto che nei paragrafi precedenti si è principalmente tentato di fissare il discrimine tra opera originale e opera plagiaria, in cosa, invece, quest'ultima si differenzierebbe da un'elaborazione creativa, che è di per sé non soltanto lecita ma altresì tutelata *ex lege*?

L'art. 4 L.D.A. pone quale condizione e requisito essenziale ai fini della protezione giuridica dell'elaborazione creativa l'assenza di pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria, in modo speculare, *mutatis mutandis,* alla formulazione della norma incriminatrice di cui all'art. 171 L.D.A. che prevede, per la fattispecie base della contraffazione, e quindi anche per quella circostanziata del plagio, che una o più delle condotte penalmente sanzionate,

---

[82] In base all'art. 4 L.D.A. «senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria, sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale».

[83] Per un approfondimento del concetto di "elaborazione", si rinvia ad ALGARDI, *La tutela delle opere dell'ingegno e il plagio*, cit., p. 494 ss.

[84] Cfr. il precedente § 3.

potenzialmente incidenti sull'opera originaria o su elaborazioni creative della stessa, siano poste in essere "senza averne diritto".

Il parallelismo tra fattispecie civilistica (diritto di elaborazione creativa) e fattispecie incriminatrici (contraffazione e plagio)[85], dogmaticamente poco ortodosso ma pienamente conforme ad una visione sistematica che, nella materia del diritto d'autore forse più che in altri settori, è quanto mai necessaria e auspicabile, consente di comprendere come l'illecito plagiario, tanto sul piano civile quanto su quello penale, si differenzi dall'elaborazione creativa (lecita) per l'assenza di un valido titolo, di natura legale o pattizia, per realizzare e sfruttare l'opera derivata[86].

Se la fattispecie descritta all'art. 4 L.D.A. opta per una clausola di più ampio respiro ("senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria"), è per l'esigenza, propria del diritto civile, di disciplinare in modo rigoroso la catena dei diritti d'autore. Infatti, l'inciso richiamato assolve la funzione di garantire tanto che vi sia, a monte dell'elaborazione creativa, il diritto di crearla e sfruttarla, quanto che il fascio di facoltà patrimoniali e morali nascenti sulla nuova opera non si sostituisca *in toto* a quelli di titolarità dell'autore sull'opera originaria, privando quest'ultimo del potere di intervenire, attraverso qualsiasi forma di elaborazione, sulla propria opera[87].

L'art. 171 L.D.A. è, invece, formulato attraverso il ricorso a un elemento positivo costruito negativamente ("senza averne diritto"), tecnica normativa che porta nella struttura del fatto di reato l'assenza di un dato requisito, con tutto ciò che ne consegue in materia di accertamento dell'elemento psicologico (integrandosi la fattispecie dolosa solo in presenza di un'effettiva rappresentazione in capo all'agente della mancanza della situazione giuridica

---

[85] Tanto che secondo SAVINI, *Plagio dell'opera originaria e confini delle elaborazioni creative* (nota a C. App. Roma, 25 novembre 1985), in *Dir. Radiodiffusioni*, 1986, p. 112 ss. «l'elaborazione consentita e approvata non è nient'altro che un "plagio" legittimo per consenso di chi può trasferirne il diritto».

[86] Secondo SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Rimini, 2014, p. 445, invece, l'elaborazione creativa si caratterizzerebbe e si differenzierebbe dal plagio prevalentemente per la presenza di un riconoscibile apporto creativo.

[87] Su questo secondo aspetto, si veda FABIANI, *Elaborazioni successive e pregiudizio per l'opera originaria,* in *Dir. Aut.*, 1985, p. 393 ss. (nota a C. App. Milano, 21 maggio 1985).

soggettiva che ne legittimasse la condotta) e in materia di errore (trovando applicazione l'art. 47 cod. pen.)[88].

La clausola in esame, peraltro, rientra fra le ipotesi c.d. di illiceità o antigiuridicità speciale, quindi è qualificabile come elemento normativo del fatto[89], facendo riferimento la norma, con l'espressione "diritto", a tutte quelle disposizioni di natura diversa da quella penale incriminatrice che attribuiscono la titolarità dei diritti di riproduzione e utilizzazione dell'opera a determinati soggetti e che ne disciplinano la trasferibilità a terzi[90].

Di fronte a una formulazione letterale così inequivocabile, perciò, crolla ogni possibile dubbio, sollevato in dottrina, sul ruolo che possa avere il consenso dell'offeso nella struttura della fattispecie di plagio[91]. Il consenso a riprodurre, vendere, diffondere, eseguire l'opera originaria o altra opera da questa derivata, se adeguatamente prestato dal legittimo titolare dei diritti, lungi dal costituire un'ipotesi di scriminante speciale, determina il venir meno del carattere di abusività della condotta e quindi la mancata integrazione del fatto tipico di reato di cui al I comma dell'art. 171 L.D.A, e conseguentemente, la corrispondente fattispecie circostanziata di cui al III comma[92]. Ove, invece, il

---

[88] Per una ricostruzione efficace degli elementi positivi costruiti negativamente e della loro disciplina, si veda GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol II, Il reato, Parte I, La fattispecie oggettiva*, cit., pp. 144-147.

[89] Si veda, sul punto, FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., pp. 207–214, per un'analisi delle ipotesi di antigiuridicità speciale in esame e della rilevanza dell'errore in materia. Per un approfondimento, più in generale, dei casi di illiceità speciale e della loro ricostruzione come elementi normativi, si rinvia a GALLO M. – SEVERINO, *Antigiuridicità penale*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, II, 1988, p. 6 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale*, 6ª ed., Padova, 2009, p. 107; PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, p. 96 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, p. 300 ss. Diversamente, secondo MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002, p. 48 ss., le qualifiche di illiceità speciale non potrebbero essere intese come elementi normativi del fatto tipico. Peraltro, condividendo l'impostazione di MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 107, anche la circostanza aggravante della "usurpazione della paternità" è costruita come ipotesi di illiceità speciale ma in forma implicita.

[90] Sul punto si veda MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, Milano, 2008, pp. 18-21

[91] ALGARDI, *La tutela delle opere dell'ingegno e il plagio*, cit., p. 684 ss. ha motivato l'inapplicabilità della scriminante del consenso dell'avente diritto *ex* art. 50 cod. pen. in base al carattere indisponibile del diritto di paternità intellettuale, ma, a ben vedere, l'inciso "senza averne il diritto" collega l'illiceità speciale della fattispecie alla mancanza dei diritti di riprodurre, vendere, diffondere, eseguire l'opera, che rientrano nella sfera del diritto patrimoniale d'autore, perfettamente disponibile e alienabile.

[92] Si veda TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., pp. 55-56.

consenso o altro titolo di utilizzazione dell'opera sia inesistente ma erroneamente supposto dall'agente, trova applicazione l'art. 47, comma III cod. pen. e non l'art. 59, comma IV cod. pen.[93], con esclusione del dolo e quindi della punibilità, riversandosi direttamente sul fatto di reato l'errata percezione della situazione legittimante la riproduzione.

Altro aspetto peculiare della materia del plagio, seppur poco approfondito nelle sue implicazioni giuridiche, è costituito dalle c.d. "riproduzioni involontarie", cioè opere che scaturiscono dall'inconscio, da ricordi o suggestioni di cui il soggetto non abbia consapevolezza[94]. Il fenomeno del c.d. plagio involontario o inconscio, anche denominato dalle scienze cognitive che se ne sono occupate "cryptomnesia"[95], merita di essere brevemente analizzato, ai fini della presente trattazione, attraverso la lente del giurista.

Sul piano civilistico, la "riproduzione involontaria" può trovare tutela come elaborazione creativa *ex* art. 4 L.D.A., purché non pregiudichi i diritti dell'autore dell'opera originaria, perciò deve essere da quest'ultimo in qualche modo autorizzata o rientrare nel regime delle c.d. eccezioni o libere utilizzazioni previste dagli artt. 65 – 71-*decies* L.D.A. e, in ogni caso, il diritto d'autore morale e patrimoniale dell'opera inconsciamente plagiaria non può sradicare le pretese facenti capo all'autore originario.

Sul piano penalistico, di maggior interesse per le finalità del presente lavoro, il delitto base di contraffazione *ex* art. 171, I comma L.D.A. e la sua forma circostanziata del plagio *ex* art. 171, III comma, seppur al completo degli elementi costitutivi della loro fattispecie oggettiva, devono ritenersi non

---

[93] Sulla differenza sostanziale tra l'errore di cui all'art. 47, III comma cod. pen. e quello sulle scriminati *ex* art. 59, IV comma cod. pen., da intendersi come solo errore di fatto, si veda GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol II, Il reato, Parte II, L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 70 ss.

[94] FABIANI, *Plagio parziale o camuffato di composizione musicale*, in *Dir. Aut.*, 1994, p. 464 (nota a Trib. Roma, 12 maggio 1993) definisce il plagio inconscio nella musica, ambito in cui è maggiormente frequente, come «il frutto di reminiscenze di temi o passaggi di opere altrui che intervengono e si insinuano nel processo ideativo dell'opera, alterando l'originalità». Il plagio inconscio musicale, inoltre, può produrre conseguenze dirette sull'opera audiovisiva per quanto concerne la colonna sonora.

[95] Per alcuni spunti di carattere interdisciplinare, si vedano PASCUZZI, *Il plagio tra memoria e creatività*, in AA.VV., *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi* (a cura di CASO), Trento, 2011, p. 124 ss. e VIZZIELLO, *Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare*, Trento, 2013, p. 130 ss.

punibili per mancata integrazione della componente dolosa in applicazione dell'art. 47 cod. pen. Difatti, l'incoscienza della natura plagiaria dell'opera incide sulla rappresentazione psicologica del fatto tipico, in particolare sull'elemento positivo costruito negativamente dell'assenza del diritto di riproduzione. Il regime di imputazione della circostanza aggravante dell'usurpazione della paternità, che caratterizza il plagio penale in senso stretto e per il quale, come si è già avuto modo di rilevare, è sufficiente un rimprovero per colpa, non rileva, diversamente da quanto è stato da alcuni argomentato[96], poiché atterrebbe a un eventuale secondo *step* di analisi che non viene neanche preso in considerazione nel plagio involontario, dal momento che la fattispecie base non risulta essersi realizzata.

Da ultimo, è necessario soffermarsi brevemente sull'ampiezza del raggio d'azione del fenomeno plagiario, chiedendosi se la riproduzione usurpativa debba avere ad oggetto un'opera originaria per intero o se possa, invece, riguardare soltanto alcune sue parti o componenti.

Dottrina e giurisprudenza sono pacifiche nel ritenere che il plagio possa essere tanto totale quanto parziale, sebbene l'art. 171 L.D.A. utilizzi sempre il termine "opera", lasciando intendere che la creazione originaria debba essere plagiata per intero[97]. A ben vedere, da un'interpretazione sistematica della L.D.A., e in particolare dalla lettura del II comma dell'art. 19, che riconosce una potenziale frammentarietà dell'opera prevedendo che i diritti patrimoniali d'autore su di essa abbiano per oggetto «l'opera nel suo insieme ed in ciascuna della sue parti», si desume come lo stesso fenomeno plagiario possa limitarsi ad alcune componenti dell'opera[98]. Peraltro, è la stessa prassi a dimostrare quanto

---

[96] BARZELLONI, *Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*, cit., p. 472, esamina la questione soltanto dal punto di vista della sussistenza o meno della circostanza aggravante dell'usurpazione della paternità, trascurando il fatto che a monte non si è nemmeno realizzata la fattispecie base. Secondo l'A., qualora un soggetto nella creazione di un'opera si avvalga di ricordi che ha interiorizzato, la circostanza dell'usurpazione della paternità non sarebbe sorretta né da dolo né da colpa.

[97] Per la dottrina, si vedano, *ex multis*, CAROSONE, *Sul plagio-contraffazione in materia di opere dell'arte figurativa: spunti e riflessioni*, in *Dir. Aut.*, 1980, p. 30 e FABIANI, *Plagio parziale o camuffato di composizione musicale*, cit., p. 465.

[98] GALTIERI, *Protezione del diritto d'autore e diritti connessi*, cit., p. 97 ritiene, sulla scia di alcune pronunce giurisprudenziali, tra cui Trib. Roma, 19 aprile 1997, in *Dir. Aut.*, 1997, p. 245 ss., che

il plagio totale sia estremamente raro, configurandosi di norma la condotta plagiaria quale una manipolazione delle componenti di un'opera preesistente, attraverso aggiunte o modifiche finalizzate proprio ad occultare il plagio[99].

le singole componenti, per poter essere plagiate, debbano presentare quale requisito minimo una "compiuta individualità di espressione".

[99] Si veda l'nteressante riflessione di BARZELLONI, *Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*, cit., p. 470.

CAPITOLO III

LA PIRATERIA AUDIOVISIVA

SOMMARIO: 1. Dalla pirateria su supporto alla pirateria in rete. – 2. La spinta europeistica verso un "Mercato Unico Digitale". – 3. Il penalista alle prese con i reati di pirateria. – 3.1. Alla ricerca di interessi penalmente tutelati. – 3.2. I riflessi penalistici delle c.d. libere utilizzazioni ed eccezioni al diritto d'autore. – 4. Un'analisi critica dell'attuale assetto panpenalistico in materia. – 4.1. Tutela penale "diretta" dell'opera audiovisiva. – 4.1.1. L'immissione abusiva dell'opera audiovisiva in un sistema di reti telematiche. – 4.1.2 Segue: la (ir)responsabilità penale dell'*Internet Service Provider*. – 4.2. Tutela penale "anticipata" e tutela "di funzioni". – 4.3. Configurabilità del delitto di ricettazione e rapporti con altri reati e illeciti amministrativi. – 5. Forme di tutela extrapenale tra rimedi esistenti e soluzioni possibili. – 5.1. Una breve panoramica delle azioni civili. – 5.2. Le c.d. Misure Tecnologiche di Protezione (MTP) e la strada dell'autotutela tecnologica. – 5.3. Il nuovo strumento di *site blocking* da parte dell'AGCom – 6. I reati di pirateria audiovisiva tra diritto penale "massimo" e diritto penale simbolico.

1. Dalla pirateria su supporto alla pirateria in rete.

L'età moderna, com'è noto, ha portato con sé, quale inevitabile conseguenza dello sviluppo tecnico e tecnologico, un fenomeno definito da Walter Benjamin "perdita dell'aura" dell'opera d'arte[100]. Quest'ultima, infatti, divenuta improvvisamente duplicabile e dissacratasi fino alla definitiva trasformazione in prodotto commerciale, si è altresì esposta a forme di riproduzione non autorizzate che hanno alimentato in misura esponenziale il mercato nero, minando i diritti e le prerogative di autori e produttori artistici[101].

Si è andata definendo, così, una nozione di "pirateria intellettuale" che ricomprende una molteplicità di illeciti che si concretizzano nella riproduzione abusiva, e nel conseguente sfruttamento commerciale, di opere tutelate dal diritto d'autore[102]. In particolare, nel settore musicale e in quello audiovisivo, lo stesso procedimento analogico che permetteva la realizzazione e il fissaggio su

---

[100] Si rinvia a BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* (traduzione a cura di FILIPPINI), Torino, 1991.

[101] Per un'interessante ricostruzione storica della pirateria intellettuale, si rinvia a JOHNS, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google* (traduzione a cura di TOGLIANI – MAUGERI), Torino, 2011.

[102] Si veda SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 73, che sottolinea l'assenza nella pirateria intellettuale, rispetto alla pirateria "classica", dell'elemento della violenza.

supporti fisici (*vhs, cd* e *dvd*) del master originale e delle copie destinate alla distribuzione legale, consentiva parallelamente di fare duplicati pirata, partendo proprio dalle copie legali, con inevitabili risultati di pessima qualità.

La tecnologia analogica, tuttavia, determinò, proprio per l'incomparabilità della copia contraffatta con quella originale, una graduale recessione del fenomeno della pirateria, che invece riprese la propria corsa e accelerò con l'avvento della digitalizzazione. Un *file* originale, infatti, si distingue da un *file* pirata solo perché è stato prodotto e distribuito nel rispetto della normativa sul diritto d'autore, ma da un punto di vista strettamente tecnico non vi sono differenze[103]. Il vero punto di non ritorno nell'espansione del fenomeno della pirateria audiovisiva è stato, tuttavia, segnato dalla distribuzione gratuita dei *file* in rete, diventando l'industria della pirateria un vero e proprio concorrente dell'offerta legale sempre più pericoloso, perché veloce, immateriale e inafferrabile[104].

Un elemento di forza della pirateria in rete è proprio la sua transnazionalità e l'assenza di un vincolo territoriale predeterminato che consenta una facile individuazione del *locus commissi delicti*. La possibilità per il pirata di caricare *file* in rete attraverso *server* localizzati in Paesi terzi, scelti consapevolmente per la maggior facilità di accesso e il minor controllo da parte delle Autorità, determina altissimi livelli di impunità per i reati commessi.

Un altro aspetto della pirateria in rete, strettamente connesso al precedente, è la sua struttura ramificata e spesso "a matrioska". Ciascun *file* caricato tende,

---

[103] TRAVOSTINO, *Aspetti problematici del diritto d'autore nelle reti telematiche e prospettive di sviluppo*, in *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto* (AA.VV.), Torino, 2009, pp. 162-163 mette in luce come le molteplici modalità espressive abbiano subìto una *reductio ad unitatem* nel *file*, che parla un linguaggio compreso da tutti i sistemi tecnologici e che ha completamente sfumato la distinzione tra originale e copia.

[104] Si veda, per un maggiore approfondimento, la *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sui fenomeni della contraffazione e della pirateria in campo commerciale* (Relatore on. Giovanni Fava, approvata il 22 gennaio 2013), in *http://leg16.camera.it*, p. 233 ss., secondo cui «eliminati dal mercato illegale i vecchi "falsari", quelli che sulle bancarelle vendevano i *cd* o i *dvd* a pochissimo prezzo, la gratuità della rete pone l'industria dell'*entertainment* – e non solo – di fronte a reati che valicano i confini nazionali, divenendo per loro natura transnazionali, a fronte di flussi economici in denaro e guadagni smisurati, che si concentrano nelle mani di pochi soggetti i quali, a ben vedere, si chiamano fuori da ogni diretta responsabilità sia con riferimento al tema della pirateria, sia del funzionamento della rete».

infatti, a proliferare su più *server* (spazi fisici di *upload*) e *cyberlocker* (spazi telematici che ospitano il *file*), attraverso una catena incontrollata di *link* e reindirizzamenti, che fanno disperdere le tracce di ciascun soggetto coinvolto, annacquandone le relative responsabilità.

2. La spinta europeistica verso un "Mercato Unico Digitale".

A partire dagli anni '90 il tema della tutela del diritto d'autore è stato al centro di decisioni e strategie comunitarie volte a fissare piani di azione e politiche di armonizzazione della disciplina e degli strumenti di tutela previsti dai Paesi Membri[105]. Da un lato, infatti, l'incessante sviluppo tecnologico amplificava e diversificava sempre di più l'intera filiera produttiva e distributiva delle opere dell'ingegno, imponendo un adeguamento della normativa esistente, dall'altro, l'armonizzazione si poneva come il miglior strumento che garantisse il buon funzionamento del mercato interno europeo e perciò un più elevato livello di tutela per le opere destinate a circolarvi.

Sul piano della tutela penalistica un primo tentativo di disciplina a livello europeo era contenuto nel testo iniziale della Direttiva 2004/48/CE (c.d. IPRED, *Directive on the Enforcement of the Intellectual Property Rights*) che tuttavia all'ultimo, per essere approvata nei tempi richiesti, fu modificata con la completa estromissione delle previsioni di natura penalistica. La "IPRED" è stata attuata in Italia con il D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140, che ha innovato la normativa sul diritto d'autore principalmente sul fronte degli strumenti di tutela civile, a titolo esemplificativo modificando l'art. 156 L.D.A. relativo alla misura inibitoria e introducendo i nuovi artt. 156-*bis* e 156-*ter* L.D.A. sui poteri istruttori del giudice nell'accertamento delle violazioni.

Il tema dell'armonizzazione degli strumenti di tutela penale del diritto d'autore *online* è confluito, invece, in una proposta di direttiva presentata nel

---

[105] Si vedano il Libro verde "*Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche – Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata*" (1988), in *Dir. Inf.*, 1989, p. 654 ss.; le Decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio nn. 276/99/CE, 1151/2003/CE e 854/2005/CE; la Direttiva 2001/29/CE.

2005 dalla Commissione europea, denominata "IPRED 2", che prevedeva che gli Stati membri qualificassero come reato «qualsiasi violazione intenzionale del diritto di proprietà intellettuale qualora sia stato commesso su scala commerciale»[106]. La "IPRED 2", partendo dalla constatazione empirica del costante aumento del fenomeno della pirateria intellettuale, soprattutto attraverso l'uso di *Internet*, e della sua sempre più stretta connessione con la criminalità organizzata, si poneva l'obiettivo di uniformare le legislazioni nazionali, affinché la lotta contro la contraffazione e la pirateria fosse più efficace e venissero ridotte al minimo le zone di impunità ancora esistenti. Nello schema proposto dalla Commissione europea l'incriminazione doveva, perciò, essere sorretta da un dolo intenzionale e la condotta di sfruttamento illecito dell'opera doveva avere carattere "commerciale".

La "IPRED 2" ha incontrato molte resistenze, com'è evidente, nel popolo degli internauti e ha suscitato accessi dibattiti, nei quali furono messi in discussione i pilastri e i principi della direttiva stessa, che rischiava di confliggere con la libertà di accesso e navigazione nel *web* e con la tutela della riservatezza degli utenti. Perciò, nonostante la proposta iniziale fosse stata seguita poco dopo da una seconda emendativa nel 2006, la direttiva non fu mai approvata e la relativa proposta è stata definitivamente ritirata dalla Commissione europea nel 2010.

Una nuova attenzione sul tema dell'*enforcement* della tutela del diritto d'autore è stata posta da parte dell'Unione Europea all'interno della nuova strategia per la creazione di un "Mercato Unico Digitale". Il 6 maggio 2015 la Commissione europea ha presentato la comunicazione *A Digital Single Market Strategy for Europe*, che prevede una complessa strategia articolata in tre pilastri e sedici azioni da realizzarsi in due anni, finalizzata a modernizzare e uniformare le normative sul diritto d'autore – considerando quest'ultimo sempre di più come un fondamentale elemento di crescita economica – e a garantire altresì una puntuale regolamentazione dell'accesso e della portabilità

[106] Cfr. FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore*, cit., pp. 48–50.

dei contenuti digitali all'interno dell'Unione Europea, al fine di creare un vero e proprio mercato unico digitale[107].

Sul fronte della lotta alla pirateria, per il momento è stata già lanciata, in attuazione della strategia del *Digital Single Market*, una prima consultazione pubblica per porre le basi di una riforma legislativa che parta da una visione d'insieme dell'attuale stato degli strumenti di tutela previsti dalle singole legislazioni nazionali. La Commissione europea si propone, inoltre, di far proprio e consolidare l'approccio c.d. *follow the money*[108], ormai considerato una *best practice*, che consente di risalire ai responsabili, arginandone le manovre di azione e seguendo gli ingenti flussi finanziari generati dalle attività di fornitura e divulgazione illecita dei contenuti audiovisivi in rete. Inoltre, è oggetto di studio il ruolo degli *Internet Service Provider*, chiamati a collaborare nella lotta alla pirateria, attraverso un'attività di monitoraggio che confluisca tanto nel meccanismo di *notice and take down* (per rimuovere i contenuti illeciti) quanto in quello di *notice and stay down* (per evitare la reimmissione dei contenuti dopo che siano stati rimossi). Soltanto nei prossimi mesi sarà possibile capire con esattezza come l'Unione Europea intenda intervenire sugli strumenti di tutela, operando il necessario bilanciamento tra i molteplici interessi contrapposti in gioco.

3. Il penalista alle prese con i reati di pirateria.

Ricostruita sinteticamente per tappe l'evoluzione fenomenica della pirateria audiovisiva, è necessario, prima di addentrarsi nella giungla normativa di

---

[107] Per maggiori informazioni e costanti aggiornamenti, si rinvia direttamente a *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_en.htm*.

[108] L'approccio investigativo del *follow the money* è già stato sperimentato con successo in Italia dalla Guardia di Finanza (in particolare dal suo Nucleo Speciale per la Radiodiffusione e l'Editoria), che con l'operazione denominata "Publifilm" avviata nel 2014 riuscì a inibire e oscurare 46 siti pirata che diffondevano abusivamente interi *database* di opere filmiche (ad oggi i siti oscurati sono oltre 600, secondo gli ultimi dati riportati dalla Guarda di Finanza). Il medesimo approccio di individuazione dei flussi finanziari ha consentito di scoprire un mercato pubblicitario parallelo, che si intreccia alla pirateria audiovisiva *online* e che ne costituisce la principale fonte di guadagno, portando in un secondo momento alla definizione di un codice di autoregolamentazione delle società di fornitura di servizi di *advertising* che vieti l'immissione di inserti e *banner* pubblicitari all'interno di piattaforme e siti pirata.

settore, descrivere l'approccio proprio del penalista e fissare i termini della trattazione critica e dialettica che seguirà.

Una parte della più recente dottrina ha messo in luce come il penalista, di fronte al *copyright* digitale e all'impatto delle nuove tecnologie sul diritto, soffra. Ciò perché i principi e le categorie su cui si fonda il diritto penale sembrano vacillare e deformarsi, ogniqualvolta il legislatore formuli norme incriminatrici a tutela del diritto d'autore di ultima generazione[109].

Basta, infatti, esaminare gli articoli dal 171 al 171-*nonies* della L.D.A. in una prospettiva diacronica che tenga conto dei continui interventi modificativi, per rendersi conto di come, già sul piano della tassatività e quindi della redazione normativa delle fattispecie, vi siano elementi di difficile interpretazione e di dubbia applicazione, oltre ad alcune incongruenze a cui il giurista non riesce a dare una valida spiegazione[110].

Emblematica di una tecnica normativa non così felice è senz'altro l'evoluzione subìta dalla formulazione del dolo specifico di cui all'art. 171-*ter* L.D.A., più volte modificato per assecondare o meno gli interessi delle società di produzione e ora individuato nella finalità di "lucro", perché più rispondente all'esigenza di prevenire forme illecite di sfruttamento economico rispetto al generico "profitto". La stessa norma, poi, ha introdotto una sorta di lucro *in re ipsa* ricavabile in via presuntiva dal numero di copie o esemplari, se superiori a cinquanta. Previsione, quest'ultima, criticabile perché rimane aperta a più interpretazioni e risulta, pur nel tentativo di garantire maggior

---

[109] Secondo BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona,* cit., p. 69 ss., i basilari concetti di tipicità del fatto di reato, di materialità, di frammentarietà e necessaria offensività subiscono una lacerazione ogniqualvolta il legislatore introduca una sanzione penale a tutela di minacce ipotetiche o reali che possano essere esercitate dalla tecnologia digitale sui diritti esclusivi tutelati dalla L.D.A.

[110] Secondo FABIANI, *La centralità della tutela penale nel sistema del diritto d'autore (Atti del convegno "La tutela penale del diritto di autore. Aspetti e problematiche attuali",* Firenze, 1997*),* in *Dir. Aut.*, 1998, pp. 247-249, le incertezze interpretative nella materia in esame sono dovute all'assenza di un coordinamento sistematico delle norme da parte del legislatore in sede di recepimento delle direttive comunitarie che hanno portato a una riforma, per gradi e frammentaria, del diritto d'autore italiano.

determinatezza alla fattispecie, del tutto arbitraria nel fissare un discrimine numerico[111].

Un dato che non sfugge all'interprete, di fronte a una tassatività barcollante e a scelte legislative poco sistematiche, è l'elevata esposizione della materia in questione a pressioni lobbistiche, che determinano un avvicendarsi nel tempo di esigenze diverse e contrapposte: da un lato, un inasprimento dello strumento penale repressivo per tutelare gli autori e, prima ancora, i produttori che investono nella realizzazione dell'opera audiovisiva[112], dall'altro margini di flessibilità ed eccezioni a favore degli utenti e del libero accesso alla cultura.

Ciò che maggiormente preoccupa il penalista, tuttavia, sono la carenza sul piano del principio di necessaria offensività, che costituisce uno dei principali corollari del garantismo penale moderno, e l'incoerenza dell'assetto sanzionatorio nella materia in esame, spesso svincolato da parametri di proporzionalità rispetto al disvalore penale della condotta incriminata[113]. La tutela penale del diritto d'autore, infatti, sembra ripercorrere in maniera pedissequa e pleonastica la disciplina degli strumenti di diritto civile, in parte perdendo il proprio ruolo di *extrema ratio* posta a tutela di interessi ultraprivatistici, in parte assumendo le vesti e la funzione di un diritto privato rafforzato dalla sanzione penale[114].

---

[111] Si veda BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona,* cit., pp. 91-95, per un approfondimento di queste e altre distonie e punti deboli delle fattispecie in esame.

[112] *Ibidem*, p. 95 ss., l'A. sostiene che il diritto penale del *copyright* abbia subìto una strumentalizzazione da parte degli operatori commerciali, fino a ridursi a una forma di *self enforcement* a mero presidio di interessi economico-imprenditoriali.

[113] Per un approfondimento dei rilievi critici mossi dalla dottrina rispetto alla carenza di proporzionalità delle sanzioni previste nelle fattispecie a tutela del diritto d'autore, si veda FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., pp. 495 – 496 e 513 – 514.

[114] Già PEDRAZZI, *Aspetti penalistici del diritto d'autore in Italia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1969, p. 683 e ss, evidenziava, non in chiave critica ma come una mera presa d'atto, come il diritto penale nel settore del diritto d'autore rinunciasse all'autonomia che lo caratterizza in altri rami e adottasse persino uno stile diverso da quello abituale, assumendo «una funzione essenzialmente sanzionatoria, di presidio e rafforzamento della regolamentazione di diritto privato».

3.1. Alla ricerca di interessi penalmente tutelati.

La dottrina si interroga da sempre su quali siano gli interessi tutelati dalle fattispecie incriminatrici contenute nella L.D.A., con la consapevolezza che si tratti di un compito quanto mai arduo nel diritto penale complementare, caratterizzato spesso da precari bilanciamenti e compromessi tra distanti interessi settoriali[115].

Alcuni giuristi hanno messo in evidenza come, a fronte di una diversificazione degli oggetti materiali delle fattispecie penali in esame, individuati nelle varie opere dell'ingegno tutelate dalla L.D.A., i beni giuridici tutelati siano essenzialmente due: da un lato, i diritti spettanti all'autore e agli altri titolari di situazioni giuridiche soggettive (produttori, cessionari e altri aventi causa) sia sul piano economico-patrimoniale sia su quello strettamente morale, dall'altro l'economia pubblica nel suo complesso[116].

Sui risvolti pubblicistici degli interessi sottesi al diritto d'autore e alla sua tutela si è, peraltro, già espressa, senza dubbi e incertezze, la Corte Costituzionale in diverse occasioni[117], confermando un orientamento ormai consolidato tra i penalisti secondo cui il legislatore, nell'individuazione degli interessi penalmente tutelati, debba necessariamente attenersi a un approccio costituzionalmente orientato,[118] fermo restando che, una volta desunti dalla Carta fondamentale gli interessi rilevanti, è rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta tra tutela penale, civile o amministrativa.

Troverebbero, perciò, tutela rafforzata nel diritto penale l'impegno intellettuale di chi crea l'opera e l'investimento economico di chi la produce e la distribuisce, in parallelo a un più esteso interesse economico collettivo connesso allo sviluppo del Paese, considerando le elevate percentuali di produttività e il tasso di occupazione nel settore dell'intrattenimento audiovisivo.

---

[115] Cfr. sul punto PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 457 ss.
[116] Così MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 8.
[117] Si veda, a titolo esemplificativo, Corte Cost., 3 aprile 1968, n. 25, cit. *sub* nota 34.
[118] Sul punto si vedano, a titolo esemplificativo, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p. 82 ss. e FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 2009, p. 12 ss.

Si tratta di un'interpretazione a favore della categoria di reati in esame, forse in parte influenzata dal dato empirico, cioè dall'esigenza di contrastare il fenomeno dilagante della pirateria intellettuale, ma è anche vero che gli interessi giuridici nascono e si evolvono nel tessuto sociale, economico e culturale, non potendo coincidere con principi trascendentali ed entità precostituite[119]. Sicuramente il settore audiovisivo, così coinvolto e travolto dall'evoluzione degli strumenti tecnologici di produzione e diffusione, è uno dei più dinamici e ingovernabili anche sul piano delle esigenze, spesso nuove e imprevedibili, di una tutela maggiore e diversificata[120].

La stessa dottrina che ha considerato pienamente legittimo l'intervento penalistico nel diritto d'autore e che ha, conseguentemente, accolto con favore il rafforzamento della tutela penale contro la pirateria intellettuale, in particolare quella audiovisiva, sancendone persino il ruolo centrale e imprescindibile all'interno della disciplina del diritto d'autore, ha giustificato, per le medesime ragioni socio-giuridiche, cioè per far fronte all'espansione incontrollata e massificata della contraffazione audiovisiva, il riconoscimento della legittimazione della SIAE a costituirsi parte civile nei processi penali per pirateria[121]. La Società Italiana degli Autori ed Editori, infatti, è ente pubblico economico e, al tempo stesso, ente esponenziale di interessi della collettività. Pertanto, è chiamata a svolgere un ruolo di tutela dei diritti degli autori

---

[119] In quest'ottica, si è andato consolidando in diritto penale l'orientamento per cui i beni suscettibili di tutela devono anche essere desunti, in via ermeneutica, dalla realtà sociale, purché non incompatibili con la Costituzione, prestandosi l'art. 2 Cost. a "catalogo aperto" che consente un aggiornamento automatico e implicito della Carta alle nuove esigenze e ai nuovi valori emergenti. Sul punto cfr. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 160 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 187 ss.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, *Vol. I*, Milano, 1999, p. 352 ss.

[120] Ritiene, infatti, FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, p. 509, che «nell'odierna società dell'informazione le funzioni dogmatica e critica, nonché politico criminale, del bene giuridico […] portano a considerare i nuovi "bisogni" di tutela che traggono origine dallo sviluppo economico, sociale, culturale e tecnologico».

[121] Si vedano sul punto FABIANI, *La centralità della tutela penale nel sistema del diritto*, cit., pp. 247-249 e GIORDANO, *Difese e sanzioni giudiziarie nelle opere cinematografiche*, cit., p. 487.

aderenti ad essa e, altresì, una funzione strettamente pubblicistica di promozione della cultura e di lecita diffusione delle opere dell'ingegno[122].

Più recentemente si è andato consolidando anche in dottrina, non più soltanto tra gli utenti del *web* evidentemente spinti da interessi e ragioni egoistiche, un approccio fortemente critico che tende a evidenziare la debolezza dei reati di pirateria proprio sul piano dell'offensività in astratto, che sembrerebbe sfumare fino a doversi ineluttabilmente dissolvere di fronte a una prevalente esigenza di diffusione della cultura e del sapere senza filtri e ostacoli di alcun genere. Si tratta di una contrapposizione di interessi che non è affatto nuova, ma che si è senz'altro accentuata nella società contemporanea, fondata sul primato dell'informatica e delle comunicazioni elettroniche e che è il risultato di una rivoluzione dell'accesso alla cultura, all'arte e all'intrattenimento in chiave democratica.

In particolare, secondo alcuni, la carenza dei reati di pirateria intellettuale sul piano dell'offensività consisterebbe nel loro essere posti a presidio di interessi che già trovano piena soddisfazione e tutela nel diritto civile e rispetto ai quali la sanzione penale si traduce in una restrizione arbitraria di altri interessi di rilevanza superiore.

Si è, perciò, sostenuto che la tutela penale del diritto d'autore andrebbe spiegata, riconducendola a quel *modus operandi* del legislatore che, in alcuni particolari settori che richiedono una mediazione degli interessi in gioco, introduce la sanzione penale a presidio di normative più complesse che regolamentano attività potenzialmente lesive di beni collettivi[123]. Scelte legislative che possono condividersi o meno, su un piano di opportunità, ma che senz'altro rischiano di dar luogo a una proliferazione inutile di reati, perdendosi di vista gli interessi o beni giuridici fondamentali.

---

[122] Come ribadito da Corte Cost., 3 maggio 1990, n. 241, in *www.giurcost.org*.

[123] Si veda BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona*, cit., p. 72 ss., che richiama, a titolo esemplificativo, la normativa in tema di ambiente, in cui le fattispecie incriminatrici sanzionano non tanto la lesione del bene protetto (l'ambiente), quanto la violazione della procedura e delle modalità con cui è consentito inquinare. Si rinvia, inoltre, al successivo § 4.2 del presente capitolo sulla tutela "di funzioni".

3.2. I riflessi penalistici delle c.d. libere utilizzazioni ed eccezioni al diritto d'autore.

L'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra i diritti degli autori e l'interesse generale della collettività alla conoscenza e alla crescita culturale è sempre stata avvertita come necessaria e imprescindibile[124]. Già la Convenzione di Berna aveva dedicato diversi articoli al tema, riservando alle legislazioni nazionali la facoltà generica di prevedere ipotesi eccezionali in cui sia consentita *ex lege* la riproduzione di opere protette dal diritto d'autore, purché non sia recato danno allo sfruttamento normale dell'opera e non sia causato un pregiudizio ingiustificato agli interessi degli autori[125]. In tempi più recenti la Direttiva 2001/29/CE, recepita in Italia mediante il D.Lgs. 9 aprile 2003 n. 68, con l'obiettivo di armonizzare le legislazioni interne in materia di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore e con una nuova consapevolezza rispetto alle esigenze presenti nello scenario contemporaneo, ha imposto un ripensamento e un aggiornamento delle discipline vigenti *«alla luce del nuovo ambiente elettronico»*.

La legge italiana sul diritto d'autore concentra la disciplina delle principali utilizzazioni libere, cioè le ipotesi in cui l'utilizzazione delle opere dell'ingegno sia consentita *ex lege* indipendentemente dal consenso dei titolari dei diritti sulle stesse, agli articoli dal 65 al 71-*sexies* L.D.A.[126], oltre che in altre disposizioni sparse della normativa sul diritto d'autore. Si tratta, come è stato chiaramente spiegato dalla dottrina, di microlimitazioni al diritto d'autore giustificate dall'esigenza di garantire adeguata tutela ad altri beni pubblici, quali la critica,

---

[124] Nel preambolo della Conferenza dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI) tenutasi a Ginevra nel 1996 si legge chiaramente come costituisca una priorità il mantenimento di un equilibrio tra i diritti degli autori e l'interesse pubblico generale, soprattutto in materia di insegnamento, ricerca e accesso all'informazione.

[125] Alla riserva generica di cui all'art. 9 n.2 della Convenzione di Berna segue il regime della libera utilizzazione delle citazioni «conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo» (art. 10) e la riproduzione di articoli e resoconti di attualità «per scopi di informazione» (art. 10-*bis*).

[126] Per un'utile rassegna delle disposizioni in oggetto, cfr. MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., pp. 196-202.

l'informazione, l'insegnamento e lo sviluppo della vita sociale, delle arti e della cultura[127].

Ai fini della presente trattazione riveste un ruolo fondamentale l'art. 70 L.D.A. che consente il riassunto, la citazione e la riproduzione di parti di opere protette «*per uso di critica o di discussione*» e «*a fini di insegnamento o di ricerca scientifica*», prevedendo la norma, quali limiti negativi della fattispecie autorizzatoria, la concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera citata e la presenza di finalità commerciali e imponendo la menzione dei nomi dei titolari dell'opera originaria[128].

È interessante rilevare come dottrina e giurisprudenza, interrogandosi proprio sui margini applicativi dell'eccezione per finalità di critica, discussione o insegnamento in un particolare caso afferente il settore audiovisivo, siano giunte a diverse possibili soluzioni. La questione esaminata[129] riguardava in particolare le opere audiovisive assemblate e la possibilità di realizzare, in virtù dell'art. 70 L.D.A., i c.d. "film di montaggio", cioè pellicole che incorporassero brani di altri film di titolarità del medesimo produttore. L'Autorità giudiziaria, pur negando l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 70 L.D.A., ha fornito un interessante spunto di riflessione, sottolineando la connotazione *lato sensu* culturale dell'eccezione in esame.

Sulla scia di un simile approccio giurisprudenziale, una parte della dottrina ha osservato come, pur potendosi, da un lato, riconoscere natura di norme eccezionali alle disposizioni sulle libere utilizzazioni, in quanto deroghe alla

---

[127] Il regime delle libere utilizzazioni è spiegato in questi termini da FRAGOLA, *Aspetti giuridici dell'audiovisivo*, in *Dir. Aut.*, 1992, p. 509 ss.

[128] In aderenza al c.d. *three-step test*, principio introdotto dai trattati internazionali e ribadito a livello europeo, in base al quale l'eccezione al diritto d'autore deve rientrare in casi speciali espressamente individuati dal legislatore nazionale, non deve concorrere con lo sfruttamento economico dell'opera originaria e non deve recare pregiudizio agli interessi degli autori e dei titolari di diritti sulla stessa. Per un'analisi del *three-step test* si rinvia a FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., pp. 504 – 509.

[129] Si veda Pret. Roma, ord. 29 marzo 1976, in *Foro It.*, I, 1976, p. 1739 ss., su più ricorsi, riuniti per connessione, presentati da Luchino Visconti, Gina Lollobrigida, Nino Manfredi e Marcello Mastroianni contro la società produttrice del film "Un sorriso, uno schiaffo e un bacio in bocca" di Morra, per aver utilizzato nella pellicola brani di altri film (dei cui diritti di utilizzazione economica era comunque titolare lo stesso produttore) per lesione del diritto morale d'autore, dell'onore e dell'immagine dei ricorrenti.

regola generale della tutela del diritto d'autore, perciò da interpretarsi tassativamente, dall'altro, la rilevanza sovranazionale e costituzionale della promozione della cultura imporrebbe, a ben vedere, un'interpretazione più duttile ed estensiva delle categorie di cui all'art. 70 L.D.A. e alle altre norme che disciplinano le eccezioni al diritto d'autore[130].

Il comma 1-*bis* dell'art. 70 in esame[131], introdotto con la legge 9 gennaio 2008 n. 2, ha invece fornito un'autonoma disciplina alle libere utilizzazioni su *Internet*, tentando di dare risposta alle richieste provenienti dall'Europa con un risultato, purtroppo, tutt'altro che soddisfacente. Il comma in questione, infatti, non solo è in attesa dei decreti ministeriali di attuazione che definiscano il concetto di «*uso didattico o scientifico*» per poter diventare definitivamente operativo, ma introduce, con un linguaggio sostanzialmente atecnico e estraneo allo stile, di per sé già non così lineare e uniforme, della legge sul diritto d'autore, nozioni ambigue, quali il generico riferimento a "immagini e musiche" e, soprattutto, il requisito della bassa risoluzione o della degradazione, che moltiplicano i problemi interpretativi e applicativi della norma paralizzandone il funzionamento.

La struttura dei reati di cui agli articoli 171 ss. L.D.A., che sono strettamente connessi alle facoltà civilistiche di cui si compone il diritto d'autore, come meglio analizzato nel prosieguo del presente capitolo[132], fa sì che le libere utilizzazioni e le eccezioni descritte incidano inevitabilmente anche sulla portata delle norme incriminatrici in esame.

Oltre ad avere una certa rilevanza sul piano astratto, garantendo in termini di offensività un bilanciamento tra interessi contrapposti[133], le eccezioni si

---

[130] Si veda, in dottrina, FRAGOLA, *Aspetti giuridici dell'audiovisivo,* cit., p. 510 ss.

[131] «1-*bis*. È consentita la libera pubblicazione attraverso la rete Internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro. Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentiti il Ministro della pubblica istruzione e il Ministro dell'università e della ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, sono definiti i limiti all'uso didattico o scientifico di cui al presente comma».

[132] Cfr. in particolare il successivo § 4 del presente capitolo.

[133] Secondo TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 161 ss., il regime delle utilizzazioni libere già fornisce una prima (parziale) soluzione al problema della carenza delle fattispecie incriminatrici in materia sul piano dell'offensività. Ritiene, invece,

riflettono direttamente sui reati di pirateria in quanto integranti, in negativo, il requisito di illiceità speciale dell'assenza del diritto alla riproduzione[134]. È pacifico, infatti, che lungi dal venire in rilievo le fattispecie scriminanti degli artt. 50 e 51 cod. pen., l'esistenza di una autorizzazione, prevista *ex lege* o rilasciata dal titolare del diritto d'autore, determini il venir meno del carattere abusivo della condotta e quindi la mancata integrazione del fatto tipico di reato.

Riveste un ruolo di particolare interesse, soprattutto per l'opera audiovisiva, la c.d. eccezione di copia privata di cui agli artt. 71-*sexies* – 71-*octies* L.D.A. Il legislatore, infatti, nel consentire all'art. 71-*sexies* L.D.A. [135] la riproduzione privata da parte di una persona fisica di fonogrammi e videogrammi per uso esclusivamente personale e senza scopo di lucro, ha

---

RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *AIDA*, 1996, p. 115 ss., in una prospettiva più generale, che l'equilibrio fornito dal regime delle libere utilizzazioni sia perennemente instabile: se, da un lato, la libera circolazione delle informazioni e delle opere culturali alimenta la ricerca, l'insegnamento e il tessuto democratico della società contemporanea, il timore degli autori di subire un'erosione del compenso derivante dalla propria attività creativa è altrettanto costituzionalmente giustificato e sorretto dalle norme che riconoscono un'adeguata retribuzione per il lavoro artistico svolto. Per non parlare poi del fatto, sottolinea l'A., che gli autori sono sempre affiancati, se non talora sostituiti, dai loro aventi causa, dai titolari di diritti connessi sulle opere, dalle imprese di produzione e, da ultimo, dai distributori.

[134] L'elemento positivo costruito negativamente viene definito dagli artt. 171 ss. L.D.A., a seconda della condotta incriminata, attraverso le formule "*senza averne il diritto*", "*abusivamente*", "*in assenza di accordo*".

[135] L'art. 71-*sexies* L.D.A. recita:

«1. E' consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*.

2. La riproduzione di cui al comma 1 non può essere effettuata da terzi. La prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione soggetta alle disposizioni di cui agli articoli 13, 72, 78-*bis*, 79 e 80.

3. La disposizione di cui al comma 1 non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione dei pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo *102-quater* ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.

4. Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti».

operato, in attuazione della normativa comunitaria[136], un bilanciamento degli interessi in gioco. Non potendo, infatti, controllare le riproduzioni private ad uso personale e non potendo, perciò, introdurre strumenti sanzionatori che si rivelerebbero del tutto inefficaci, ha previsto che vi sia il pagamento di un compenso da parte dei produttori e dei distributori dei supporti (analogici o digitali) direttamente agli autori e ai produttori delle opere originali incorporate, quali titolari di diritti sulle stesse, per il tramite della SIAE (artt. 71-*octies* e 71-*nonies* L.D.A.)[137].

L'ambito applicativo dell'eccezione in esame è, inoltre, circoscritto e delimitato dal III comma dello stesso art. 71-*sexies* L.D.A., venendo meno il regime di libera riproduzione privata, ad esempio, per le opere fruibili *on demand* o tramite accesso *pay per view*[138], con conseguente slittamento di simili condotte nell'area del penalmente rilevante in quanto non autorizzate e poste in essere "senza averne il diritto".

4. Un'analisi critica dell'attuale assetto panpenalistico in materia.

Venendo a una lettura più ravvicinata delle fattispecie di pirateria audiovisiva, non stupisce così tanto la reazione di quella dottrina che, in tempi recenti, ha rilevato negli articoli 171 ss. L.D.A. un vero e proprio "pan-penalismo inquietante"[139], imputabile a ripetuti interventi novellistici che si sono sovrapposti gli uni agli altri, nel tentativo, da un lato, di tenere il passo con le nuove forme di violazione del diritto d'autore, dall'altro di mediare tra

---

[136] In piena aderenza all'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, nel procedimento C-435/12 (in *www.dirittoegiustizia.it*) in relazione all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2001/29/CE che, secondo «dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale […] che non fa distinzione tra la situazione in cui la fonte a partire dalla quale una riproduzione per uso privato è realizzata è legale e la situazione in cui tale fonte è illegale».

[137] Cfr., per un'analisi più approfondita, D'AMMASSA, *La copia privata (artt. da 71-sexies a 71-octies)*, in *www.dirittodautore.it*, 2014.

[138] Si rinvia, per un approfondimento interpretativo del III comma dell'art. 71-*sexies*, a MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 200.

[139] In questi termini BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona*, cit., 71 ss., secondo il quale «il solo art. 171-*ter* è una "federazione" di reati, affastellati l'uno all'altro senza confini certi».

interessi contrapposti. Perciò è quanto mai utile e attuale soffermarsi, nel corso dell'analisi delle principali fattispecie in materia, sugli aspetti di maggior criticità e problematicità ravvisabili.

Il primo dato che colpisce all'interno del coacervo di disposizioni di diritto penale della L.D.A. è la presenza di una serie di richiami e clausole di riserva espressa[140], conseguenza anche di un processo riformistico frammentato e caotico, purtroppo frequente nella prassi seguita dal legislatore italiano.

L'art. 171 L.D.A. si è, infatti, trasformato in fattispecie residuale, che trova applicazione solo nelle ipotesi in cui non si integrino le figure criminose di cui agli artt. 171-*bis* e 171-*ter* L.D.A. La contravvenzione prevista dall'art. 171-*quater* L.D.A., invece, che sanzionava penalmente, fino alla recente depenalizzazione[141], solo due tipologie di condotta, cioè la concessione in noleggio di opere tutelate e la fissazione su supporto di prestazioni artistiche, ove poste in essere abusivamente e ai fini di lucro, trovava applicazione «salvo che il fatto costituisca più grave reato», ponendosi perciò anch'essa ai margini come ipotesi residuale rispetto alle due fattispecie delittuose che la precedono. Infine, l'art. 173 L.D.A. completa la struttura architettonica della normativa in esame, riconoscendo a tutte le fattispecie incriminatrici che lo precedono carattere sussidiario rispetto ad altri reati più gravi previsti dall'ordinamento[142].

Sempre sul piano della tecnica normativa, è interessante rilevare come le fattispecie in esame ricolleghino la sanzione penale a un precetto caratterizzato

---

[140] Sulla sostanziale irrilevanza delle clausole in questione, trovando già applicazione il principio di specialità, cfr. ALESSANDRI, *Sub artt. 171 – 174 l.a.*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza* (a cura di MARCHETTI – UBERTAZZI), Padova, 2007, p. 1929 ss. Per un'analisi più ampia della portata e del ruolo delle "clausole di riserva" in diritto penale, si rinvia ad ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed., Milano, 2003, p. 152 e ss; GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, p. 220 ss.; MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 480; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 182 ss.

[141] Depenalizzazione attuata dal D. Lgs. 15 gennaio 2016, n.8.

[142] L'art. 173 L.D.A. è costituito da un'unica clausola di sussidiarietà in base alla quale «le sanzioni previste negli articoli precedenti si applicano quando il fatto non costituisce reato più grave previsto dal codice penale o da altre leggi».

da rinvii a norme e definizioni extrapenali[143]. Come si è già avuto modo di anticipare nel corso della presente trattazione, le condotte tipiche previste dai reati in questione sono, infatti, connotate, sul piano oggettivo, dal carattere "abusivo" e dall'assenza del diritto (in forma di autorizzazione *ex lege* o consenso del titolare) di sfruttare e utilizzare una data opera[144].

Analizzando più nel dettaglio le fattispecie, emerge chiaramente come il legislatore ricorra a diverse tecniche di rinvio, in alcuni casi limitandosi a innestare nella fattispecie penale un elemento normativo (come avviene per gli incisi "senza averne diritto" e "abusivamente" utilizzati negli artt. 171 – 171-*quater* L.D.A.), in altri sostituendo l'intero precetto con la norma extrapenale richiamata, dando luogo a vere e proprie norme penali in bianco. Si possono prendere in esame, quali precetti quasi per intero rinvianti ad altra norma, la condotta di introduzione e messa in commercio di esemplari "prodotti all'estero contrariamente alla legge italiana" (art. 171, co. I, lett. a) e la ritrasmissione o registrazione di opere radiofoniche "in violazione dell'art. 79", disposizione che disciplina i diritti delle emittenti radiotelevisive, (art. 171, co. I, lett. f).

Va, inoltre, riconosciuto come il linguaggio adottato nella descrizione dei reati, soprattutto in riferimento alle condotte tipiche, richieda, per essere adeguatamente interpretato, la conoscenza di alcune terminologie coniate in sede extrapenale, contenute sempre all'interno della normativa sul diritto d'autore, pur non trattandosi di veri e propri elementi normativi.

Così, la condotta di comunicazione al pubblico di un'opera deve essere interpretata alla stregua dell'art. 16 L.D.A., in base al quale può avvenire attraverso "l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radiodiffusione, la televisione ed altri mezzi analoghi"[145], e comprende altresì la comunicazione "via satellite e la

---

[143] Sul punto convengono PICOTTI, *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004, p. 21 ss. e FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 510 ss.

[144] Per la ricostruzione dell'abusività delle condotte in esame quale elemento positivo costruito negativamente e per le conseguenze in materia di errore, cfr. il precedente cap. II, § 4.

[145] CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Milano, 2005, p. 165 ss. mette in luce, in chiave critica, come la stessa terminologia adottata sul punto dal legislatore si

ritrasmissione via cavo, nonché quella codificata con condizioni di accesso particolari" e "la messa disposizione del pubblico […] in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente" [146]; parimenti per le definizioni di "satellite" e "comunicazione via satellite", occorre fare riferimento all'art. 16-*bis* L.D.A.; la condotta di distribuzione e quella di noleggio sono, invece, puntualmente descritte, rispettivamente, dagli artt. 17 e 18-*bis* L.D.A.

Le esemplificazioni sopra riportate evidenziano profili di criticità della materia anche sul piano della tassatività. Ciò non tanto per l'abbondante ricorso alla tecnica del rinvio a norme extrapenali[147], nelle diverse forme e accezioni brevemente analizzate, quanto per la particolare necessità di garantire e mantenere una certa coerenza e "sistematicità", interpretativa e applicativa, all'intero settore del diritto d'autore, soprattutto nel corso dei numerosi interventi normativi che hanno interessato la legge in questione.

Mutuando un valido approccio metodologico, si possono distinguere nella fitta e intricata normativa in esame, da un lato le fattispecie che tutelano in modo "diretto" il diritto d'autore e i diritti connessi, nelle sua duplice componente, patrimoniale e morale, dall'altro una serie di figure di reato che sanzionano condotte prodromiche o il mancato rispetto di obblighi e procedure

---

riveli, poi, approssimativa e meramente esemplificativa, soprattutto a fronte della costante evoluzione dei mezzi informatici.

[146] Ritiene correttamente FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 214 che il soggetto che erri sui limiti della messa a disposizione del pubblico tramite immissione in un sistema di reti telematiche (art. 171, co. I, lett. a-*bis*), ritenendo che sia penalmente incriminato il solo *upload* su un sito e non anche la condivisione tra più utenti tramite *peer to peer* e *file sharing*, versi in un'indubbia ipotesi di errore sul precetto penale, non scusabile *ex* art. 5 cod. pen., non potendosi escludere la punibilità *ex* art. 47, co. III cod. pen.

[147] Si veda, a titolo esemplificativo, Corte Cost., 20 luglio 1995, n. 414, in *www.giurcost.org*, secondo cui «il rinvio, anche implicito, ad altre fonti o ad esterni contrassegni naturalistici non viola il principio di legalità della norma penale – ancorché si sia verificato mutamento di quelle fonti e di quei contrassegni rispetto al momento in cui la legge penale fu emanata – una volta che la reale situazione non si sia alterata sostanzialmente, essendo invece rimasto fermo lo stesso contenuto significativo dell'espressione usata per indicare gli estremi costitutivi delle fattispecie ed il disvalore della figura criminosa».

di natura amministrativa, strumentali all'esercizio delle funzioni di determinati enti [148].

4.1. Tutela penale "diretta" dell'opera audiovisiva.

Volendo organizzare le fattispecie che tutelano direttamente le opere dell'ingegno attraverso uno o più criteri logici, pur con la consapevolezza che sia mancato un piano sistematico di riordino, può essere utile prendere in esame il criterio dell'oggetto giuridico di tutela ma, come si spiegherà meglio nel presente paragrafo, non è il solo.

L'art. 171 L.D.A. è in assoluto la norma di settore che è stata meno toccata dagli interventi normativi che nel tempo si sono susseguiti per consentire un adeguamento alle nuove tecnologie e alle conseguenti nuove esigenze di tutela. Viene perciò considerata una vera e propria norma di chiusura del sistema[149], tanto ampia da poter ricomprendere, nelle intenzioni del legislatore, tutte le condotte potenzialmente lesive del diritto d'autore ritenute penalmente sanzionabili.

La norma richiamata è quasi perfettamente simmetrica rispetto all'elencazione, contenuta agli artt. 12 – 24 L.D.A., dei diritti di utilizzazione economica e dei diritti morali sull'opera di titolarità originaria degli autori. Il legislatore ha sostanzialmente tradotto in termini penalistici le diverse facoltà di cui si compone il diritto d'autore, formulando un macro-reato a tutela proprio dell'autore e dell'opera, peraltro svincolando le condotte da un qualsiasi *animus lucrandi*, invece richiesto dagli artt. 171-*bis* e 171-*ter* L.D.A.

La scelta del legislatore di relegare le condotte di cui all'art. 171 L.D.A. a una sfera pressoché bagatellare, data la sanzione decisamente modesta, rispetto alle sanzioni più gravi dettate per i reati di cui agli artt. 171-*bis* e 171-*ter* L.D.A., è indice del riconoscimento di una maggior rilevanza, in termini penalistici, agli

---

[148] Per questa utile ripartizione si rinvia a FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 510 ss.

[149] Si veda BONELLI, *La tutela penalistica, in particolare on-line, del diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 2004, p. 483 ss.

interessi collegati alla commercializzazione di determinate opere dell'ingegno[150]. Più esattamente, com'è stato rilevato da un'autorevole dottrina, il legislatore ha ritenuto necessario differenziare, anche sul piano sanzionatorio, due modalità di lesione: le fattispecie punite dall'art. 171 L.D.A., infatti, manifestano il proprio contenuto lesivo nella direzionalità pubblica delle condotte che, nel mettere a disposizione del pubblico l'opera, pregiudicano il diritto di privativa dell'autore[151]; gli artt. 171-*bis* e 171-*ter*, invece, sono ancorati, rispettivamente, ai requisiti del fine lucrativo e del profitto[152], nella veste di dolo specifico delle fattispecie, per tutelare i diritti di esclusiva economico-patrimoniale da aggressioni concorrenziali illecite[153].

Ferme restando le considerazioni che precedono, occorre ricordare come il primo dato distintivo tra le fattispecie in esame sia proprio la diversa delimitazione dell'oggetto giuridico di tutela: a fronte della previsione generica dell'art. 171 L.D.A., in astratto applicabile nelle ipotesi di offesa a qualsiasi opera dell'ingegno, le norme incriminatrici successive sono state rispettivamente introdotte, l'art. 171-*bis* per tutelare il programma per elaboratore, cioè il *software* e le banche dati, l'art. 171-*ter* per una serie di opere più strettamente artistiche, tra cui l'opera audiovisiva[154].

---

[150] Sul punto cfr. SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, cit., p. 74 ss., secondo il quale la ridotta funzione generalpreventiva dell'art. 171 L.D.A. è, altresì, dettata dall'esigenza di mantenere in prima linea, in risposta a condotte prive di una spiccata lesività sul fronte economico e commerciale, gli strumenti di tutela civilistica.

[151] *Ibidem*, p. 76 ss. Secondo l'A. le attività ricomprese nell'art. 171 L.D.A., incentrate principalmente sul concetto di messa a disposizione del pubblico, si pongono come lesive delle prerogative dell'autore relative alla diffusione – *an* e *quomodo* – della propria opera.

[152] Sulla distinzione tra finalità di lucro e di profitto, cfr. GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, cit., pp. 414–415 e MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 81 ss.

[153] Come rilevato da FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 219, la tecnica del dolo specifico consente di «incriminare anticipatamente comportamenti che si considerano penalmente rilevanti prima che producano gli eventi o i risultati esteriori, ai quali tenderebbero». Più in generale, sulla funzione del dolo specifico di puntualizzare la tipicità oggettiva del fatto descritto, cfr. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 505 ss.

[154] In particolare, l'art. 171-*ter* L.D.A. si riferisce a: «opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio», «dischi, nastri o supporti analoghi ovvero ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento» e «opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali, ovvero multimediali». FLOR, *op. cit.*, p. 233 riconduce il rapporto tra art. 171 e art. 171-

Lasciando da parte l'art. 171-*bis* che poco ci interessa ai fini della presente trattazione, va analizzata meglio la portata dell'art. 171-*ter*[155], norma introdotta proprio con lo scopo, esplicitato dal legislatore, di combattere la pirateria audiovisiva[156].

Su un piano strutturale, è interessante soffermarsi preliminarmente sull'architettura dell'art. 171-*ter* che, in modo non diverso dalle altre norme topograficamente contigue, ricollega molteplici condotte alla medesima previsione sanzionatoria, ponendosi il problema della configurabilità di una norma a più fattispecie (quindi un unico reato) o di disposizione a più norme (una pluralità di reati), con conseguente applicabilità o meno della disciplina sul concorso di reati[157].

Senza addentrarsi in questioni troppo astratte che ci allontanerebbero dalla ricerca di soluzioni interpretative di immediata applicazione, si può cercare la risposta al quesito dell'alternatività o meno delle condotte in esame direttamente tra le pieghe del diritto, *id est* tra i commi dell'art. 171-*ter* L.D.A.

Per quanto riguarda le molteplici condotte collocate all'interno di una stessa lettera dell'art. 171-*ter* L.D.A. – si pensi alla lett. a) che sanziona chiunque "abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico" – si può agevolmente sostenere che vi sia una sostanziale omogeneità tra di esse già sul piano del disvalore sociale e, conseguentemente, di quello penale, com'è ormai

---

ter L.D.A. allo schema della "specialità per specificazione", potendosi rappresentare le due fattispecie come cerchi concentrici, in cui l'art. 171-*ter* è un sottoinsieme dell'altra norma.

[155] Peraltro, come giustamente osserva BONELLI, *La tutela penalistica, in particolare on-line, del diritto d'autore*, cit., p. 492, l'art. 171-*ter* è per molti aspetti sovrapponibile, quanto alla struttura, all'art. 171-*bis*, fatta eccezione per il requisito della finalità di uso non personale, dal momento che la copia privata è consentita *ex* art. 71-*sexies* L.D.A. per fonogrammi e videogrammi (cfr. precedente nota n. 136), mentre è sottoposta a limiti molto stringenti per i programmi per elaboratore (si vedano gli artt. 64-*ter* e 64-*quater* L.D.A.).

[156] Cfr. l'art. 1 della L. n. 128 del 2004 (legge di conversione del "Decreto Urbani", D.L. n. 72 del 2004, che ha introdotto l'art. 171-*ter* nella L.D.A.) che fa espresso riferimento a «interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo».

[157] Cfr., per un'analisi della problematica in generale, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, p. 60 ss.; MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., p. 177 ss.; PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, voce in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 545 ss.; PROSDOCIMI, *Concorso di reati e di pene*, voce in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 514 ss.

pacifico anche per altre fattispecie previste dal diritto penale complementare[158]. L'integrazione di più condotte tipiche appartenenti alla categoria indicata da parte dello stesso agente nel medesimo contesto fattuale e temporale, quindi, non fa venire meno l'unitarietà del reato, escludendosi l'applicabilità del concorso formale di reati[159]. Siamo, perciò, in casi come questo di fronte a una norma a più fattispecie (o norma mista alternativa[160]).

Diverso è, invece, il ragionamento da farsi in merito al rapporto sussistente tra condotte incriminate in diverse lettere del medesimo art. 171-*ter*. Già su un piano strettamente letterale e sistematico, la scelta legislativa di dividere e disciplinare sotto diverse lettere le condotte in esame non può essere ignorata, così come deve tenersi conto della descrizione, in ciascun alinea, di veri e propri fatti di reato che si differenziano per l'oggetto materiale. Perciò prendendo in esame il rapporto tra le lett. a) e b) e tra le lett. c) e d) della norma richiamata, che a fronte di condotte sovrapponibili si differenziano per l'opera dell'ingegno tutelata, emerge chiaramente come l'art. 171-*ter* assuma le vesti di una disposizione a più norme (o norma mista cumulativa), trovando piena applicazione tanto la disciplina del concorso formale quanto quella del concorso materiale[161].

---

[158] Si pensi all'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n.309 che sanziona «chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope […]» e che, per giurisprudenza ormai consolidata (cfr., *ex multis*, Cass. Pen., sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 9477, in *C.E.D.* n. 246404), prevede una fattispecie a condotte alternative.

[159] Si vedano sul punto FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 230 ss. e MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 85 ss.

[160] Si rinvia, anche per la chiarezza espositiva in merito alle categorie dogmatiche richiamate, a MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Milano, 2012, p. 465 ss., per il quale l'unitarietà del reato nelle norme a più fattispecie si ricava agevolmente dall'incidenza dei fatti costituiti da condotte alternative sul medesimo bene giuridico, seppur con diversi gradi (come nel reato di danneggiamento) o diverse modalità (come nel rapporto tra bancarotta patrimoniale e bancarotta documentale) di offesa.

[161] Sulla configurabilità del concorso di reati in presenza di oggetti materiali della condotta autonomi e diversi, si rinvia, in giurisprudenza, a Cass. Pen., sez. II, 26 febbraio 2004, n. 15402, in *C.E.D.* n. 228827 e Cass. Pen., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1353, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2390 ss.

4.1.1. L'immissione abusiva dell'opera audiovisiva in un sistema di reti telematiche.

Le fattispecie che in modo più circoscritto sanzionano penalmente la pirateria digitale e telematica, cioè quella avente ad oggetto l'opera dell'ingegno in formato digitale e che si avvalga di strumenti telematici di duplicazione e diffusione, sono descritte dall'art. 171, co. I lett. a-*bis*) e dall'art. 171, co. II lett. a-*bis*) L.D.A.[162].

Le condotte tipiche descritte dalle due norme sono pressoché identiche sul piano oggettivo[163], avendo come nucleo comune l'immissione dell'opera in un sistema di reti telematiche, al fine di incriminare direttamente l'attività di *file sharing*[164] attraverso cui vengono condivise in rete le opere dell'ingegno, perlopiù musicali e audiovisive, tramite *uploading* e *downloading* da parte degli utenti[165].

A fronte di una condotta comune considerata dall'orientamento maggioritario come vincolata[166], le due fattispecie si pongono, invece, sul piano dell'elemento soggettivo, in un rapporto di specialità, essendo caratterizzate quella di cui all'art. 171 L.D.A. da un dolo generico e quella di cui all'art. 171-*ter*

---

[162] La lett. a-*bis*) dell'art. 171, co. I è stata introdotta dalla L. n. 43 del 2005, che ha anche modificato la seconda fattispecie richiamata.

[163] *Rectius* la "messa a disposizione" tramite immissione dell'opera dell'ingegno in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere (sanzionata dall'art. 171, co. I lett. a-*bis*) si configura come una delle molteplici tipologie di "comunicazione al pubblico" tramite immissione dell'opera in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere (di cui all'art.171-*ter*, co. II lett. a-*bis* L.D.A.).

[164] Per un approfondimento delle tipologie di *file sharing* e del funzionamento dei sistemi *client – server* e *peer-to-peer* (p2p), si rinvia a FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., pp. 335 – 342.

[165] Fermo restando che il solo *download* e lo *streaming*, se non accompagnati da conseguente immissione in rete per la condivisione con altri utenti, non integrano condotte penalmente rilevanti. Osserva correttamente MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 111, che «mentre il *download* rende disponibile l'opera ad un utente determinato e specifico, l'*upload* rende di fatto possibile una divulgazione dell'opera nei confronti di una platea potenzialmente enorme di soggetti e, dunque, pur essendo condotta prodromica rispetto alla prima è connotata da una maggiore pericolosità». Sull'aumento della fruizione in *streaming* rispetto al *download*, si veda l'interessante analisi di TOSI, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Diritto degli Audiovisivi* (a cura di TOSI – BASSAN), Milano, 2012, p. 72 ss.

[166] Oltre alla connotazione della condotta vincolata, le due fattispecie in esame sono qualificate a tutti gli effetti come reati formali, privi di evento naturalistico: si veda sul punto Trib. Genova, 13 luglio 2012, n. 3443, in *Dir. Aut.*, 2013, p. 77 ss. (con nota di MASSONE, *Facebook contro Copyright*).

L.D.A. dal dolo specifico del fine di lucro e dell'uso non personale. Le risposte sanzionatorie sono notevolmente differenti, essendo prevista per il primo delitto, avente natura residuale, una multa irrisoria e per il secondo la reclusione, affiancata da una pena pecuniaria più grave[167].

Perciò, da un'analisi strutturale e un raffronto complessivo delle due fattispecie risulta confermata la natura residuale e di norma di chiusura dell'art. 171 L.D.A. rispetto alle successive fattispecie, che sanzionano invece fatti connotati da un maggiore disvalore penale, soprattutto sul piano soggettivo caratterizzato da un atteggiamento psicologico dell'agente finalisticamente orientato e prodromico al conseguimento di profitti e guadagni illeciti.

Strettamente connesso alla delimitazione delle due fattispecie di "immissione abusiva in rete" è il problema della rilevanza penale del contributo causale dei siti *web* che diffondano o mettano a disposizione degli utenti *link* che rinviano ad altri siti, fonti o *server* pirata che consentano la fruizione e l'eventuale *download* di contenuti audiovisivi senza autorizzazione e senza il pagamento di corrispettivi.

Nel periodo immediatamente successivo all'introduzione delle fattispecie, infatti, la Cassazione[168], annullando un'ordinanza emessa dal Tribunale di Milano in sede di riesame, ritenne esistente ai fini cautelari il *fumus* di un'ipotesi di concorso *ex* artt. 171, co I, lett. a–*bis*) L.D.A. e 110 cod. pen. per aver alcuni siti *web* italiani messo a disposizione degli utenti un *link* e un *software* appositamente concepito per collegarsi a *server* cinesi e poter visualizzare partite del campionato di calcio su cui Sky Italia deteneva i diritti di esclusiva.

Il caso Sky – Calciolibero (questo il nome di uno dei due portali italiani chiusi), con una sentenza dalle motivazioni discutibili e, a ben guardare, approssimativa e confusa nell'individuazione dei termini della questione[169],

---

[167] Secondo FLOR, *Tutela penale e autotutela* tecnologica, cit., p. 350, il diverso regime sanzionatorio appare sproporzionato, dato che il nucleo offensivo delle due fattispecie è parzialmente comune.

[168] Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2006, n. 33945, in *Dir. e Giust.*, 2006, p. 36 ss. (con nota di NATALINI, *Internet, chi fornisce link per eludere i diritti Tv concorre nel reato*).

[169] Si legge nella sentenza che secondo la Cassazione «gli indagati hanno agevolato, attraverso un sistema di guida *on line*, la connessione e facilitato la sincronizzazione con l'evento sportivo;

impone ora di affrontare la complessa problematica della responsabilità penale dell'*Internet Service Provider*.

4.1.2. Segue: la (ir)responsabilità penale dell'*Internet Service Provider.*

Costituendo la connessione a una rete telematica una specifica nota interna delle condotte sanzionate dalle norme incriminatrici di cui alle lettere a-*bis*) degli articoli 171, co. I e 171-*ter*, co. II L.D.A., dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sugli eventuali profili di responsabilità penale dell'*Internet Service Provider* (*ISP*) che fornisca il servizio di connessione a coloro che commettono reati contro il diritto d'autore.

Trattandosi di una materia decisamente complessa, occorre procedere con ordine, partendo dalla distinzione tra le diverse tipologie di *ISP* operata dal D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70[170]. Gli artt. 14, 15 e 16 del Decreto legislativo richiamato individuano tre forme di prestatori di servizi di connessione a *Internet* a seconda dell'attività effettivamente svolta: il c.d. *mere conduit* (o *access provider*) che si limita a trasportare le informazioni, il c.d. *caching* che memorizza in modo automatico e temporaneo le informazioni e il c.d. *hosting*, che memorizza informazioni fornite dal destinatario del servizio locando a quest'ultimo uno spazio sul proprio *server*.

Un primo tentativo di (ri)costruzione della responsabilità penale degli *ISP*, respinto dall'unanimità della dottrina per il ricorso allo strumento dell'analogia[171], da ritenersi sicuramente vietata perché *in malam partem*, è stato costituito dall'applicazione del regime di responsabilità per colpa previsto dagli

---

senza l'attività degli indagati, non ci sarebbe stata, o si sarebbe verificata in misura minore, la diffusione delle opere tutelate. Gli indagati, pur non avendo compiuto l'azione tipica, hanno posto in essere una condotta consapevole avente efficienza causale sulla lesione del bene tutelato […] ben potendo il concorso esplicarsi in in una condotta estemporanea, sopravvenuta a sostegno della azione di terzi anche alla insaputa degli altri agenti». Per una critica del percorso argomentativo della pronuncia riportato, cfr. MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 113.

[170] Attuativo della direttiva europea 2000/31/CE sul commercio elettronico.

[171] Si vedano MORRA, *op. cit.*, p. 116, che mette peraltro in evidenza la differenza strutturale e "ontologica" tra la stampa e le informazioni contenute sui server; SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. Inf.*, 1998, p. 751 ss.; TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 185.

artt. 57 e 57 *bis* cod. pen. in capo a direttore e vicedirettore responsabile (e all'editore e allo stampatore) per l'omesso esercizio del controllo sul contenuto del periodico al fine di impedire il compimento di reati con il mezzo della stampa.

Più complessa è la questione relativa alla configurabilità, in applicazione dei principi generali del diritto penale e in particolare delle clausole estensive della punibilità di cui agli artt. 110 e 40, co. II cod. pen., di una responsabilità dell'*ISP* di natura concorsuale e/o per omissione impropria.

Per quanto riguarda la possibile rilevanza penale della condotta dell'*ISP* in termini di contributo concorsuale atipico, attraverso il meccanismo di innesto dell'art. 110 cod. pen. sulle singole fattispecie incriminatrici monosoggettive previste dalla L.D.A., una parte della dottrina[172] ha ritenuto che la condotta di fornitura del servizio di collegamento a *Internet* e, *a fortiori*, quella di memorizzazione effettuata dai *caching* e *hosting provider*, possano essere connotate sul piano materiale da una portata causale, o quanto meno agevolatrice, rispetto alla commissione di tutti i reati informatici, compresi quelli contro il diritto d'autore.

Com'è stato, tuttavia, correttamente rilevato dalla dottrina maggioritaria[173], risulta difficile attribuire rilevanza causale, già soltanto sul piano oggettivo, alle condotte in esame in applicazione di una teoria condizionalistica pura che le sanzioni solamente in quanto antecedenti logici e imprescindibili della conseguente immissione abusiva in *Internet* dell'opera dell'ingegno. Ad ogni modo, pur volendo riconoscere una qualche rilevanza causale *ex* art. 110 cod. pen. alla condotta del mero prestatore di servizi di connessione, l'elemento soggettivo del dolo non risulterebbe mai integrato. Diversa sarebbe la situazione, qualora si ravvisasse un collegamento, un vero e proprio *pactum*

---

[172] Così PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-provider in Italia*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1999, p. 501 ss.

[173] Si vedano, a titolo esemplificativo, FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., pp. 445–447 e MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., pp. 118–119, che giustamente osserva come nessuno abbia mai ipotizzato che i gestori di telefonia possano ritenersi responsabili, per la sola condotta di fornitura del servizio telefonico, di aver dato un apporto causalmente rilevante, sul piano materiale, alla commissione dei reati commessi col mezzo del telefono.

sceleris, tra l'*ISP* e il destinatario del servizio o qualora il *provider*, a conoscenza del contenuto e della natura illecita delle informazioni archiviate, ne agevolasse *l'upload* e la diffusione.

L'analisi della configurabilità di una responsabilità dell'*ISP* per omissione impropria *ex* art. 40, co. II cod. pen., cioè per non aver impedito la commissione di reati informatici o la loro protrazione attivandosi per rimuovere i contenuti illecitamente immessi in rete, deve partire nuovamente dalla lettura e interpretazione di una norma fondamentale del D. Lgs. 70/2003, l'art. 17.

La norma prevede espressamente, infatti, l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza da parte degli *ISP* sulle informazioni trasmesse o memorizzate e, altresì, l'assenza di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Non senza ambiguità e incertezze applicative, la stessa disposizione prevede poi al secondo comma per l'*ISP* un obbligo di informativa all'autorità giudiziaria o amministrativa, «qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione». Chiude infine il cerchio, complicando ulteriormente il quadro normativo, il terzo e ultimo comma dell'art. 17 D. Lgs. 70/2003, in base al quale scatta la responsabilità civile dell'*ISP* nelle ipotesi in cui non si conformi alle richieste provenienti dalle autorità rivolte a impedire l'accesso a contenuti illeciti o non ottemperi al richiamato obbligo di informativa una volta venuto a conoscenza delle attività o informazioni illecite[174].

Dall'interpretazione della norma richiamata potrebbe ricavarsi l'esistenza di una posizione di garanzia *ex* art. 40, co. II cod. pen. in capo all'*ISP* soltanto in caso di conoscenza effettiva dell'illiceità del contenuto delle informazioni trasmesse e memorizzate, perché solo in questa ipotesi l'*ISP* è tenuto a un

---

[174] Per un'interessante analisi delle discrasie e ambiguità, concettuali oltre che lessicali, desunte dalla lettura sistematica degli artt. 14, 15, 16 e 17 del D. Lgs. 70/2003, si rinvia a TOSI, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider*, cit., p. 115 ss. Emblematica delle criticità sottese al regime di irresponsabilità degli *ISP* sancito dal D. Lgs. 70/2003 è stata la pronuncia del Trib. Roma, 16 giugno 2011, ord. *P.F.A. c. Yahoo*, in *www.dimt.it*, sul caso del film "About Elly", la cui versione pirata era accessibile *online* attraverso il noto motore di ricerca *Yahoo*.

controllo di tipo attivo, cioè a comunicare il fatto alle autorità e conseguentemente adoperarsi per impedire la protrazione delle condotte criminose. La titolarità in capo al *service provider* di un potere-dovere di interferenza, seppur connesso e per certi versi dipendente dal provvedimento, giudiziario o amministrativo, di natura cautelare-inibitoria, legittimerebbe perciò, secondo alcuni, la ricostruzione di un'ipotesi di responsabilità penale a titolo di concorso tramite omissione per il mancato impedimento dei reati informatici[175].

Com'è stato, tuttavia, rilevato da una parte della dottrina, la lettura incrociata delle norme esaminate del D. Lgs. 70/2003 e dell'art. 1 della L. 21 maggio 2004, n. 128[176] sembra portare a tutt'altra conclusione, cioè ad escludere, quanto meno nel settore dei reati contro il diritto d'autore e in particolare in ambito audiovisivo, la responsabilità penale degli *ISP* per omissione. L'art. 1, co. VII della L. 128/2004 prevede, infatti, in maniera espressa e univoca, l'applicazione all'*ISP* di una sanzione amministrativa per violazione dell'obbligo di informativa e per non aver ottemperato al provvedimento dell'autorità che ordini di disporre il blocco all'accesso o la rimozione dei contenuti illeciti. Sembra, perciò, che la volontà del legislatore sia quella di prevedere profili di responsabilità civile e amministrativa a carico del *service provider*, non residuando tuttavia margini per la sanzione penale neanche come *extrema ratio*[177].

---

[175] Tesi sostenuta con fermezza da FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, pp. 458 – 460.

[176] Legge di conversione del D.L. 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo. In particolare, in base ai commi V e VI del citato art. 1:
«5. A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate.
6. A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica di cui al presente decreto, i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti, fatto salvo quanto previsto agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti medesimi».

[177] Si veda MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., pp. 120 – 121. Cfr. sul punto l'analisi di INGRASSIA, *Il ruolo dell'Isp nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in

Si tratta di un'interpretazione condivisibile e senz'altro più aderente ai principi del diritto penale, *in primis* proprio al principio di legalità e di materialità del fatto di reato e altresì al principio della responsabilità penale personale, non potendosi configurare un reato omissivo improprio in cui la posizione di garanzia non sia poi sorretta dalla dominabilità dell'evento da impedire. Peraltro, il riconoscimento di un esteso potere di controllo in capo agli *ISP* comporterebbe un inevitabile e pericoloso sbilanciamento del già precario equilibrio tra riservatezza e libertà di espressione degli utenti, da un lato, e tutela dei diritti di eventuali terzi lesi dai contenuti diffusi nella rete, dall'altro[178].

L'*ISP* va, invece, tenuto distinto dal c.d. *content provider* che, in quanto fornitore diretto di contenuti oltre che del servizio di connessione, può autonomamente o in concorso con altri porre in essere una delle condotte sanzionate di immissione abusiva in rete e, quindi, configurarsi come soggetto attivo, attraverso una condotta commissiva, delle richiamate fattispecie di cui agli artt. 171, co. I, lett. a-*bis*) e 171-*ter*, co. II, lett. a-*bis*) L.D.A.

In una posizione intermedia tra i *content provider* e gli *ISP* passivi (*mere conduit*, *caching* e *hosting*) si collocano gli *ISP* c.d. attivi, figure atipiche elaborate dalla giurisprudenza[179] per portare al di fuori della sfera del beneficio di irresponsabilità sancito dal D. Lgs. 70/2003, e quindi rendere sanzionabili, quei *provider* che tengano condotte attive facilmente inquadrabili nel paradigma

---

www.penalecontemporaneo.it, 2012, che esclude, per le stesse ragioni, anche la configurabilità di una responsabilità penale dell'*ISP* per favoreggiamento personale.

[178] Cfr. sul punto PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in internet*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, p. 379 ss.; SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, cit., p. 745 ss.; ZENO ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 1049 ss. Si veda, inoltre, una recente pronuncia della Corte di Giustizia, 27 marzo 2014, procedimento C-314/12, in *www.curia.europa.eu*, che, in merito alla conformità al diritto dell'Unione Europea di un'ingiunzione del giudice nazionale all'*ISP* al fine di bloccare l'accesso a un sito pirata, tenta un bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'informazione degli utenti e libertà d'impresa del *provider*.

[179] Si vedano Trib. Catania, 29 giugno 2004, n. 2286, in *Dir. Inf.*, 2004, p. 466 ss.; Trib. Milano, 2 marzo 2009, in *Dir. Inf.*, 2009, p. 521 ss. (ord. *RTI c. RCS*); Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Dir. Inf.*, 2010, p. 275 ss. (ord. *RTI c. YouTube*); Cass. Pen., sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49474 (con nota di MERLA), in *Dir. Inf.*, 2010, p. 437 ss. (caso *The Pirate Bay*); Cass. Pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107 (con nota di INGRASSIA), in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014 (caso *Google c. Vividown*).

della correità con gli autori dei contenuti illeciti immessi nel *web*[180]. Rientrano in questa categoria i *social network*, i motori di ricerca e i c.d. *User Generated Content* (aggregatori di contenuti caricati da terzi come *YouTube*) che svolgono, in parallelo all'immagazzinamento di informazioni e contenuti, anche attività di indicizzazione, selezione, organizzazione e filtraggio degli stessi, oltre a operazioni di raccolta pubblicitaria.

L'*ISP* attivo può perciò concorrere, materialmente o moralmente *ex* art. 110 cod. pen., nel reato commesso dal diretto *uploader* dei contenuti illeciti, nella misura in cui metta a disposizione degli utenti, attraverso *link* e *software* o *banner* incentivanti, informazioni utili per fruire direttamente dell'opera audiovisiva[181]. Il contributo atipico del *provider* attivo, al fine di integrare un'ipotesi concorsuale, dovrà tanto avere un'incidenza sul decorso causale tipico descritto dalle fattispecie di cui agli artt. 171 e 171-*ter*, quanto essere sorretto dal dolo di partecipazione[182].

4.2. Tutela penale "anticipata" e tutela "di funzioni".

A integrazione delle disposizioni che tutelano direttamente il diritto d'autore e i diritti a esso connessi, tanto sul piano delle pretese economico-patrimoniali quanto su quello del suo contenuto morale, il legislatore ha altresì introdotto fattispecie incriminatrici che operano, non senza criticità e impatti sul principio di necessaria offensività, un'anticipazione della tutela penale.

---

[180] Sull'ibridismo delle attività concretamente svolte dal *provider*, cfr. CAMINITI e TOMELLINI, *La responsabilità dei blogger*, in *Dir. ed Econ. dei Mezzi di Comunicaz.*, 2009, n. 2, p. 75 ss. e TOSI, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider*, cit., p. 121 ss.

[181] Com'è avvenuto nel noto caso "*The Pirate Bay*" (Cass., sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49474, cit.), trattandosi di un *provider* che svolgeva anche la funzione di aggregatore di *feed*, avvicinandosi alla figura del *content provider*.

[182] Come rileva correttamente FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 465, in applicazione dei principi in materia di concorso di persone, la fattispecie di cui all'art. 171-*ter*, co. II, lett. a-*bis*) L.D.A., connotata dal dolo specifico del lucro, richiede che la finalità lucrativa sia perseguita da almeno uno dei concorrenti, l'*uploader* o il *provider*, essendo necessaria e sufficiente la sola consapevolezza di tale finalità in capo all'altro.

Un primo gruppo di queste fattispecie è costituito dai reati posti a presidio delle c.d. misure tecnologiche di protezione (MTP)[183], introdotte in Italia con il D. Lgs. n. 68 del 2003, in attuazione della Direttiva 2001/29/CE. In particolare la novella del 2003 ha modificato la fattispecie di cui alla lett. d) dell'art. 171-*ter* L.D.A. che sanziona le condotte di utilizzo dell'opera tutelata priva del contrassegno SIAE[184] e ha introdotto i reati di cui alle lett. f-*bis*) e h) della stessa norma, che sanzionano, rispettivamente, alcune condotte prodromiche all'elusione delle misure tecnologiche e la rimozione o alterazione delle c.d. informazioni elettroniche sul regime dei diritti, che servono a identificare opera, materiale protetto autore e altri titolari di diritti[185].

Possono essere ricondotte a questo primo gruppo l'attività di vendita e promozione commerciale di dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto (lett. f), art. 171-*ter* L.D.A.) e la fattispecie di cui all'art. 171-*octies* L.D.A.,

---

[183] L'art. 102-*quater* L.D.A., introdotto dal richiamato D. Lgs. n. 68 del 2003, definisce le misure tecnologiche di protezione come «tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti». Si tratta di misure riconducibili ai *Digital Rights Management* (*DRM*), nozione che indica un sistema di distribuzione e fruizione di contenuti digitali assistito da protezioni tecnologiche, *software* o *hardware*. Per un approfondimento dei *DRM*, si rinvia a CASO, *Digital rights management*, Padova, 2004.

[184] La norma punisce chiunque per uso non personale e a fini di lucro «detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato».

[185] È punito chiunque «f-*bis*) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. Fra le misure tecnologiche sono comprese quelle applicate, o che residuano, a seguito della rimozione delle misure medesime conseguentemente a iniziativa volontaria dei titolari dei diritti o ad accordi tra questi ultimi e i beneficiari di eccezioni, ovvero a seguito di esecuzione di provvedimenti dell'autorità amministrativa o giurisdizionale;

h) abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche di cui all'articolo 102-*quinquies*, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse».

che sanziona «chiunque a fini fraudolenti produce, pone in vendita, importa, promuove, installa, modifica, utilizza per uso pubblico e privato apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato[186] effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale».

Il disvalore penale di tutte le fattispecie in esame consiste, come si evince dalla loro lettura sistematica, nella messa in pericolo di un *quid* (il contrassegno, il codice, le informazioni criptate) posto a tutela del bene o interesse giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Il legislatore ha, perciò, scelto una forma accentuata di anticipazione della tutela, arretrando la soglia della rilevanza penale a condotte meramente prodromiche che, lungi dal presentarsi come univoche e finalisticamente orientate a recare offesa al diritto d'autore, costituiscono meri presupposti di successive ed eventuali condotte lesive (di danno o di pericolo) [187].

Si tratta di fattispecie da alcuni inquadrate nel complesso e controverso paradigma dei reati di pericolo indiretto[188] che sanzionano un "pericolo del pericolo", cioè incidono direttamente su un oggetto materiale che è indirettamente collegato all'interesse o bene giuridico tutelato che potrebbe in un secondo momento essere conseguentemente leso. La dottrina che ne ammette l'esistenza ritiene che l'incriminazione del pericolo indiretto possa considerarsi legittima solo ove strumentale a tutelare interessi di rango

---

[186] Per "trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato" si intendono «tutti i segnali audiovisivi trasmessi da emittenti italiane o estere in forma tale da rendere gli stessi visibili esclusivamente a gruppi chiusi di utenti selezionati dal soggetto che effettua l'emissione del segnale, indipendentemente dalla imposizione di un canone per la fruizione di tale servizio».

[187] FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 371 ritiene che le condotte sanzionate abbiano un mero significato "indiziario".

[188] Per una classificazione dei reati di pericolo indiretto e dei c.d. reati ostativi (che comprenderebbero i reati di possesso e si differenzierebbero, in parte, dai reati di sospetto), si veda MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., pp. 208–209 e pp. 217–218. In particolare l'A. ritiene che i reati di pericolo indiretto siano figure incostituzionali non riconducibili ai reati di pericolo, poiché il pericolo che li caratterizza non può in alcun modo qualificarsi come una probabilità lesiva, né concreta né astratta o presunta. Per un approfondimento, più in generale, della problematica dell'anticipazione della tutela penale e dei reati di pericolo e di attentato, si rinvia a CANESTRARI, *Reati di pericolo*, voce in *Enc. Giur.*, Roma, XXVI, 1991, p. 6 ss.; GALLO E., *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, p. 8 ss.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, p. 689 ss.

primario e qualora le condotte penalmente rilevanti non siano troppo distanti dal possibile evento giuridico di effettiva lesione[189].

La descrizione normativa, peraltro, risulta carente sul piano della determinatezza e della precisione della fattispecie, soprattutto se si guarda alla fattispecie di cui alla lett. f-*bis*) dell'art. 171-*ter*, che fa ricorso al concetto di «prevalente finalità o uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater*» o richiede che i servizi illeciti offerti siano «principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure».

Di fronte a un'evidente erosione dei fondamentali capisaldi del diritto penale moderno, tra cui il principio di materialità del fatto di reato e il principio di necessaria offensività, sorge allora spontaneo interrogarsi sulla concreta necessità e sull'opportunità di prevedere la sanzione penale anziché in posizione di *extrema ratio*, quale avamposto di difesa per forme di (auto)tutela privatistica – le misure tecnologiche di protezione – che già di per sé per la loro stessa funzione fisiologica consentono di intervenire anticipatamente su possibili violazioni rispetto alla sanzione giuridica, civile amministrativa o penale.

Peraltro, per quanto riguarda il contrassegno della SIAE[190], sono stati formulati seri dubbi sulla legittimità della richiamata fattispecie di cui alla lett. d) dell'art. 171-*ter* L.D.A., posto che il rilascio del contrassegno non è subordinato a un esame approfondito sulla titolarità dei diritti da parte di chi abbia avanzato la richiesta[191]. Si tratta di un procedura snella che si chiude in

---

[189] Sul punto si veda ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 179 ss.

[190] Che deve essere obbligatoriamente apposto *ex* art. 181-*bis*, co. II L.D.A. «su ogni supporto contenente programmi per elaboratore o multimediali nonché su ogni supporto contenente suoni, voci e/o immagini in movimento, che reca la fissazione di opere o di parti di opere tra quelle indicate nell'articolo 1, primo comma, destinati ad essere posti comunque in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro». Per un approfondimento sulla sentenza della Corte di Giustizia relativa al noto caso *Schwibbert* (procedimento C-20/05), che dichiarò inapplicabile per vizi procedurali l'obbligo di apposizione del contrassegno SIAE, e delle conseguenze della pronuncia sul nostro diritto penale, si rinvia a FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 299 ss.

[191] Cfr. sul punto MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 59 ss.

dieci giorni, a meno che non emergano "seri indizi"[192] da cui sorge la necessità di richiedere documentazione probatoria attinente alla sola titolarità, e non anche a questioni di merito. Del resto, come l'apposizione del contrassegno SIAE non esclude una violazione del diritto d'autore, parimenti la sua mancata apposizione non è sintomatica di una violazione effettiva: la presunzione di pericolo risulta in questa fattispecie quanto mai evidente e, perciò, discutibile.

Un secondo gruppo di fattispecie che tutelano in via indiretta l'opera dell'ingegno è costituito da reati che realizzano una vera e propria "tutela di funzioni"[193]. Sono figure criminose preposte a garantire, attraverso lo strumento insieme preventivo e repressivo del diritto penale, l'interesse meramente formale al rispetto di modalità e obblighi di informazione e comunicazione strumentali all'esercizio, da parte di determinati enti, delle funzioni di gestione e controllo di alcune attività.

In settori quali il diritto penale dell'ambiente o dell'edilizia, oltre alla materia del diritto d'autore qui in esame, la stretta dipendenza di alcune norme incriminatrici dalla sottostante normativa di carattere amministrativo o carattere civile ha dato luogo, infatti, a una nuova prospettiva di tutela che avrebbe ad oggetto beni o interessi giuridici c.d. intermedi tra quelli "classici" dotati di una propria veste naturalistica, quali la vita o il patrimonio, e quelli invece troppo astratti quale l'economia nazionale, inidonei a esprimere il contenuto offensivo di un reato[194].

L'art. 171-*septies* L.D.A., in particolare, sanziona penalmente al I comma i produttori e gli importatori di supporti non soggetti all'obbligo di contrassegno che non comunichino alla SIAE i dati identificativi dell'opera; al II comma,

---

[192] Si veda l'art. 181-*bis*, co. II L.D.A.

[193] Sulla definizione della "tutela di funzioni" e dei reati costruiti attorno a interessi di natura "procedurale", si vedano, in chiave critica, GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela dei beni o tutela di funzioni?,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 1097 ss.; MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni: tra illusioni post-moderne e riflussi illiberali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 343 ss.

[194] Tendenzialmente a favore del modello della "tutela di funzioni" sono DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 117 ss.; MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *Diritto penale minimo* (a cura di CURI e PALOMBARINI), Roma, 2002, p. 43 ss.; PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 670 ss.

invece, con un fattispecie residuale e sussidiaria, è punito chiunque dichiari falsamente l'avvenuto assolvimento degli obblighi di cui all'articolo 181-*bis*, comma II L.D.A. (in materia di contrassegno SIAE).

Il rischio sotteso a interventi penalistici in questa direzione è, ancora una volta, quello di dar vita a reati di mera disobbedienza, evidenziandosi un eccessivo scollamento tra la condotta sanzionata e l'interesse o bene giuridico meritevole di tutela. Considerazioni quanto mai fondate se si considera, peraltro, la portata delle funzioni attribuite a enti come la SIAE, che non sono investiti di una titolarità esclusiva a svolgere attività di gestione e intermediazione in materia del diritto d'autore, ben potendo i titolari di diritti sull'opera esercitare direttamente le loro prerogative[195].

4.3. Configurabilità del delitto di ricettazione e rapporti con altri reati e illeciti amministrativi.

Rispetto alla norma mista cumulativa dell'art. 171-*ter* L.D.A., vero e proprio coacervo normativo di molteplici fattispecie, si è posto il problema della configurabilità di ipotesi di concorso con altri reati previsti dal codice penale. Se la questione relativa alla possibile integrazione delle fattispecie di cui agli artt. 473 cod. pen. (Contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali) e 474 cod. pen. (Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi) è stata risolta dal legislatore che, con la legge 23 luglio 2009, n. 99, ha espressamente espunto le opere dell'ingegno dall'oggetto materiale delle condotte sanzionate dalle due norme citate, limitandolo ai soli prodotti industriali[196], più complessa è stata la ricostruzione giuridica dei rapporti tra l'art. 171-*ter* L.D.A., da un lato, e il delitto di

---

[195] Si veda FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., pp. 526–529.

[196] Prima dell'intervento legislativo del 2009, la configurabilità del concorso di reati tra art. 171-*ter* L.D.A. e artt. 473 e 474 cod. pen. era ritenuta pressoché pacifica. Si vedano sul punto MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., p. 89 e TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., pp. 203–204.

ricettazione (art. 648 cod. pen.) e alcune figure di illeciti amministrativi , dall'altro.

Una pronuncia della Cassazione penale a Sezioni Unite nel 2005[197] ha portato ordine all'interno di una problematica piuttosto complessa, non senza attirare critiche, segnando lo spartiacque tra due diversi approcci alla materia.

Prima della sentenza delle Sezioni Unite, si registrava infatti in giurisprudenza una netta contrapposizione tra due diversi orientamenti. Il primo riteneva che potesse ben configurarsi un concorso tra la fattispecie di ricettazione e il reato, *lato sensu*, di "pirateria" (art. 171-*ter* L.D.A.), qualora l'agente, una volta acquistata l'opera audiovisiva su supporto contraffatto, la detenesse al fine di commercializzarla, integrandosi, invece, il semplice illecito amministrativo di cui all'art. 16 della L. 18 agosto 2000, n. 248[198] quando l'acquisto del materiale fosse stato effettuato ad uso personale[199]. Le due fattispecie incriminatrici, difatti, venivano considerate come diverse sia sul piano della struttura sia dal punto di vista del bene giuridico tutelato.

Il secondo orientamento, invece, minoritario nella giurisprudenza di legittimità ma ampiamente condiviso dai giudici di merito, escludeva fermamente il concorso tra il delitto di ricettazione e la condotta di detenzione per la vendita o di commercio di supporti incorporanti opere audiovisive abusivamente riprodotte (art. 171-*ter* L.D.A.), ritenendo che tra le due fattispecie sussistesse un rapporto di continenza e che, quindi, si fosse in

---

[197] Cass. Pen., Sez. Unite, 23 dicembre 2005, n. 47164 (con nota di TERRACINA, *Il "cerchio e la botte", linee guida delle Sezioni Unite in materia di tutela penale del diritto d'autore*), in *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 143 ss.

[198] L'illecito amministrativo richiamato è stato poi sostituito dall'attuale art. 174-*ter* L.D.A., introdotto con il D. Lgs. n. 68 del 2003, che prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria per «chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche è punito, purché il fatto non concorra con i reati di cui agli articoli 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 171-*quater*, 171-*quinquies*, 171-*septies* e 171-octies».

[199] Per questa ricostruzione, si veda Cass. Pen., sez. III, 16 aprile 2004, n. 23855, in *C.E.D.* n. 229118.

presenza di un semplice concorso apparente di norme[200]. Secondo le considerazioni espresse dai giudici di merito, peraltro, il trattamento sanzionatorio derivante dall'eventuale applicazione del concorso di reati sarebbe risultato del tutto sproporzionato rispetto al disvalore sociale del fatto.

La decisione delle Sezioni Unite del 2005, con un'interpretazione rigorosa[201], ha condiviso il primo orientamento, ritenendo, in applicazione dell'art. 15 cod. pen., che non vi sia un rapporto di specialità tra le fattispecie in esame, perché le stesse «sono indiscutibilmente diverse dal punto di vista strutturale» e non potrebbe trovare applicazione un ambiguo criterio di assorbimento o consunzione[202]. Per quanto riguarda, inoltre, il rapporto tra i reati di cui agli artt. 648 cod. pen. e 171-*ter* L.D.A. e l'illecito amministrativo ad essi contiguo, le Sezioni Unite, facendo chiarezza sulla diversa portata applicativa dell'illecito descritto dall'art. 16 della L. 18 agosto 2000, n. 248 e della sua nuova formulazione contenuta all'art. 174-*ter* L.D.A.[203], ha evidenziato come la clausola di riserva inserita in quest'ultima sia chiara e univoca, potendosi integrare l'illecito amministrativo solo in via residuale e sussidiaria, cioè qualora manchi uno dei requisiti costitutivi delle fattispecie penalistiche.

---

[200] Si veda Cass. Pen., sez. III, 23 settembre 2004, n. 42203, in *C.E.D.* n. 230172; nella giurisprudenza di merito, a titolo esemplificativo, Trib. Milano, 3 novembre 2004, in *Foro Ambros.*, 2004, p. 320 ss. Sul punto si rinvia anche all'analisi di PASTORE, *Reato di ricettazione e riproduzione e vendita abusiva di opere cinematografiche*, in *Dir. Aut.*, 1991, p. 407 ss.

[201] Criticato da larga parte della dottrina: si vedano CINGARI, *Acquisto e detenzione di supporti "piratati": tra ricettazione e repressione della circolazione di cose illecite*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 3209 ss.; ZANNOTTI, *(Dis)orientamenti della Cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*, in *Dir. dell'Internet*, 2005, p. 269 ss.

[202] Si legge nella sentenza che «potrebbe ritenersi che l'immissione in commercio dei supporti informatici illecitamente prodotti includa anche il disvalore della precedente condotta di acquisto dei supporti, come certamente include il disvalore della loro produzione. Tuttavia i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo, perché l'inciso finale dell'art. 15 cod. pen. allude evidentemente alle clausole di riserva previste nelle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale […]. Inoltre i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale».

[203] Sul punto si rinvia, per chiarezza espositiva, a MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, cit., pp. 93-95.

5. Forme di tutela extrapenale tra rimedi esistenti e soluzioni possibili.

È un dato inconfutabile ed evidente a tutti la scarsa effettività degli strumenti di tutela penale dell'opera audiovisiva finora esaminati. Ciò è dovuto in parte a ragioni connesse al funzionamento di *Internet* e delle tecnologie che favoriscono la transnazionalità delle comunicazioni e che sfuggono sempre di più a qualsiasi controllo, con miliardi di utenti che interagiscono su miliardi di siti e piattaforme, in parte alle criticità, già evidenziate in questa trattazione, presenti nelle scelte incriminatrici del legislatore, troppo spesso anacronistiche, pleonastiche, imprecise e manovrate da forti istanze lobbistiche confliggenti.

La lentezza e la complessità dell'azionabilità dello strumento giuridico, civile o penale che sia, soprattutto sul piano processuale, sono state negli ultimi anni il motore di un approfondito ripensamento delle strategie di intervento per combattere il fenomeno della pirateria, da un lato prospettandosi, quale mezzo per contrastare i rischi insiti nella nuova tecnologia, l'utilizzo della tecnologia stessa, dall'altro incentivando il ricorso a procedure amministrative più snelle ed efficaci[204].

Tuttavia, si avverte in modo sempre più marcato e diffuso l'esigenza di costruire un'etica e un cultura del digitale[205] che, cambiando il contesto sociale proprio a partire dall'ultimo anello della filiera produttiva e distributiva dei prodotti audiovisivi, cioè gli utenti-consumatori, contribuiscano a dare un peso

---

[204] Per un'analisi del rapporto tra le nuove tecnologie e i possibili modelli di tutela e sanzione, si veda ZENO ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su internet (riflessioni preliminari)*, cit., p. 1049 ss.

[205] MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2012, p. 9 rileva come abbia ostacolato la creazione di una cultura del digitale la risposta di chiusura e di irrigidimento sanzionatorio voluta dai titolari dei diritti d'autore per fronteggiare le minacce provenienti proprio da Internet: «se domanda e offerta fossero state intese, sin da subito, non nella loro accezione statica, ovvero come l'offerta di contenuti confezionati e la fruizione dei medesimi da parte di un complesso di utenti passivi, quanto come domanda e offerta di nuove modalità di creazione e distribuzione di contenuti che hanno […] una nuova natura, non si sarebbe mai creato quel divario tra domanda e offerta di contenuti digitali che ha diretto molti consumatori verso le aree della fruizione illegale, e che diviene ora imprescindibile re-incanalare verso l'offerta legale di contenuti digitali […]».

e un contenuto effettivo a ciò che il legislatore cristallizza come "valore" o "disvalore" nella norma giuridica[206].

Il fattore culturale-educativo, insieme all'obiettivo di migliorare l'offerta legale del prodotto audiovisivo[207], potenziandone la rete dei canali distributivi e garantendo un accesso maggiore e più agevole in termini tecnologici ed economici, costituisce, infatti, uno dei pilastri cardine delle più recenti strategie di *enforcement* dei contenuti audiovisivi[208].

5.1. Una breve panoramica delle azioni civili.

È utile a questo punto illustrare brevemente le caratteristiche fondamentali della tutela apprestata dalla L.D.A. alle opere dell'ingegno sul piano civile, tanto con riferimento ai diritti di utilizzazione economica (artt. 156 – 167 L.D.A.) quanto sul fronte del diritto morale d'autore (artt. 168 – 170 L.D.A.). Occorre, tuttavia, premettere che anche su questo fronte la legge n. 633 del 1941 risente di una formulazione normativa e di una strutturazione decisamente poco sistematica e funzionale.

Le azioni principali previste dalla normativa di settore sono due, l'azione di accertamento del diritto e l'inibitoria (definitiva) dell'attività illecita. In presenza dei presupposti richiesti dall'art. 156 L.D.A.[209], colui che si ritiene

---

[206] BONELLI, *La tutela penalistica, in particolare on-line, del diritto d'autore*, cit., p. 481 ss. rileva come l'illiceità della fruizione di contenuti digitali pirati tramite *downloading* e condivisione con altri utenti (più complesso è il discorso relativo alla semplice attività di visione in *streaming*) non sia minimamente percepita dalla società civile, a differenza del furto di un *cd* o *dvd* all'interno di un negozio.

[207] Si veda al riguardo l'art. 4 del "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70" (approvato con delibera AGCom n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013), che prevede l'istituzione del Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali, composto da un rappresentante per ciascuna delle principali associazioni di settore e per ciascun organismo e che, tra le varie attività, si occupa proprio della promozione di misure di educazione alla legalità nella fruizione di opere digitali.

[208] Come di recente ribadito nel convegno sul tema "*Best practices*, criticità e prospettive per l'*enforcement* dei contenuti audiovisivi su Internet" (Casa del Cinema, Roma – 26 febbraio 2016), organizzato dalla FAPAV (Federazione per la tutela dei contenuti audiovisivi e multimediali).

[209] Secondo l'art. 156, co. I L.D.A.: «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 […] può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione […]». Un

titolare dei diritti sull'opera illecitamente riprodotta e utilizzata può ottenere una sentenza che accerti e dichiari la sua titolarità giuridica su di essa e/o vieti il proseguimento della violazione[210], potendo peraltro il giudice, nel giudizio conclusosi con l'inibitoria, fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza constatata successivamente o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Strettamente legate all'effettiva lesione della titolarità dei diritti di utilizzazione economica sono, invece, le domande di risarcimento del danno e di rimozione o distruzione dello stato di fatto da cui risulti la violazione (artt. 158 – 160 L.D.A.). Si tratta di azioni aventi natura restitutoria e pacificamente ritenute cumulabili tra di loro ogniqualvolta la sola condanna risarcitoria o il solo ordine di distruzione non risultino di per sé idonei a rimuovere gli effetti lesivi della condotta illecita.

L'esigenza insopprimibile di una tutela giurisdizionale più snella e veloce dovrebbe trovare riscontro nei procedimenti cautelari tipici, molteplici e vari, previsti dagli artt. 161 – 163 L.D.A., ferma restando la possibilità, a cui si fa frequente ricorso nella pratica, di richiedere i provvedimenti cautelari atipici *ex* art. 700 cod. pen.c., che consentono di ottenere misure *ad hoc* che meglio si adattano a ciascun caso di specie.

Tra i provvedimenti cautelari tipici a tutela del diritto d'autore e dei diritti a esso connessi figurano misure con finalità prevalentemente istruttorie, come la descrizione, l'accertamento e la perizia, e misure cautelari in senso stretto, quali il sequestro conservativo e l'inibitoria provvisoria[211].

---

elemento peculiare è senz'altro l'assenza, tra i presupposti delle due azioni, di un danno attuale, essendo necessario e sufficiente il timore ragionevole – perciò supportato da elementi che ne attestino la fondatezza – di una violazione futura.

[210] Rileva GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, cit., p. 397 come vi siano orientamenti contrastanti, dato il tenore ambiguo della norma, sul rapporto tra l'azione di accertamento e l'inibitoria, se si tratti di azioni distinte e autonome o se la seconda sia consequenziale e connessa alla prima.

[211] L'inibitoria cautelare è una misura provvisoria ben distinta dall'inibitoria definitiva (di cui può anticipare gli effetti), che viene eventualmente disposta nella sentenza conclusiva del giudizio di merito. Si rinvia, per un approfondimento dell'inibitoria provvisoria *ex* art. 163 L.D.A. a PLAIA, *Diritto d'autore ed inibitoria speciale. Disamina del nuovo art. 163 della legge 633/41*, in *Dir. e Giust.*, 2003, p. 68 ss. e POLIDORO, *Qualche riflessione in tema di inibitoria provvisoria e penalità di mora nella tutela del diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 2011, p. 75 ss.

Al fine di ampliare i poteri istruttori del giudice, tanto in sede cautelare quanto nel giudizio di merito, il D. Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (attuativo della direttiva IPRED) ha introdotto due particolari strumenti volti a ottenere dal giudice un ordine di esibizione documentale o di richiesta di informazioni (artt. 156–*bis* e 156–*ter* L.D.A.)[212].

Da ultimo, è interessante rilevare come il legislatore, nel prevedere un'apposita sezione per la tutela giurisdizionale del diritto morale d'autore (rubricata "Norme particolari ai giudizi concernenti l'esercizio del diritto morale"), in via generale rinvii alle azioni esperibili a tutela dei diritti di utilizzazione economica, ma nello specifico subordini l'istanza di rimozione o distruzione: in caso di violazione della paternità dell'opera, ad altre modalità di riparazione «mediante aggiunte o soppressione sull'opera delle indicazioni che si riferiscono alla paternità dell'opera stessa o con altri mezzi di pubblicità»; in caso di violazione del diritto all'integrità dell'opera, al tentativo di «ripristinare l'esemplare nella forme primitiva a spese della parte interessata ad evitare la rimozione o la distruzione».

5.2. Le c.d. Misure Tecnologiche di Protezione (MTP) e la strada dell'autotutela tecnologica.

Come si è già avuto modo di anticipare nel corso della presente trattazione[213], il legislatore italiano ha dato attuazione con il D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 68 alla Direttiva 2001/29/CE, che a sua volta aveva sancito a livello europeo l'introduzione di una forma di tutela giuridica per le c.d. Misure Tecnologiche di Protezione (MTP), come previsto dai due *World Intellectual Property Organization Treaties* del 1996[214]. Al riguardo è opportuno evidenziare

---

[212] Per un'analisi dei nuovi mezzi istruttori, da alcuni considerati una sorta di *discovery* processuale, si rinvia a CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, cit., p. 431 ss. e GUTIERREZ, *La tutela del diritto di autore*, Milano, 2008, pp. 275 – 277.

[213] Si veda il § 4.2 del presente capitolo, in riferimento alle norme incriminatrici dettate dalla L.D.A. quali forme di tutela penale anticipata previste dalla L.D.A.

[214] Il *WIPO Copyright Treaty* e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

due aspetti: anzitutto, la scelta dei legislatori nazionali[215] di utilizzare lo strumento penalistico per tutelare le MTP, a fronte di una direttiva che, non prevedendo un obbligo di incriminazione, lasciava piena libertà agli Stati membri di individuare il mezzo ritenuto migliore; inoltre, la complessità e la farraginosità della formulazione delle fattispecie penali, criticate dalla dottrina di ciascun Paese che le ha spesso collocate ai confini della legittimità dell'incriminazione[216].

Al di là della questione, parzialmente già affrontata, relativa alla tutela giuridica delle MTP, ciò che ora interessa approfondire è la funzione di questi mezzi tecnologici preposti a proteggere la tecnologia stessa, cioè il supporto fisico o digitale in cui è incorporata l'opera audiovisiva, attraverso sistemi, apparecchi (*hardware*) e programmi (*software*) in grado di controllare l'accesso all'opera e impedirne lo sfruttamento (duplicazione, diffusione e riproduzione) abusivo[217].

I sistemi di *Digital Rights Management*, a cui vengono ricondotte le MTP, possono essere correttamente qualificati come strumenti di autotutela, in quanto consentono ai titolari dei diritti esclusivi sull'opera audiovisiva di imporre, attraverso la tecnologia, regole relative all'accesso all'opera stessa. La tutela giuridica apprestata dalla L.D.A. alle MTP, difatti, non fa altro che legittimare una preesistente forma di autotutela privata, dato che i sistemi di

---

[215] Per un approfondimento delle norme introdotte a tutela delle MTP nei principali Paesi europei, si rinvia a FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., p. 373 ss.

[216] Si veda il § 6.2 del presente capitolo, *sub* nota 189.

[217] Con riferimento all'applicabilità delle norme incriminatrici poste a tutela delle MTP, si vedano in giurisprudenza, a titolo esemplificativo, le pronunce in materia di apparecchi c.d. *splitty* e *kit sharer* (per decodificare il segnale satellitare e avere accesso abusivamente a contenuti audiovisivi di piattaforme *pay tv*) e di *mod-chip* (per modificare le *console* per videogiochi): Corte di Giustizia, 23 gennaio 2014, causa C-355/12, in *www.foroitaliano.it*; Cass. Pen, sez. III, 7 aprile 2004, n. 447, in *Foro It.*, 2004, II, p. 479 ss.; Cass. Pen., sez. III, 12 ottobre 2004, n. 43887, in *Foro It.*, 2005, II, p. 260 ss.; Trib. Bolzano, ord. 31 dicembre 2003, in *Giur. It.*, 2004, p. 1452 ss. (caso "*Playstation*") con nota di RICOLFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana*; Trib. Bolzano, 28 gennaio 2005, in *Foro It.*, 2006, II, p. 398 ss. (caso "*Playstation* 2"); Trib. Bolzano, 20 dicembre 2005, in *Dir. Internet*, 2006, p. 269 ss. (caso "*Playstation* 3").

protezione messi a disposizione dalla tecnologia sono apposti dai produttori e dai distributori dell'opera in un regime di (assoluta) libertà[218].

Se è vero che l'ordinamento giuridico si è dimostrato finora carente sul piano dell'effettività delle forme di tutela del diritto d'autore sulle opere audiovisive digitali, è, tuttavia, altrettanto vero che un arbitrio incontrollato e sproporzionato nell'esercizio dell'autotutela privata in esame possa presentare gravi e ingestibili effetti collaterali. Si pensi al caso di Amazon che nel 2009, a seguito di una violazione del diritto d'autore, decise di rimuovere dagli *ebook* messi a disposizione degli utenti tramite vendita *online* due libri di G. Orwell ("1984" e "La fattoria degli animali"), rendendoli perciò inaccessibili anche a chi li aveva già regolarmente acquistati[219]. Nel caso richiamato apparve elevatissivo il rischio di un'ingerenza del tutto ingiustificata, da parte dei titolari di diritti sulle opere, nella *privacy* degli utenti-consumatori[220], che non solo possono, in ipotesi del genere, essere rintracciati in qualsiasi momento, ma addirittura subiscono una compressione, effettiva o in termini di mera minaccia, dei propri diritti.

In dottrina, perciò, è stato rilevato un forte sbilanciamento del legislatore a favore di un'ipertutela complessa e anticipata dei diritti dei titolari, attraverso l'incriminazione delle condotte prodromiche all'elusione e all'alterazione delle MTP, a scapito delle libertà degli utenti-fruitori dell'audiovisivo e dell'intera collettività. Non sono previste, infatti, sanzioni penali nel caso di violazione dei limiti imposti dalla legge o dalla volontà negoziale delle parti nell'apposizione delle MTP.

La strada dell'autotutela tecnologica deve essere percorsa, quindi, da un lato con la presa d'atto del suo carattere di imprescindibilità nell'attuale era digitale, data la sua celerità e facilità di intervento, in chiave preventiva, a tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi, che non è in alcun modo paragonabile

---

[218] Sul punto si veda ROSSATO, *I problemi dell'autotutela digitale*, in *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative - Atti del Convegno tenuto presso la facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 e il 22 marzo 2007*, (a cura di CASO), Trento, 2008, p. 193 ss.

[219] Si veda l'articolo di STONE, *Amazon erases Orwell books from Kindle*, in *www.nytimes.com,* 2009.

[220] ROSSATO, *op. cit.*, p. 194 sottolinea correttamente come gli effetti collaterali delle MTP si estendano, peraltro, alla materia contrattuale, al diritto dei consumatori e alla concorrenza.

all'azionabilità del rimedio giuridico, civile o penale che sia; dall'altro, però, occorre avere la piena consapevolezza dei rischi esistenti e assumersi l'impegno di arginarli attraverso una regolamentazione più puntuale.

5.3. Il nuovo strumento di *site blocking* da parte dell'AGCom.

Uno strumento alternativo di tutela del diritto d'autore *online* in Italia è previsto dal Regolamento adottato nel 2013 dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni[221].

Il Regolamento prevede un meccanismo di *notice and take down* rimesso direttamente all'AGCom che, attraverso un procedimento amministrativo piuttosto articolato ma funzionale a una risoluzione snella e celere della presunta violazione del diritto d'autore – a seguito di una fase istruttoria azionata su segnalazione diretta del titolare dei diritti[222] e che coinvolge oltre al gestore del sito anche l'*uploader* – può sfociare in provvedimenti inibitori e/o di rimozione del contenuto illecitamente caricato su un dato sito *web*, con successiva eventuale irrogazione di sanzioni pecuniarie amministrative in caso di inottemperanza all'ordine emesso.

Il sistema in esame è stato oggetto di alcune critiche, in parte fondate e condivisibili. Si è rilevato, ad esempio, come vi siano (apparenti) lacune sul piano letterale (come la mancata espressa estensione del meccanismo di tutela ai diritti connessi al diritto d'autore) e come sia pressoché impossibile prevenire un abuso del sistema stesso di *notice* (del titolare) e *counternotice* (dell'*uploader*), non essendovi sanzioni a carico di chi attivi o resista temerariamente nel procedimento di fronte all'AGCom. Gli stessi diritti di difesa delle parti, da

---

[221] Si tratta del "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70" adottato con la delibera AGCom n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013.

[222] BUONO, *Il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore: l'unilaterale e intempestiva iniziativa italiana*, in *www.filodiritto.com*, p. 40 ss. critica la scelta dell'iniziativa del procedimento esclusivamente su istanza di parte: «se condividiamo l'idea che l'azione dell'Autorità dovrebbe concentrarsi nel salvaguardare l'interesse generale alla promozione ed alla salvaguardia della creatività, allora non dovrebbe tutelare interessi privati: non vi è ragione quindi per cui essa debba essere condizionata solo ed esclusivamente da un atto d'impulso del privato».

garantirsi anche nei procedimenti amministrativi, risultano compressi e alterati, ribaltandosi peraltro l'onere di adire l'autorità giudiziaria ordinaria – con conseguente estinzione del procedimento davanti all'AGCom – sull'*uploader* dei contenuti asseritamente illeciti[223].

A distanza di poco più di due anni dall'introduzione dello strumento di intervento dell'AGCom, occorre prendere atto, oltre che di alcuni risultati indubbiamente favorevoli[224], anche di evidenti insuccessi. Esaminando, infatti, i i dati raccolti attraverso studi statistici condotti sul funzionamento del procedimento di inibizione e rimozione dei contenuti illeciti su ordine dell'AGCom[225], emerge chiaramente come, da un lato si sia registrato un aumento dell'accesso ai siti inibiti, per diverse ragioni tra cui la (apparentemente) paradossale popolarità ottenuta dagli stessi a seguito del *site blocking* e la forza proliferativa e riproduttiva del portale inibito, dall'altro come la sovrapposizione dell'intervento dell'AGCom e degli accertamenti disposti dalla magistratura ordinaria non abbia sortito risultati migliori, attraverso una collaborazione tra autorità, bensì abbia spesso determinato un inutile aggravio procedurale.

6. I reati di pirateria audiovisiva tra diritto penale "massimo" e diritto penale simbolico.

A conclusione dell'analisi condotta sulla materia sconfinata e complessa della tutela penalistica del diritto d'autore, con particolare riferimento all'opera audiovisiva, emerge la necessità di interrogarsi tanto sulla sua legittimità, alla luce del principio di sussidiarietà del diritto penale, quanto, in parallelo, sulle ragioni di opportunità sottese al coacervo normativo elaborato dal legislatore,

---

[223] Per un'analisi esaustiva delle critiche mosse al Regolamento dell'AGCom in esame, si rinvia a BERTANI, *Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale*, in *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore* (a cura di UBERTAZZI), Torino, 2014, p. 24 ss.

[224] Come si legge nel *2014 Special 301 Report* della Casa Bianca, l'Italia, dopo venticinque anni di permanenza continua nella *watch list* statunitense dei Paesi che non tutelano il *copyright* su Internet, ne è uscita proprio grazie all'adozione da parte di AGCom del richiamato Regolamento che mette in atto una serie di procedure volte a combattere la pirateria digitale.

[225] CLEMENTE (a cura di), *Gli effetti sulla pirateria dei provvedimenti in materia di diritto d'autore*, in *http://www.slideshare.net/*.

soprattutto partendo dalla constatazione del debole rendimento delle fattispecie esaminate in termini di effettività.

A ben vedere, infatti, le condizioni stabilite dalla Commissione europea ormai quasi trent'anni fa per un'efficace repressione della pirateria intellettuale[226], consistenti nella redazione di norme chiare di diritto sostanziale, nell'esistenza di procedure efficaci per azionare i rimedi giuridici e provare le attività illecite, nella previsione di sanzioni ed azioni di riparazione adeguate e, infine, in un coordinamento delle parti interessate (autori, produttori, distributori e associazioni di settore, da un lato, e autorità competenti, dall'altro), risultano ampiamente disattese. Una causa fondamentale è da rinvenirsi, oltre che nelle note disfunzioni che caratterizzano in generale il nostro ordinamento giuridico, nelle numerose criticità presenti nel diritto d'autore italiano, modificato nel tempo con continue stratificazioni che, anziché snellirlo e renderlo più attuabile, lo hanno appesantito con norme incerte e poco sistematiche.

A metà strada tra le richieste ossessive e insistenti dei produttori a favore di un sempre maggiore inasprimento delle sanzioni contro la pirateria audiovisiva, da un lato, e gli slogan urlati dagli utenti del *web* per un accesso alla cultura più libertario che libero, dall'altro, si dovrebbe porre il garantismo penalista che parte dall'assunto per cui la libertà personale è inviolabile e, pertanto, la sua limitazione attraverso la sanzione penale deve rispondere ad alcuni principi inderogabili e deve porsi come *extrema ratio* dell'intero ordinamento.

La teoria del "diritto penale minimo", di matrice illuminista ma elaborata in modo puntuale soltanto nella seconda metà del secolo scorso[227], tuttora

---

[226] Si veda il Libro verde della Commissione europea "*Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche*", cit., p. 654 ss.

[227] Per una corretta interpretazione dell'espressione "diritto penale minimo", si rinvia alle parole di colui che la introdusse nel diritto penale moderno negli anni '80, Luigi Ferrajoli. In particolare, si veda un suo contributo che, seppur sintetico, analizza a distanza di circa vent'anni, i (deludenti) risultati interpretativi e applicativi sua teoria: FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo* (a cura di CURI e PALOMBARINI), cit., p. 9 ss. Si vedano anche in materia l'opera di PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto*

considerata dalla dottrina più attenta come una vera e propria cartina al tornasole del livello di garantismo di un sistema penale, ha tentato di dettare alcune utili regole per una razionalizzazione delle incriminazioni spesso ipertrofiche e arbitrarie del nostro diritto positivo, soprattutto all'interno del diritto penale complementare. Volendo applicare il paradigma meta-teorico del diritto penale minimo[228] al settore oggetto della presente trattazione, è quanto mai evidente la distanza tra il modello garantista e le fattispecie incriminatrici poste a tutela del diritto d'autore *online*.

Si è avuto modo di evidenziare, infatti, come il settore in esame abbia costituito, e costituisca ancora, un campo di battaglia tra parti contrapposte, all'interno del quale il legislatore dimostra di muoversi facendo attenzione più al peso politico di ciascuna sua scelta che non anche a valutazioni "tecniche". Il sistema penale a presidio del diritto d'autore, perciò, lungi dal connotarsi come un insieme di fattispecie calibrate e limitate a condotte ben definite con un disvalore radicato nel comune sentire della società contemporanea, si presenta come un diritto penale "massimo", in cui la presa di posizione a favore dell'incriminazione altro non è che un atto simbolico dettato da contingenze e ragioni, più o meno verosimili, di emergenzialismo o di pedagogia sociale[229].

Le considerazioni svolte non vogliono in alcun modo costituire la premessa per un processo di depenalizzazione radicale delle fattispecie incriminatrici previste dalla L.D.A, tutt'altro[230]. La pirateria non è, infatti, come molti *blogger* e

---

penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985 e MARINUCCI – DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p. 802 ss.

[228] Secondo FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., p. 9 ss., il diritto penale minimo, oltre a indicare un modello teorico e normativo di diritto penale, designa quale paradigma meta-teorico «una dottrina che giustifica il diritto penale se e solo se è in grado di realizzare due scopi: la prevenzione negativa o, almeno, la minimizzazione delle punizioni arbitrarie; in una parola se e solo se è uno strumento di minimizzazione della violenza e dell'arbitrio che in sua assenza si produrrebbero».

[229] Già PEDRAZZI, *Aspetti penalistici del diritto d'autore in Italia*, cit., p. 690 ss., sul finire degli anni '60 denunciava una disfunzione innegabile nel sistema penale di tutela del diritto d'autore, data la scarsa effettività delle norme incriminatrici nella prassi giudiziaria, e si chiedeva se non si trattasse di un ramo secco dell'ordinamento da dover potare; ma lo stesso A., poi, giungeva alla conclusione che la norma penale avesse un "alto significato ideale e pedagogico" insopprimibile in presenza di interessi tutelati socialmente importanti, quale il diritto d'autore.

[230] A tal riguardo, si veda la recente depenalizzazione operata dal D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 e la scelta, condivisibile, di escluderne, tra gli altri, i reati contro la proprietà intellettuale e

internauti vorrebbero far credere, uno strumento di diffusione del sapere che favorisce la cultura mondiale e che, in ultima istanza, addirittura promuoverebbe e agevolerebbe la filiera produttiva, attraverso la divulgazione massiva delle opere audiovisive.

La pirateria è un fenomeno, invece, che dovrebbe suscitare più allarme sociale di quello effettivamente percepito dai più: oltre a danneggiare la creatività degli autori, valore tanto impalpabile quanto inestimabile e meritevole di tutela, produce un pregiudizio economico enorme all'intero settore produttivo, ai milioni di lavoratori che a diverso titolo vi operano, ai produttori e ai distributori, che svolgono attività imprenditoriale, ai consumatori, ogniqualvolta il prodotto diffuso nel mercato pirata sia di scarsa qualità e, infine, allo stesso erario che non esercita alcuna forma di imposizione fiscale su ingenti profitti illeciti derivanti dallo sfruttamento economico delle opere distribuite[231]. Né può omettersi lo strettissimo legame tra pirateria e criminalità organizzata e l'esistenza di traffici, confermati dalle indagini svolte proprio attraverso il criterio del *follow the money*[232], che danneggiano l'economia del Paese. Condivisibile appare, perciò, la *ratio* sottesa alla scelta legislativa di introdurre tra i c.d. reati-presupposto per l'applicazione del D. Lgs. n. 231 del 2001, in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti e delle società, proprio le fattispecie incriminatrici previste dalla LD.A. (art. 25-*novies* del D. Lgs. 231/2001).

Sicuramente criticabile è, al contrario, il frequente ricorso da parte del legislatore alla sanzione penale per incriminare la violazione di procedure dettate per attività potenzialmente lesive di interessi fondamentali, attraverso un processo di "amministrativizzazione del diritto penale" che anticipa in modo spropositato la tutela, svuotandola del suo reale significato e finendo per sanzionare di fatto un pericolo di pericolo, quindi un non pericolo.

---

industriale, fatta eccezione per il solo art. 171-*quater* L.D.A. che è stato ridotto a illecito amministrativo.

[231] Per questa ricostruzione, didascalica ma efficace, dei danni arrecati dalla pirateria, si veda TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., p. 8.

[232] Si veda il § 2 del presente capitolo.

Un altro abbaglio del legislatore è stato, probabilmente, quello di perseguire la tassatività delle fattispecie incriminatrici e un'esaustività della tutela penale in materia attraverso una moltiplicazione delle condotte penalmente rilevanti[233] che fosse direttamente proporzionale all'inarrestabile espansione del diritto d'autore e dei diritti connessi a opera della tecnologia digitale: l'elencazione labirintica e ipertrofica delle condotte e delle sotto-fattispecie di cui all'art. 171-*ter* L.D.A. non è garanzia di un diritto penale tassativo e, soprattutto, certo, ma genera scompiglio interpretativo e applicativo, confondendo, prima ancora che gli operatori del diritto, la generalità dei consociati diretti destinatari della norma penale[234].

Un diritto penale incerto e inapplicabile è un diritto penale che non adempie la sua funzione generalpreventiva, rivelandosi ineffettivo e finalizzato più a svolgere un ruolo simbolico, educativo, di manifesto culturale che nasce vive e muore tra le pagine del codice penale o di una legge speciale. L'effettività della sanzione penale[235], che già Beccaria elevava a requisito di legittimità della stessa in termini di certezza[236], infatti non solo garantisce un buon funzionamento del diritto penale, ma ne circoscrive altresì i confini di legittimità sancendone la conformità al principio di eguaglianza e al canone *in dubio pro libertate.*

---

[233] Caso emblematico di una doppia tipizzazione di condotte penalmente rilevanti sono le fattispecie di cui all'art. 171, co. I, lett. a–*bis*), che sanziona chiunque «mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa», e all'art. 171-*ter*, co. II, lett. a–*bis*), che sanziona 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».

[234] Sul punto cfr. BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona*, cit., p. 75, che rileva come nel 1981 la tutela penale delle opere dell'ingegno fosse affidata al solo art. 171 L.D.A, che conteneva sei ipotesi di reato riconducibili a quattro ben determinate componenti del diritto d'autore; oggi, come osserva l'A., il solo art. 171-*ter* L.D.A. contiene «almeno 20 possibili diverse ipotesi del medesimo reato, variabili per condotta, elemento soggettivo ed oggetto».

[235] Per un approfondimento, più in generale, sull'effettività del diritto penale, si rinvia alle interessanti analisi di GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 414 ss. e PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 430 ss.

[236] BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 14ª ed., 2008, p. 37 ss.

È auspicabile, quindi, proprio in occasione della definizione a livello europeo di un *Digital Single Market,* che si proceda verso una razionalizzazione dell'intero sistema di tutela penale del diritto d'autore, che tenga conto anche della portata degli strumenti alternativi (in particolare la c.d. autotutela tecnologica e le nuove funzioni dell'AGCom) e ne regolamenti in modo puntuale le possibili interazioni, avendo come obiettivo una maggiore selettività dell'intervento penalistico e la sua concreta effettività, al di là di slogan propagandistici e istanze ideologiche.

- PARTE SECONDA -

I REATI "PER MEZZO DELL'AUDIOVISIVO": FILM DIFFAMATORIO E FILM OSCENO

CAPITOLO I

PROFILI DIFFAMATORI NELLE OPERE FILMICHE

SOMMARIO: 1. La diffamazione audiovisiva: considerazioni preliminari. – 2. La funzione scriminante della libertà di manifestazione del pensiero. – 3. Film di fantasia e film-verità: l'opera audiovisiva tra diritto di creazione artistica, diritto di critica e diritto di cronaca.

1. La diffamazione audiovisiva: considerazioni preliminari.

Essendomi posto l'obiettivo, con il presente studio, di (ri)disegnare una fenomenologia dell'opera audiovisiva nel diritto penale, cioè di coordinare in una trattazione senza ambizioni di esaustività i principali spazi normativi in cui la pellicola acquista rilevanza giuridica sul piano penalistico, ora come oggetto materiale di tutela delle fattispecie incriminatrici, ora come strumento di realizzazione dell'offesa penalmente sanzionata, è il momento approfondire questo secondo aspetto.

Con l'espressione reati "per mezzo dell'audiovisivo" non si vuole individuare un gruppo di fattispecie caratterizzate da uno specifico canale di propagazione dell'offesa tipizzato a monte dal legislatore e quindi regolamentato in modo autonomo, come per certi versi avviene per la diffamazione a mezzo stampa (artt. 595, co. III[1] e 596-*bis* cod. pen.) o di quella a mezzo televisione (legge 6 agosto 1990, n. 223, art. 30, co. IV), ma si indicano più in generale alcuni reati comuni che sul piano fenomenico possono essere realizzati attraverso il (e all'interno del) film[2].

In questi casi, infatti, l'opera audiovisiva, nella sua duplice natura immateriale (la creazione dell'ingegno) e fisica (qualsiasi suo supporto), ingloba

[1] La questione è, a dir il vero, più complessa, perché pur essendo l'aspetto "audiovisivo" un connotato intrinseco, in sé, dell'ipotesi diffamatoria, lo sbocco naturale del film è la diffusione a una cerchia più o meno indeterminata di utenti-consumatori tramite cinema, tv, *homevideo* o *web*, perciò è facile che si integri l'aggravante della commissione attraverso "qualsiasi altro mezzo di pubblicità" di cui all'art. 595, co. III cod. pen.

[2] Si veda CHIUCHIOLO, *Profili di diritto penale cinematografico*, cit., p. 14 ss., secondo il quale, in ipotesi come quelle in esame, «lo spettacolo cinematografico costituirebbe una modalità di estrinsecazione della condotta a seguito della quale si realizza un comportamento tipico fra quelli previsti e puniti dal codice».

l'offesa penale, costituendone il contenitore e il contenuto e potendosi considerare a tutti gli effetti penal-processualistici come il corpo del reato. Si parla, quindi, di film diffamatorio o di film osceno per indicare opere audiovisive che integrano, rispettivamente, il delitto di diffamazione (art. 595 cod. pen.) e il delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni (art. 528 cod. pen.) [3].

Sul piano dell'individuazione dei soggetti attivi, data la pluralità di titolari di diritti sull'opera audiovisiva – il diritto morale in capo ai coautori a titolo originario e i diritti di utilizzazione economica in capo, in parte o interamente, a (co)produttori, distributori ed emittenti a titolo derivativo – non sembrano esservi dubbi sulla configurabilità di una responsabilità concorsuale (necessariamente dolosa) per i reati in oggetto, essendo subordinata la diffusione dell'opera filmica (in sede *theatrical*, televisiva o sul *web*) all'espresso consenso dell'intera compagine di soggetti coinvolti e non potendosi riscontrare situazioni assimilabili a posizioni di controllo o di garanzia in capo ad alcuni di essi[4].

La peculiarità delle fattispecie in oggetto, e conseguentemente l'urgenza di studiarne i margini applicativi, non risiede perciò in una particolare disciplina dettata dal legislatore, in meccanismi di addebito di responsabilità *sui generis* o nella previsione di regimi sanzionatori speciali, bensì nel coinvolgimento, affianco ai beni tutelati dalle norme incriminatrici, di ulteriori interessi altrettanto rilevanti che impongono all'interprete la ricerca di un bilanciamento tutt'altro che facile.

Peraltro, è utile ricordare, a conferma della sensibilità della materia della diffamazione, come la fattispecie di cui all'art. 595 cod. pen. sia stata tenuta fuori dalla modifica legislativa di settore del 2006 che ha interessato i c.d. reati di opinione, in vista, o almeno così sembrava, di una apposita rivisitazione più

---

[3] Quest'ultimo di recente parzialmente depenalizzato a opera del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8. Sul punto si rinvia al successivo capitolo II, *sub* §§ 1 e 4.

[4] La contitolarità di diritti comporta la riconducibilità di qualsiasi forma di utilizzo o sfruttamento dell'opera audiovisiva a tutti i titolari, da accertarsi in concreto al fine di garantire la personalità dell'addebito penale *ex* art. 27 Cost. e, perciò, fatta salva la prova della mancata partecipazione di uno dei contitolari a scelte di divulgazione dell'opera da cui sia derivata l'offesa.

approfondita. Ancora oggi, tuttavia, mentre il reato di ingiuria è stato abrogato[5], l'*iter* della legge di riforma della diffamazione, volta principalmente ad attenuare la sanzione prevista per la diffamazione giornalistica, eliminando la pena detentiva di cui al comma III dell'art. 595 cod. pen., non si è ancora concluso e non sembra voler recepire un ripensamento più esteso della materia che tenga conto di nuove esigenze e di un mutato scenario sociale[6].

In applicazione dell'impianto normativo vigente, l'opera filmica che risulti offensiva dell'altrui onore[7], *rectius* dell'altrui reputazione – da intendersi come l'opinione e la stima di cui un soggetto goda presso i consociati – può, ai fini del diritto penale, integrare un'ipotesi di diffamazione ai sensi dell'art. 595 cod. pen., posto che la forma audiovisiva è per sua natura destinata a comunicare un dato contenuto a più persone, pur in assenza della persona offesa[8].

Occorre, tuttavia, prendere atto del sempre più crescente ricorso alla tutela civilistica che, in materia di diffamazione, offre maggiori probabilità di una condanna risarcitoria a favore del soggetto offeso, ben potendosi configurare l'illecito civile per sola colpa ed essendo il suo accertamento meno rigoroso sul piano probatorio rispetto a quello penale e più certo per quanto riguarda i parametri di giudizio[9].

---

[5] L'abrogazione è stata recentemente disposta a opera del D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, che ha previsto, per la fattispecie di ingiuria, un illecito civile rafforzato dalla sanzione pecuniaria, figura del tutto nuova nel nostro ordinamento e assimilabile ai *punitive damages* dei sistemi di *common law*. Sul punto, si veda GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

[6] Si veda l'interessante analisi di GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

[7] Per un approfondimento, in chiave critica, delle teorie sul bene giuridico dell'onore si rinvia ai seguenti lavori: MANNA, *Tutela penale dell'onore, cronaca giudiziaria e diffusione di dati concernenti fatti giudiziari*, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 271 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005.

[8] Il codice penale del '30 accoglie l'impostazione per cui il criterio discretivo tra ingiuria e diffamazione sarebbe costituito proprio dalla presenza o meno della persona offesa, richiedendo contestualmente il reato di diffamazione l'elemento della comunicazione con più persone.

[9] FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, II, I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, p. 93, ritengono da un lato, che il giudizio civile risarcitorio presenti meno ostacoli, dall'altro, che la prassi penalistica in materia sia molto variabile, essendo le decisioni giudiziarie «non solo frutto della non sufficiente determinatezza dei parametri normativi ma anche prodotto delle varie sensibilità soggettive come pure di valutazioni di opportunità etico-politico-sociale». Si veda, inoltre, NATOLI, *La critica cinematografica ed i suoi (crescenti) limiti*, in *Dir. Inf.*, 1999, pp. 915–916, secondo il quale il processo civile consente «di spostare con maggiore facilità il

Come opportunamente rilevato da un'attenta dottrina, infatti, nell'evoluzione della giurisprudenza penale il passaggio dalla c.d. concezione fattuale dell'onore, per cui il bene in questione si qualificherebbe come un dato della realtà psico-sociale, a quella c.d. normativa, in cui l'onore viene considerato come un valore assimilabile alla dignità umana e, pertanto, riconducibile direttamente agli articoli 2 e 3 Cost. e sempre meritevole di protezione penale, ha ulteriormente dilatato i poteri interpretativi dell'organo giudicante all'interno di una materia già di per sé di difficile definizione[10].

2. La funzione scriminante della libertà di manifestazione del pensiero.

Il nodo problematico della diffamazione audiovisiva, com'è emerso in diverse pronunce giurisprudenziali, è costituito dalla forte incidenza della fattispecie penalistica sulla libertà di manifestazione del pensiero e sulla libertà dell'arte, espressamente sancite nella nostra Costituzione. Si è già avuto modo di mettere in evidenza, infatti, come l'opera audiovisiva costituisca, al tempo stesso, una delle più complesse ed elevate forme di manifestazione del pensiero e di espressione creativa, racchiudendo in sé oltre a un nucleo tematico di idee e concetti, altresì una natura artistica composita[11].

È pacifico che l'art. 21 Cost. rientri fra le norme costituzionali con una doppia funzione, costituendo tanto un parametro di legittimità delle leggi ordinarie quanto la fonte diretta di un diritto immediatamente azionabile da parte di chiunque[12]. Con riguardo alla prima funzione, la fattispecie penalistica che risulti totalmente incompatibile con la norma costituzionale è da

---

baricentro dei risarcimenti, in materia di diffamazione, dal danno patrimoniale a quello morale […]», superando altresì le difficoltà probatorie relative alla prova del dolo e alla quantificazione del danno

[10] Sul punto è chiarissimo MANNA, *Tutela penale dell'onore, cronaca giudiziaria e diffusione di dati concernenti fatti giudiziari*, cit., p. 272. CHINDEMI, *Diffamazione a mezzo stampa (radio – televisione – internet)*, Milano, 2006, pp. 13-14 ribadisce il carattere fortemente soggettivo e individuale degli accertamenti giudiziari in materia di diffamazione.

[11] Per una sintesi della tutela costituzionale dell'opera audiovisiva, si rinvia alla Parte Prima della presente trattazione, *sub* capitolo I, § 5.

[12] In tal senso GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II, Il reato, Parte I, La fattispecie oggettiva*, cit., p. 198, accosta l'art. 21 all'art. 40 Cost. (libertà di sciopero).

considerarsi illegittima, previa pronuncia di incostituzionalità della Consulta; qualora, invece, la norma penale risulti soltanto parzialmente incompatibile con la previsione di rango costituzionale, ponendosi come secondo termine di un conflitto che possa essere sanato e regolamentato in sede interpretativa e applicativa dal giudice ordinario, allora la norma costituzionale può assumere efficacia scriminante[13].

Quanto alla seconda funzione, se ammettiamo che l'art. 21 Cost. sia norma direttamente costitutiva di un diritto, la questione delle c.d. scriminanti tacite o non scritte nel diritto penale, che è stata posta anche in relazione a determinate attività intellettuali (come la cronaca e la critica) per inquadrare tra gli elementi negativi del fatto di reato alcune situazioni che (in apparenza) non fossero ricomprese nelle fattispecie esimenti tipizzate dal legislatore, si risolve di fatto in un non problema. Infatti la maggior parte di queste situazioni, a ben vedere, è riconducibile alle cause di giustificazione comuni, in particolare all'esercizio del diritto *ex* art. 51 cod. pen., non dovendosi perciò ricorrere allo strumento analogico o a particolari teorie per riconoscerne una qualche efficacia scriminante[14].

Questione che merita un approfondimento è la delimitazione dell'esimente dell'esercizio del diritto che, affinché non si traduca in un abuso, richiede la fissazione di alcune regole. Se questa operazione risulta più volubile e incerta per le situazioni giuridiche scriminanti previste dalla legge ordinaria, assumendo i confini applicativi margini più elastici che possono essere ristretti e rimodellati nel tempo dallo stesso legislatore, un diritto di rango costituzionale (si pensi, a titolo esemplificativo, oltre alla già citata libertà di manifestazione del pensiero, al diritto di difesa e alla libertà religiosa) non può mai essere limitato da norme di rango inferiore, potendosi perciò porre un

---

[13] Si veda MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 245, che ritiene che i diritti di libertà si prestino proprio a entrare in conflitto solamente con alcune interpretazioni delle fattispecie incriminatrici.

[14] Chiara sul punto è l'interpretazione di GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II, Il reato, Parte I, La fattispecie oggettiva*, cit., p. 282 ss., secondo cui non si porrebbe neanche il problema di dover ricorrere alla teoria dell'azione socialmente adeguata

eventuale conflitto soltanto tra libertà espressamente riconosciute dalla Carta costituzionale[15].

Proprio la materia della diffamazione offre un valido esempio di contrapposizione tra due situazioni giuridiche che godono di una tutela di rango costituzionale, l'onore (riconducibile, come si è già detto, agli artt. 2 e 3 Cost.) e la libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.). La necessità di realizzare un bilanciamento e di fissare alcuni parametri che consentissero l'operatività e al tempo stesso la tutela di entrambe le situazioni ha trovato seguito soprattutto nella giurisprudenza, non senza un avallo, seppur con annotazioni critiche, da parte della dottrina.

Hanno, perciò, trovato una loro "tipizzazione" pretoria, operazione legittima perché svoltasi in attuazione e nel rispetto dei limiti posti dalle norme costituzionali, oltre che sotto l'egida della stessa Consulta[16], le scriminanti del diritto di cronaca e del diritto di critica. A causa della stretta connessione, in materia di diffamazione, tra processo penale e giudizio civile (alternativi o sovrapponibili, soprattutto per il profilo risarcitorio), le pronunce giurisprudenziali dei due rami dell'ordinamento giudiziario ordinario si sono abbastanza allineate nel tempo in merito all'individuazione dei requisiti costitutivi delle due fattispecie esimenti in esame[17]. La giurisprudenza civile ha,

---

[15] Per un approfondimento della problematica e della particolare distinzione tra limiti interni e limiti esterni all'esercizio del diritto, si vedano LANZI, *La scriminante dell'art. 51 cod. pen. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983; MANTOVANI F., *Esercizio del diritto*, voce in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 665 ss.; SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009, p. 28 ss. Gli Autori concordano, peraltro, sulla possibilità che vi siano limiti di rango formalmente ordinario all'esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti, ma soltanto qualora costituiscano l'estrinsecazione di limiti derivanti implicitamente dalla Costituzione.

[16] Trattasi di una sentenza interpretativa di rigetto emessa in riferimento all'art. 596 cod. pen. (Corte Cost. 14 luglio 1971, n. 175, in *www.giurcost.org*), con la quale la Corte Costituzionale richiama espressamente l'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 51 cod. pen. per «il caso del giornalista che, nell'esplicazione del compito di informazione ad esso garantito dall'art. 21 Cost., divulghi col mezzo della stampa notizie, fatti o circostanze che siano ritenute lesive dell'onore o della reputazione altrui, sempreché la divulgazione rimanga contenuta nel rispetto dei limiti che circoscrivono l'esplicazione dell'attività informativa derivabili dalla tutela di altri interessi costituzionali protetti».

[17] Occorre evidenziare come l'osmosi degli indirizzi interpretativi tra giurisprudenza civile e giurisprudenza penale non vada esente da critiche, fondandosi l'illecito civile e il reato su principi divergenti e, conseguentemente, tecniche di accertamento diversissime. Sul punto cfr. MANNA, *La disciplina dell'informazione tra diritto civile e diritto penale*, in *Dir. Inf.*, 1988, p. 57 ss. In particolare, sui rischi derivanti dall'estensione al giudizio penale dell'interpretazione proposta

persino, fatto propria la terminologia di matrice penalistica, ricorrendo alla medesima qualifica di "scriminanti" per le ipotesi di esercizio dei diritti di cronaca e di critica, volendo indicare peculiari situazioni giuridiche che comportino la mancata integrazione dell'illecito aquiliano *ex* art. 2043 cod. civ.

Il diritto di cronaca può considerarsi come il nucleo portante della libertà di manifestazione del pensiero, in quanto consente tanto di veicolare e diffondere le informazioni, attraverso i mezzi di comunicazione, quanto di costruire la consapevolezza e l'identità intellettuale, sociale e politica di ciascun individuo. Perciò la cronaca, al fine di svolgere liberamente la sua funzione fisiologica, cioè informare e formare i cittadini in un clima di dialettica e confronto democratico, senza integrare un illecito (civile o penale), deve attenersi a tre indispensabili requisiti: la verità delle notizie divulgate, il pubblico interesse alla conoscenza dei fatti narrati (c.d. pertinenza) e la correttezza formale dell'esposizione (c.d. continenza)[18].

L'individuazione dei tre requisiti costitutivi del diritto di cronaca non ha, peraltro, risolto definitivamente il problema, essendosi formati sul punto diversi orientamenti giurisprudenziali. Così, in merito al connotato della verità, essendo pressoché impossibile pretendere una veridicità oggettiva e assoluta delle notizie[19], si sono formulati nel tempo indirizzi più elastici che fanno ricorso alla semplice verosimiglianza e ammettono, in caso di c.d. verità putativa, cioè erroneamente ritenuta esistente, l'applicabilità dell'art. 59, co. IV cod. pen. e quindi l'esclusione della diffamazione, punita soltanto a titolo

---

dalla Cassazione civile sul requisito della "continenza" (Cass. Civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Dir. Inf.*, 1985, p. 143 ss. – c.d. sentenza "decalogo"), si veda MANNA, *Tutela penale dell'onore, cronaca giudiziaria e diffusione di dati concernenti fatti giudiziari*, cit., p. 275.

[18] Sul punto si veda Cass. Pen., Sez. Unite., 30 giugno 1984, n. 8959, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 44, pronuncia riepilogativa che ha consolidato gli orientamenti in materia ed è stata ripresa nello stesso anno dalla giurisprudenza civile.

[19] Le Sezioni Unite del 1984, a dir il vero, avevano imposto un'interpretazione rigida del concetto di verità, stabilendo che «la necessaria correlazione tra l'oggettivamente narrato ed il realmente accaduto importa l'inderogabile necessità di un assoluto rispetto del limite interno della verità oggettiva di quanto riferito, risultando inaccettabili valori sostitutivi di essa, quali quello della veridicità o della verosimiglianza dei fatti narrati, nonché lo stretto obbligo di rappresentare gli avvenimenti tali quali sono». In senso conforme, più recentemente, Cass. Pen., sez. V, 22 aprile 2004, n. 24709, *C.E.D.* n. 229710.

doloso[20]. La questione dell'esimente putativa del diritto di cronaca è stata oggetto di numerose pronunce e l'orientamento ormai maggioritario ne condiziona l'operatività all'assolvimento, da parte del cronista, dell'onere di esaminare, controllare e verificare la notizia – e di fornire prova di un simile controllo –, non essendo sufficiente l'affidamento in buona fede sull'elevata attendibilità della fonte[21].

Il requisito della pertinenza, invece, costituisce il discrimine tra la diffusione di una notizia che sia di interesse per la collettività e «ogni inutile eccesso e ogni aggressione dell'interesse morale della persona»[22]. Integra, perciò il carattere dell'utilità sociale dell'informazione, che non va confuso con la curiosità o l'interesse meramente "voyeuristico" del pubblico[23] e confina, perciò, direttamente con la tutela di un ulteriore bene giuridico, cioè il diritto alla riservatezza[24].

Margini di incertezza necessariamente permangono in merito al requisito della continenza, intesa come utilizzo di una forma e di un linguaggio non inutilmente aspri o aggressivi, pretestuosamente denigratori, ambigui o subdoli. Fermo restando, infatti, che l'attacco nei confronti di un determinato soggetto, ove sia gratuito e personale e travalichi il contenuto stesso (veritiero e pertinente) della notizia, esclude la continenza[25], la forma della comunicazione va valutata, caso per caso, alla stregua del livello di gravità della notizia e, quindi, del fine ultimo della cronaca del fatto[26].

---

[20] Tesi, quest'ultima, già avanzata dalla dottrina, in particolare si veda NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, p. 80 ss.
[21] Si vedano, *ex multis*, Cass. Pen., sez. V, 31 marzo 1999, n. 12024, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 137 ss.; Cass. Pen., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 8042, *C.E.D.* n. 233403; Cass. Pen., sez. V, 5 marzo 2010, n. 23695, *C.E.D.* n. 247524. Si rinvia, inoltre, all'analisi approfondita di PEZZELLA, *La diffamazione: responsabilità penale e civile*, Torino, 2009, p. 260 ss.
[22] Questa l'espressione di Cass. Pen., sez. V, 6 luglio 1992, n. 7632, *C.E.D.* n. 192209.
[23] Si veda, in tal senso, Cass. Pen., sez. V, 4 ottobre 2007, n. 46295, *C.E.D.* n. 238290.
[24] MANNA, *Tutela penale dell'onore, cronaca giudiziaria e diffusione di dati concernenti fatti giudiziari*, cit., p. 274 rileva come, attraverso il requisito della continenza, sia protetto "in via di supplenza" il diritto alla riservatezza.
[25] Cfr. Cass. Pen., sez. V, 21 dicembre 2000, n. 6925, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 230 ss.
[26] Si vedano Cass. Pen., sez. V, 8 febbraio 2005, n. 11950, *C.E.D.* n. 231711 e Cass. Pen., sez. V, 20 aprile 2005, n. 19381, *C.E.D.* n. 231562.

Per la delimitazione del diritto di critica, in parte possono essere mutuate le considerazioni svolte in materia di cronaca, trovando applicazione i tre requisiti costitutivi esaminati, in parte si avverte talora l'esigenza di apportare alcuni indispensabili correttivi. La critica, infatti, comporta un'attività di tipo valutativo che esprime un giudizio e non si limita a una narrazione fattuale, richiedendo maggiore flessibilità nell'accertamento dei parametri di verità, pertinenza e continenza[27].

Così, in alcuni casi la giurisprudenza ha espressamente escluso il requisito della veridicità, riconoscendo al giudizio critico carattere soggettivo, ferma la necessità che l'attività abbia una rilevanza sociale e sia rispettata la correttezza formale[28]; in altri, invece, si è ribadito come la verità sia un presupposto di operatività tanto del diritto di cronaca quanto del diritto di critica, *a fortiori* nel caso in cui sia posto a fondamento dell'elaborazione valutativa un fatto obiettivo[29].

3. Film di finzione e film-verità: l'opera audiovisiva tra diritto di creazione artistica, diritto di critica e diritto di cronaca.

Quanto premesso in merito alla libertà di manifestazione del pensiero deve essere ora traslato e applicato nell'alveo dell'audiovisivo, con la peculiarità dell'intervento di un ulteriore interesse in gioco, la libertà dell'arte sancita dall'art. 33 Cost. La tutela dell'onore e della reputazione, ricompresi tra i diritti inviolabili della personalità, deve, perciò, nel contesto delle opere dell'ingegno

---

[27] GULLO, *Diritto di critica e limiti*, in *I delitti conto l'onore* (a cura di SIRACUSANO), Torino, 2001, p. 173 ss. rileva come la libertà dialettica necessaria allo svolgimento dell'attività di critica imponga maggiore tolleranza nei confronti di un linguaggio più aspro e ironico. Si veda, inoltre, in riferimento alla satira, considerata una forma peculiare di critica non inquadrabile come scriminante autonoma, MANTOVANI M., *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. Inf.*, 1992, p. 310 ss.

[28] Cass. Pen., sez. V, 2 luglio 2004, n. 2247, *C.E.D.* n. 231269.

[29] In tal senso, Cass. Pen., sez. V, 6 giugno 2006, n. 29383, *C.E.D.* n. 235004 e Cass. Pen., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 7662, *C.E.D.* n. 236524.

aventi natura artistica, essere adeguatamente bilanciata con le libertà di cui agli artt. 21 e 33 Cost.[30].

È noto come attraverso la rappresentazione filmica, cinematografica o televisiva, vengano spesso raccontate, con margini più o meno elastici di libera ricostruzione in forma romanzata, fatti di cronaca o vite di personaggi noti appartenenti al mondo della politica, dello spettacolo, della cultura o dello sport. All'interno di questa tipologia di opera audiovisiva, la dottrina ha proposto una distinzione tra film di *fiction*, che si limitano a ispirarsi a un episodio o a personaggi reali, discostandosene poi in modo chiaro ed espresso, attraverso un lavoro di fantasia e rielaborazione[31], e c.d. film-verità (i docufilm e, per certi versi, i *biopic)* che tendono a una ricostruzione più o meno fedele dei fatti, svolgendo anche una funzione informativa e di sollecitazione critica nei confronti degli spettatori, tanto da utilizzare i nomi reali di persone e luoghi esistenti[32].

Per i film-verità è immediato il rinvio ai diritti di cronaca e di critica, trattandosi di opere il cui fine è la narrazione di fatti più o meno recenti con l'intento di orientare gli spettatori secondo determinate finalità culturali o ideologiche[33]. In questi casi, a ben vedere, l'espressione artistica si presta a veicolare un pensiero nella sua accezione più razionale, rientrando a pieno titolo nell'alveo dell'art. 21 Cost.

---

[30] CHIUCHIOLO, *Profili di diritto penale cinematografico*, cit., pp. 28–34 osserva come il cinema sia «una sentita e approvata manifestazione culturale, ad ampio raggio, veicolo di quegli scopi scientifici e didattici richiamati anche dalla L.D.A.» e, ancora, come il mezzo cinematografico si sostanzi in «narrazione ma anche immagine, o meglio una narrazione fatta di immagini» con inevitabili ripercussioni sui diritti della personalità dei soggetti rappresentati.

[31] A tal riguardo, si pensi al ricorso frequente, nei titoli di coda del film, a formule del tipo «ogni riferimento a persone esistenti o a fatti realmente accaduti è puramente casuale» o altre simili.

[32] Per la distinzione tra le due categorie di opere, si veda PEZZELLA, *La diffamazione: responsabilità penale e civile*, cit., p. 376 ss.

[33] Così SAMMARCO, *Film verità e diritto di cronaca*, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 630 ss., secondo il quale il problema dell'esercizio del diritto di cronaca investe in pieno i film-verità. Si vedano le decisioni di Cass. Civ., Sez. I, 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro It.*, 1996, I, p. 1253 ss. (relativa al film "L'appello" relativo al caso Re Cecconi del 1977) e Trib. Roma, 10 maggio 2002, in *Dir. Inf.*, 2002, p. 821 ss. (relativa al film "I banchieri di Dio" sull'assassinio di Roberto Calvi nel 1982), che, esaminando come erano stati trattati i temi e le vicende oggetto delle due opere filmiche, riconobbero l'esistenza del diritto di cronaca.

Il vero problema, tuttavia, attiene alla commistione, connaturata all'opera filmica e perciò frequente, di elementi di verità storica, spesso riconducibili anche a vicende giudiziarie in corso o concluse, e di componenti di *fiction*. Se è vero che la strada dell'assimilazione dell'opera audiovisiva di parziale fantasia alla stampa e all'informazione giornalistica non è percorribile, non si può tuttavia non tener conto, nella valutazione dei profili diffamatori di un film, dei requisiti costitutivi dei diritti di cronaca e critica qualora si scelga di rappresentare personaggi reali, pur con le suggestioni e i toni offerti dallo strumento cinematografico[34].

Sull'operatività o meno delle scriminanti in esame e, ancora prima, sulla configurabilità di ipotesi diffamatorie, tuttavia, dovrebbe in qualche modo incidere la libertà di creazione artistica che, secondo un orientamento interpretativo, godrebbe di tutela assoluta, in ragione del fatto che l'opera d'arte è diretta a suscitare emozioni: tant'è che l'art. 33 Cost. non pone alcun vincolo alle libertà dell'arte e della scienza[35], a differenza dell'art. 21 Cost. che limita l'esercizio della manifestazione del pensiero attraverso il riferimento al buon costume[36]. Parte della dottrina ha, infatti, tentato di formulare una scriminante della libertà dell'arte, che sussisterebbe ogniqualvolta un'opera risulti ispirata

---

[34] In questi termini si è espresso Trib. Roma, 22 giugno 1998, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 626 ss. (relativamente al film "Giovanni Falcone" di Giuseppe Ferrara, in cui Bruno Contrada viene rappresentato come "u' dottore", con esplicito riferimento alla sua presunta collusione con la mafia) secondo cui «una cosa è tratteggiare personaggi e vicende di mafia seguendo unicamente il criterio dell'invenzione e della ricostruzione puramente immaginaria, altro è prescegliere di narrare vicende e rappresentare personaggi del reale». La vicenda si chiudeva soltanto nel 2008 con conferma da parte della Cassazione della fattispecie diffamatoria.

[35] Decisamente interessante in riferimento alla funzione scriminante della libertà della scienza è la decisione, a dir il vero un *unicum*, resa da Cass. Pen., 13 dicembre 1993, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 1199 ss., secondo cui «in tema di diffamazione a mezzo stampa, per l'attività di scienza opera il principio di libertà fissato dall'art. 33 Cost., senza lo specifico condizionamento della verità del fatto […], sicché il giudice ha il solo compito di stabilire la natura scientifica dell'opera, nella sua rigorosa formalità, per il metodo, lo stile ed il contenuto […]. Pertanto, una volta stabilito che l'attività scientifica non può soffrire limiti, consegue che non può essere ritenuta mezzo o modalità della violazione della sfera morale altrui, in termini di lesione del bene tutelato dall'art. 595 cod. pen.».

[36] Sul punto cfr. CASSESE, *Art. 33–34*, in *Rapporti etico-sociali. Art. 29 – 34*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di BRANCA), Bologna – Roma, 1976, p. 227 ss. e NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 76 ss. Sulla teoria che attribuisce alla libertà artistica carattere di "materia privilegiata" già sul piano costituzionale, si veda RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, cit., p. 23 e ss.

esclusivamente dallo «scopo intrinseco di realizzare il mondo dell'immaginazione»[37].

Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione assolutamente minoritaria che è rimasta perlopiù una posizione accademica, senza trovare mai concreta attuazione e condivisione da parte della giurisprudenza[38]. Probabilmente il timore di un'espansione incontrollata dei margini di impunità in un settore già incerto e privo di parametri univoci ha indotto i giudici a non riconoscere piena cittadinanza alla scriminante artistica, che rinvierebbe più a canoni estetici che non a possibili definizioni giuridiche[39]. Il fine dell'opera – artistico, informativo, di critica o apertamente diffamatorio – è estraneo, secondo questa interpretazione, alla struttura del reato e quindi indifferente ai fini dell'integrazione dei suoi elementi costitutivi: una finalità artistica potrebbe, al limite, legittimare la concessione di attenuanti generiche, in quanto aspetto meramente accidentale rispetto al fatto di reato[40].

---

[37] Così, secondo NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 76 ss., un'opera «dovrà considerarsi coperta dalla scriminante della libertà dell'arte quando essa riveli, nella sua struttura, l'assenza di finalità pratiche e utilitarie, estranee alle leggi della fantasia […]. Sotto questo profilo, una poesia di propaganda non sarà mai opera d'arte […]». L'A. chiarisce come debbano tenersi ben distinte la struttura e la finalità oggettiva dell'opera, da un lato, e i moventi soggettivi, dall'altro: «anche un'opera d'arte indiscussa quale la Divina Commedia può essere stata ispirata da moventi politici; ma ciò non ha niente a che fare con il finalismo dell'opera».

[38] Secondo Trib. Cagliari, 13 marzo 1989, in *Riv. Giur. Sarda*, 1990, p. 138 ss. (con nota di ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità del romanziere nella rappresentazione di fatti e vicende contemporanei*), l'art. 33 Cost. atterrebbe alla sola libertà interiore del titolare del diritto e, quindi, al momento della creazione dell'opera, trovando invece applicazione l'art. 21 Cost. in riferimento alla diffusione dei pensieri incorporati nelle opere artistiche, pertanto dato che «la problematica posta dall'art. 595 cod. pen. attiene non già al momento della formazione dell'opera, ma a quello della sua diffusione, i riferimenti costituzionali debbono circoscriversi, esclusivamente, all'art. 21 Cost.» che acquista efficacia scriminante solo in presenza dei requisiti di verità, pertinenza e continenza. In senso conforme Trib. Mondovì, 8 marzo 2002, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 336 ss. (con nota di MAROCCHI, *Diffamazione a mezzo romanzo e diritto di creazione artistica*), sul libro "Fattacci", scritto da Vincenzo Cerami e pubblicato nel 1997 da Einaudi, che trattava anche l'omicidio di Giancarlo Ricci per mano di Pietro De Negri, il "Canaro della Magliana".

[39] Conferma questo timore MAROCCHI, *Diffamazione a mezzo romanzo e diritto di creazione artistica*, cit., p. 345, secondo la quale nella giurisprudenza «il problema delle cosiddette "offese artistiche", pur correttamente impostato in via di principio, non viene compiutamente affrontato […]. Permane, pertanto, l'esigenza di ulteriori approfondimenti per individuare i limiti della "creazione artistica" ed evitare che si delinei, in questo campo, una sorta di immunità».

[40] Per una considerazione del fine artistico dell'opera in chiave di attenuante generica, si veda Trib. Cagliari, 13 marzo 1989, cit., pp. 172–173.

La giurisprudenza civile, al fine di salvaguardare in concreto la libertà dell'arte, ha tentato percorsi interpretativi più evolutivi, ritenendo, seppur di rado, che venga meno l'esistenza dell'illecito aquiliano diffamatorio ove l'affermazione o il fatto potenzialmente offensivo non esulino dallo sforzo creativo dell'autore e manchi la percezione da parte dei fruitori del loro carattere veritiero, e perciò offensivo dell'onore e della reputazione altrui[41].

Da un'attenta disamina della giurisprudenza penale in materia, invece, sembra che l'opera d'arte non venga mai considerata in sé, quale prodotto libero del genio intellettivo e creativo del suo autore, bensì come il mezzo attraverso cui può realizzarsi l'offesa a un diritto penalmente tutelato quale l'onore. Ogniqualvolta venga rappresentato un fatto o un personaggio riconducibile a situazioni realmente esistenti, vengono in rilievo i diritti della personalità dei soggetti potenzialmente coinvolti[42], presentandosi come unici e possibili *escamotage* scriminanti i diritti di cronaca e di critica. La rielaborazione di un fatto di cronaca all'interno di un film, infatti, non potrebbe comunque alterare la verità dei fatti, né svincolarsi dalla rilevanza generale dell'oggetto della narrazione e dal canone di correttezza formale ed espressiva[43].

Occorre evidenziare, peraltro, come l'accertamento dei requisiti costitutivi delle scriminanti richiamate assuma alcune peculiarità qualora ci si trovi di fronte a un'opera audiovisiva. È opinione condivisa, infatti, che si debba effettuare una valutazione più ampia e complessa che tenga conto dell'intero

---

[41] Emblematica, in tal senso, è la massima espressa da Cass. Civ., sez. III, 7 maggio 2009, n. 10495, in *Dir. Aut.*, 2010, p. 65 ss. (con nota di FABIANI, *Diffamazione a mezzo opera d'arte e trasfigurazione creativa della realtà*): «perché possa dirsi concretata la diffamazione a mezzo opera teatrale, cinematografica o letteraria non è sufficiente che il giudice accerti la natura non veritiera di fatti o circostanze attinenti una persona menzionata, che possano potenzialmente arrecare offesa alla sua dignità, ma è necessario che accerti altresì che non si tratti di un'opera artistica, in quanto tale caratterizzata dalla idealizzazione della realtà ed espressa mediante le più varie figure retoriche tendenti alla trasfigurazione creativa; che, pertanto, l'espressione diffamatoria sia stata effettivamente percepita dal pubblico dei fruitori non solo come veritiera, ma soprattutto come gratuitamente offensiva».

[42] Si veda Cass. Pen., sez. V, 25 settembre 2008, n. 41283, *C.E.D. n.* 241597 secondo cui «il diritto alla creazione letteraria non può scriminare offese gratuitamente rivolte ad un soggetto identificato o, comunque, facilmente identificabile e privo di rilievo nella dimensione storica e sociale rappresentata […], né detta individuazione è necessaria ai fini del risultato d'espressione artistica o di critica sociale, conseguibile anche con riferimenti generici o di fantasia».

[43] *Amplius* SAMMARCO, *Film verità e diritto di cronaca*, cit., p. 632 ss.

contesto narrativo del film, avendo questo una potenzialità offensiva più diffusa e articolata per il tramite dei contributi visivi e sonori che lo connotano[44].

Il quadro interpretativo è, pertanto, piuttosto univoco nel voler vincolare la libertà dell'arte, nel settore audiovisivo, ai limiti già posti alla libertà di manifestazione del pensiero, non potendosi negare all'opera audiovisiva una valenza, oltre che estetica e poetica, com'è proprio di una visione più romantica dell'arte, altresì informativa e formativa di una coscienza collettiva. Se è incontestabile, volendo muoversi in un discorso più astratto e filosofico, il carattere autonomo della creazione artistica in sé, che non può che essere un processo necessariamente libero, è altresì inevitabile riconoscere in un film un contenuto, concettuale e ideologico, impregnato di una forte rilevanza sociale, che deve essere necessariamente bilanciato con i diritti della personalità eventualmente incisi.

[44] Sul punto si veda Trib. Roma, 10 maggio 2002, cit., p. 821 ss., secondo cui «la forza evocatrice delle immagini e la carica emotiva che suscitano nello spettatore impongono, diversamente dallo scritto, la necessità di analizzare l'intero contesto entro il quale il film si snoda (sequenza e concatenazione delle immagini, scelta dei personaggi e sottolineature musicali)».

CAPITOLO II

L'ANTINOMIA DELL'ARTE CINEMATOGRAFICA OSCENA

SOMMARIO: 1. *Index "filmorum" prohibitorum*: un passato non così lontano. – 2. La nozione di "osceno" tra elasticità e indeterminatezza. – 3. La natura giuridica dell'artisticità dell'opera *ex* art. 529 cod. pen. – 4. Verso lo smantellamento del doppio sistema di censura amministrativa e repressione penale.

1. *Index "filmorum" prohibitorum*: un passato non così lontano.

Un'ultima problematica che si vuole qui approfondire è l'ambito applicativo del delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni di cui all'art. 528 cod. pen., di recente parzialmente depenalizzato[45], in parte per ragioni di sistematicità, completandosi con esso lo schema ad ampio raggio che si è tentato di tracciare sulle criticità afferenti l'opera audiovisiva nel ramo penale dell'ordinamento giuridico italiano, in parte per il diretto coinvolgimento in questa tematica della libertà artistica *ex* art. 33 Cost. che, diversamente da quanto esaminato rispetto all'interazione con il diritto all'onore e alla reputazione in materia di diffamazione, assume qui, rispetto al bene giuridico del pudore, tutta un'altra portata.

Se, infatti, in presenza di un potenziale conflitto tra beni di rango costituzionale in cui siano coinvolti i diritti della personalità, si impone la tutela e la prevalenza di questi ultimi sulle altre libertà, il rapporto giuridico tra arte e oscenità, intesa come l'offesa al comune sentimento del pudore, si è posto, anche e soprattutto in una prospettiva diacronica, in modo più complesso.

L'evoluzione legislativa in materia di repressione penale dell'osceno è stata già significativa e, per certi versi, dirompente nel passaggio dal Codice Zanardelli al Codice Rocco: l'art. 339 del precedente codice penale incriminava, infatti, chiunque offendesse «il pudore con scritture, disegni o altri oggetti osceni, sotto qualunque forma distribuiti o esposti al pubblico o offerti in

[45] Si veda il D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 che ha depenalizzato i primi due commi dell'art. 528 cod. pen., mantenendo l'illiceità penale per i fatti descritti ai successivi commi.

vendita». Non vi era spazio, né a livello normativo né in sede giurisprudenziale, per ritenere che il valore letterario o estetico di una data opera ne escludesse l'oscenità: soltanto la moralità dell'ispirazione artistica e, conseguentemente, la sua finalità catartica potevano sottrarre l'opera a un'eventuale incriminazione[46], perché facevano venire meno la potenziale offesa al pudore, pur trattandosi di questioni che dovevano essere analiticamente provate di fronte al giudice[47].

Il giudizio etico si imponeva prepotentemente su qualsiasi valutazione di natura estetica, da un lato comprimendosi le libertà d'arte e d'espressione, dall'altro esercitando lo Stato un forte controllo sulla società civile contro pericolose derive di immoralità e decadenza dei costumi.

La situazione si è capovolta radicalmente, anche se inizialmente soltanto sulla carta, con il Codice Rocco che, dopo aver descritto la fattispecie delittuosa di pubblicazioni e spettacoli osceni (art. 528 cod. pen.[48]), ha introdotto l'art. 529 cod. pen. che al I comma definisce «osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore» e al II comma esclude l'oscenità dell'opera d'arte o di scienza, «salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore

---

[46] Si veda PULITANÒ, *Il buon costume. Osceno, arte e scienza,* in *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, p. 204 ss.

[47] Interessante la ricostruzione di SPIRITO, *Profili storico-dommatici della problematica arte-osceno*, Napoli, 1981, p. 11 ss., che evidenzia come la giurisprudenza salvasse l'arte non in quanto arte, ma soltanto qualora non rivestisse i caratteri di oscenità: si doveva, perciò, dimostrare che i brani o le immagini incriminate non sollecitassero istinti erotici e turpi. Secondo Cass. Pen., 7 giugno 1926, in *Giust. Pen.*, 1926, p. 478 ss., riportata dall'A., «l'arte deve tendere a purificare l'ambiente, deve ingentilire, non insozzare il costume».

[48] Prima della recente depenalizzazione parziale, il I comma della norma sanzionava penalmente, peraltro con la reclusione fino a tre anni e una multa, «chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie» e, con la medesima sanzione penale, chi facesse commercio, distribuisse o esponesse pubblicamente gli oggetti osceni. È prevista ancora come reato, non senza suscitare perplessità, la condotta di chi adoperi qualsiasi mezzo di pubblicità per favorire la circolazione degli oggetti osceni e di chi dia «pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità».

degli anni diciotto». Se prima ciò che era osceno non poteva qualificarsi come arte, ora l'arte non può qualificarsi oscena[49].

L'elevato tasso di ambiguità dell'espressione usata dal legislatore («non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza»[50]) ha, tuttavia, suscitato confusione e una certa resistenza, prima ancora che a livello dogmatico–interpretativo – sul punto si tornerà più avanti – a livello socio–culturale[51], impiegando diversi anni ad affermarsi e consolidarsi la concezione crociana di arte "pura"[52], priva di contenuto finalistico e svuotata di funzioni, posta a fondamento dell'art. 529 cod. pen.[53]. L'antinomia insita nell'esclusione normativa, in modo espresso, dell'oscenità in capo all'opera artistica e

---

[49] SPIRITO, *Profili storico-dommatici della problematica arte-osceno*, cit., p. 41 osserva come l'art. 529 cod. pen. esprima proprio l'esigenza di svincolare l'arte dalla morale e da qualsiasi giudizio valutativo di tipo etico, ponendola quale oggetto esclusivo di un giudizio estetico.

[50] Si leggano le chiarissime parole di Pasolini, riportate da CHIUCHIOLO, *Profili di diritto penale cinematografico*, cit., pp. 42–43: «tante volte mi chiedo, a proposito del famigerato codice Rocco […] che cosa si intenda dire per "opera d'arte", nell'articolo in cui si afferma che "l'opera d'arte", in quanto tale, giustifica anche eventuali oscenità. Ho l'impressione che nelle aule dei tribunali italiani si tenda ad attribuire alla parola "opera d'arte" il significato di "opera di poesia" o "capolavoro", e non il suo significato ragionevole di opera eseguita a livello artistico […]. Ossia mi sembra che in genere nei tribunali italiani si ponga a uno scrittore il dilemma: "O la poesia o la prigione". Ora è ben chiaro che, per quanto onesto sia, per quanto si impegni sempre allo stesso modo, non sempre un poeta fa della poesia: Petrarca stesso, per esempio, fa della "poesia" (che nessuno può definire) solo in alcuni sonetti […]: tuttavia egli è sempre Petrarca, la sua scrittura è sempre una scrittura artistica. Lo stesso vale naturalmente per Boccaccio: egli non sempre nelle sue stupende novelle è poeta, ma la sua scrittura è sempre la scrittura di un poeta. Ora se una sua novella è scritta a livello artistico, ma non raggiunge la poesia, nel caso che parli di cose che il nostro ineffabile "sentimento del pudore" ritiene oscene, deve essere dunque considerata reato?».

[51] Emblematica è l'osservazione di MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1951, II, p. 439 ss. che, prescindendo da considerazioni di carattere giuridico *stricto sensu*, definì l'arte, così come messa in primo piano dal nuovo codice penale, quale "salvacondotto della pornografia" e affermò che «l'infelice disposizione del cpv. dell'art. 529 cod. pen. toglie la massima parte della sua efficacia pratica all'art. 528». In senso conforme, secondo MARCIANO, *L'oltraggio al pudore e l'opera d'arte*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1932, p. 829, l'art. 529 cod. pen. garantirebbe «un'impunità concessa, generosamente, quasi inesplicabilmente, ad un reato perfetto e completo nel suo elemento subbiettivo ed obbiettivo».

[52] La concezione crociana dell'arte come puramente estetica e non utilitaria è, peraltro, l'unica costituzionalmente legittima, se si accoglie la tesi per cui la Costituzione avrebbe attribuito alla libertà artistica un suo fondamento del tutto autonomo: così GRISOLIA, *Arte*, cit., p. 100 ss.

[53] Si veda la *Relazione ministeriale al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, II, Roma, p. 317, in cui si afferma che «la legge penale deve non obliterare o conculcare le supreme necessità della scienza e le insopprimibili aspirazioni dello spirito umano verso le bellezze dell'arte. Il vero bello artistico, nella purezza delle linee estetiche, non offende mai il sentimento del pudore, perché l'uomo normale quando sia preso dal godimento che le manifestazioni dell'arte destano nel suo spirito, non è mai mosso da desideri impuri».

l'interpretazione che assoggettava l'arte cinematografica ai rigidi canoni di una morale conservatrice non sembrava sanarsi in alcun modo.

Soltanto nella seconda metà degli anni '80 [54] si iniziò a registrare un'inversione di tendenza nella prassi giudiziaria che accantonò definitivamente l'*index "filmorum" prohibitorum* fino ad allora costantemente aggiornato e arricchito, ricorrendo all'art. 529 cod. pen., con opere filmiche che portano la firma di autori quali Michelangelo Antonioni, Bernardo Bertolucci, Pier Paolo Pasolini e Luchino Visconti, solo per citarne alcuni, in aggiunta alla copiosa filmografia pornografica per la quale originariamente era stato concepito l'art. 528 cod. pen. [55]. L'interprete, il legislatore e la società sembrarono improvvisamente allinearsi nel ritenere che il pericolo di offesa al comune sentimento del pudore – perché di reato di pericolo astratto trattasi[56] – dovesse escludersi qualora si avesse di fronte un'opera audiovisiva "artistica", pur in presenza di toni, contenuti e suggestioni forti ed espliciti: si erano dilatati e allentati in maniera direttamente proporzionale da un lato il concetto di arte, dall'altro le maglie del giudizio, sociale e perciò giuridico, sul sentimento del pudore.

---

[54] Proprio nel 1987 venne "riabilitato" il film "Ultimo tango a Parigi", con una sentenza del Tribunale di Roma che, preso atto del mutato contesto socio-culturale e della distanza storica rispetto all'avvio della vicenda giudiziaria (nel 1973) che aveva portato la pellicola di Bertolucci fino in Cassazione, ordinò il dissequestro del film con formula di assoluzione piena per gli imputati "perché il fatto non sussiste". Per l'intera ricostruzione del caso giudiziario richiamato, si rinvia all'Appendice giurisprudenziale in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale* (a cura di MASSARO), Roma, 2013, p. 93 ss.

[55] Per un'attenta analisi diacronica dell'evoluzione della repressione penale della pornografia, che ha avuto un suo percorso autonomo, a partire dalla legge 17 luglio 1975, n. 355 e con il successivo consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale volto a legittimarne il commercio e la diffusione entro certi limiti e con determinate cautele, si rinvia a CHIUCHIOLO, *Profili di diritto penale cinematografico*, cit., p. 95 ss.

[56] Secondo Cass. Pen., sez. III, 29 maggio 2002, n. 26608, in *Cass. Pen.* 2003, p. 3431 ss. nel delitto di cui all'art. 528, co. I cod. pen. «la soglia della rilevanza penale è anticipata sino a ricomprendere condotte solo astrattamente idonee ad offendere il pudore, secondo una stima prognostica ancorata a valutazioni medie che consentono l'elaborazione di modelli comportamentali ritenuti socialmente vincolanti e pertanto recepiti dall'ordinamento penale».

2. La nozione di "osceno" tra elasticità e indeterminatezza.

La definizione di osceno coniata dal legislatore nell'art. 529 cod. pen., come si è visto, ha fatto emergere quale bene giuridico tutelato dalla fattispecie in esame il "comune sentimento del pudore", causando non pochi problemi interpretativi e applicativi.

Pur avendo ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale[57], la perifrasi descrittiva del concetto di osceno ha assemblato tre termini tutt'altro che univoci, per la cui comprensione si dovrebbe rinviare a nozioni di psicologia e sociologia[58]. La dottrina maggioritaria qualifica il "comune sentimento del pudore", difatti, come elemento normativo extragiuridico, caratterizzato da un'elasticità al limite dell'indeterminatezza [59]: la definizione di cui all'art. 529 cod. pen., pur funzionando da "organo respiratore" [60] delle fattispecie in materia di osceno, consentendone un adeguamento nel tempo al mutato contesto sociale, si espone tuttavia a interpretazioni diverse anche nello stesso momento storico e in situazioni speculari, a seconda delle particolari esigenze

---

[57] Corte Cost. 16 dicembre 1970, n. 191, in *Giust. Pen.*, 1971, I, p. 71 ss. ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale sollevata con riferimento agli artt. 527, 528 e 529 cod. pen. per violazione del principio di legalità *ex* art. 25, co. II Cost., in particolare sul fronte della (carente) tassatività delle fattispecie in materia di osceno. Secondo la Consulta: «quando la legge penale prevede la tutela di beni immateriali, il ricorso a nozioni proprie del linguaggio e dell'intelligenza comuni, è inevitabile […]. Per quanto attiene, in particolare, alla difesa del pudore, il rinvio alla morale, al buon costume e, nominativamente al "comune sentimento" (art. 529 cod. pen.) è legittimo, trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione». Condivide questa tesi MUSCO, *Comune sentimento del pudore e art. 25 comma 2° Cost.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970, p. 1235 ss.

[58] Interessante, in quest'ottica, è Cass. Pen., sez. III, 3 febbraio 1977, n. 1809, in *Giur. It.*, 1978, II, p. 71 ss., che tenta di definire il pudore come «fenomeno biologico umano, che si esprime in una reazione emotiva, immediata e irriflessa, di disagio, turbamento e repulsione in ordine a organi del corpo o comportamenti sessuali che, per ancestrale istintività, continuità pedagogica, stratificazione di costume ed esigenze morali, tendono a svolgersi nell'intimità e nel riserbo». Inoltre «il sentimento, diversamente dal senso, coinvolge anche una valutazione positiva, sul piano morale ed etico, dell'atteggiamento psicologico di verecondia penalmente protetto».

[59] *Amplius* sulla problematica cfr. BRICOLA, *La discrezionalità in diritto penale*, Milano, 1965, p. 167 ss. e RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, cit., p. 73 ss. Diversamente, secondo GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II, Il reato, Parte I, La fattispecie oggettiva*, cit., p. 144 il pudore andrebbe inquadrato tra i "concetti aperti", posto che per la sua comprensione «occorre utilizzare realtà extra normative di natura sociale, etica, psicologica, non consolidate in regole di comportamento».

[60] L'incisiva definizione è di BRICOLA, *op. cit.*, p. 183 ss.

sottese al caso concreto e della sensibilità dell'organo giudicante, peraltro non censurabile in Cassazione trattandosi di valutazione di merito[61].

L'individuazione di parametri giuridici idonei a rintracciare l'offesa al pudore ha dato luogo a diverse teorie, spesso contrapposte. Un approccio presto superato è stato quello di tipo deontologico, che tendeva a ricostruire il concetto di pudore come immutabile nel tempo e nello spazio, assoluto e preesistente all'uomo.[62]

Altra concezione che prese piede in dottrina e trovò il favore della giurisprudenza – perché non ne imbrigliava le valutazioni in sede processuale entro schemi predefiniti – fu quella c.d. storico-statistica che relatizzava al massimo il concetto di pudore, interpretandolo come un valore storicizzato che di epoca in epoca e di luogo in luogo viene diversamente vissuto dalla maggioranza dei consociati[63]. Si è, tuttavia, contestato che l'ampia discrezionalità riconosciuta da questo orientamento all'organo giudicante rischierebbe di degenerare in derive arbitrarie, non essendo il giudizio sull'osceno in alcun modo verificabile o falsificabile[64].

Al fine di arginare la concezione storico-statistica si è tentato di fondare il criterio dell'uomo medio, da considerarsi come "normale" rispetto al contesto storico di appartenenza. La tesi in esame, tuttavia, al di là del merito di mediare

---

[61] Sull'ambiguità definitoria della formula del "comune sentimento del pudore" che si presta facilmente a trasformarsi in una scatola vuota nelle mani dell'interprete, si veda MASSARO, *Lo spettacolo cinematografico osceno tra elementi elastici e difetto di determinatezza*, in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, cit., p. 39 ss.

[62] Secondo NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 222, il legislatore avrebbe inteso sottolineare la funzione di dover essere sottesa alla tutela penale.

[63] Così, *ex multis,* MAZZANTI, *L'osceno e il diritto penale*, Milano, 1956, p. 32 ss. La tesi sembra sorretta dalla *Relazione ministeriale al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, II, Roma, 1929, p. 317, secondo cui «il concetto di oscenità importa un criterio di relatività, dovendo mettersi in rapporto con la morale di un determinato popolo in un determinato momento storico». La stessa concezione è stata anche definita storico-relativa o storico-evolutiva: si veda, *ex multis*, Cass. Pen.., sez. III, 3 febbraio 1984, n. 5308, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 2023 ss.

[64] Ritiene, contrariamente, MUSCO, *Comune sentimento del pudore e art. 25 comma 2° Cost.*, cit., p. 1247 ss., che la sfiducia nei confronti dell'attività eterointegratrice del giudice non sia altro che un pregiudizio infondato, dato che è proprio l'organo giudicante a dare concretezza al valore sotteso alla norma giuridica. Per un'analisi approfondita delle diverse teorie e delle argomentazioni addotte a favore e contro le stesse, si veda FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, p. 8 ss.

tra soluzioni opposte, traduce l'aggettivo "comune" (del sentimento del pudore) in "normale"[65], limitandosi a una tautologia che nulla aggiunge e nulla toglie.

Al di là delle diverse teorie, è un dato di fatto che il giudizio in materia di osceno sia andato nel tempo via via relativizzandosi sempre di più, fino a parametrarsi esclusivamente al contesto ambientale della proiezione, cioè alla potenziale utenza, al grado di informazione diffusa dal distributore dell'opera sui contenuti della stessa – con eventuale limitazione della visione a un pubblico maggiorenne – rimettendo, perciò, in ultima istanza l'integrazione dell'offesa al pudore alla libertà di autodeterminazione dello spettatore[66]. Sulla falsariga di quanto è avvenuto in materia di repressione penale della pornografia, perciò, il "comune sentimento del pudore" è diventata una definizione quanto mai vuota e inefficace e il delitto di cui all'art. 528 è stato, di fatto, abrogato, prima ancora che dal legislatore, dal mutato scenario etico e sociale.

Si deve prendere atto, infatti, di come l'evoluzione del contesto storico e sociale non incida soltanto sulla percezione del pudore in sé, ma anche e soprattutto, a monte, sulla *ratio* dell'incriminazione. È noto, infatti, come l'art. 528 cod. pen. mirasse, all'epoca della sua introduzione, a combattere ed evitare, in funzione preventiva, la corruzione morale e sessuale, la degenerazione dei costumi e, quindi, da ultimo, il potenziale allarme sociale e giuridico che ne derivasse[67].

---

[65] Si vedano Trib. Bologna, 5 novembre 1965, in *www.rivistadirittodiautore.siae.it* (soltanto massima), secondo cui si deve «avere a parametro la sensibilità dell'uomo medio, dell'uomo normale che vive con sano equilibrio nella società del suo tempo»; Cass. Pen., 15 gennaio 1986, in *Cass. Pen.* 1987, p. 556 ss. fa riferimento ai «consociati di normale levatura morale, intellettuale e sociale nell'attuale momento storico»

[66] In questi termini Trib. Avellino, 16 dicembre 1996, in *www.rivistadirittodiautore.siae.it* (soltanto massima).

[67] Si vedano GRISPIGNI, *Offesa al pudore e all'onore sessuale*, in *Nuovo Dig. It.*, IX, Torino, 1939, p. 26 ss.; LATAGLIATA, *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, voce in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 53 ss., secondo cui la *ratio legis* dell'incriminazione dell'osceno risiede nel «pericolo di contagio sociale connesso ad ogni atto o pubblicazione oscena» e MAZZANTI, *L'osceno e il diritto penale*, cit., p. 350 ss.

Perciò, la depenalizzazione parziale attuata di recente dal D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 costituisce soltanto la presa d'atto esplicita da parte del legislatore, da un lato del nuovo assetto di valori e costumi, dall'altro delle criticità, mai sanate in modo unanime e condiviso, sul fronte dei principi di tassatività e necessaria offensività[68] delle fattispecie di osceno.

3. La natura giuridica dell'artisticità dell'opera *ex* art. 529 cod. pen.

Se, da un lato, la nozione di osceno ha dato luogo a incertezze interpretative soprattutto in riferimento ai parametri valutativi da adottare, dall'altro i tentativi di definire la natura artistica di un'opera, anch'essa elemento normativo extragiuridico, per poter applicare il disposto di cui all'art. 529, cpv. cod. pen. («non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza») hanno dovuto affrontare un duplice problema: cosa possa qualificarsi "giuridicamente" come arte e a quale categoria penalistica essa possa ricondursi con riferimento ai suoi effetti sulla fattispecie di spettacoli osceni[69].

L'inquadramento del concetto d'arte ai fini del diritto penale ha sostanzialmente ripreso, con un forte grado di sintesi e approssimazione, gli studi e le considerazioni proprie della filosofia estetica e della storia dell'arte. Il giudice si è trovato, perciò, a dover maneggiare categorie più che mai complesse, ambigue e inadatte a costituire il fondamento logico-argomentativo di un provvedimento, quale la sentenza penale, idoneo a incidere sulle libertà fondamentali dell'imputato.[70]

Occorre riconoscere, infatti, quanto si riveli inattuale e arbitrario il ricorso a formule e criteri definitori obsoleti, quali l'equilibrio tra forma e contenuto, la

---

[68] In particolare, con riferimento alla carenza della fattispecie di cui all'art. 528 cod. pen. rispetto al principio di necessaria offensività, si vedano FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., pp. 25–26 e MASSARO, *Lo spettacolo cinematografico osceno tra elementi elastici e difetto di determinatezza,* cit., p. 45.

[69] Per un approfondimento delle diverse posizioni emerse nei Lavori preparatori del Codice Rocco, di cui la formulazione utilizzata adottata all'art. 529, cpv. costituisce il risultato di compromesso, si veda SPIRITO, *Profili storico-dommatici della problematica arte-osceno*, cit., p. 35 ss.

[70] FIANDACA, *op. cit.*, p. 153 ss., rileva come il livello di complessità della moderna speculazione estetica abbia condotto a una vera e propria "s-definizione" dell'arte.

corrispondenza tra mezzo espressivo ed emozione interiore o la "fantasiosa trasfigurazione del reale" (che costituirebbe strumento di elevazione spirituale e di godimento estetico)[71], al fine di incasellare qualcosa che ormai sfugge completamente a schemi e regole. Lo stesso criterio del "fine estetico intrinseco"[72], che mira a ricercare un fine puramente artistico insito nell'opera e nell'autore, anziché analizzare il risultato oggettivo raggiunto, se da un lato consente di salvaguardare la libertà artistica riconosciuta all'autore e alla sua *vis* creativa, dall'altro presuppone sempre una valutazione assiologica tutt'altro che facile e "obiettiva".

In tal senso, sicuramente apprezzabile e condivisibile è stato il traguardo raggiunto dall'evoluzione giurisprudenziale che ha portato a riconoscere alla perizia artistica (art. 220 cod. proc. pen.) dignità autonoma al fianco delle forme tradizionalmente riconosciute come più autorevoli, la perizia scientifica e quella tecnica. Dopo una prima fase in cui i canoni estetici venivano direttamente utilizzati dal giudice, *peritus peritorum*, con evidenti margini di manipolazione e strumentalizzazione[73], trattandosi di parametri fortemente elastici rimessi a valutazioni caratterizzate da un elevato tasso di soggettività, fu proprio la seconda parte del lungo *iter* giudiziario che coinvolse il film "Ultimo tango a Parigi" a legittimare definitivamente il ricorso alla perizia artistica, nel caso di specie attraverso la nomina di un collegio di tre esperti che, dopo un'interessante e accurata analisi, ne decretò senza indugio la natura d'opera d'arte[74].

---

[71] Ricorrevano apertamente a questi canoni estetici "classici", *ex multis*, Cass. Pen., sez. III, 13 marzo 1967, n. 395, *C.E.D. n.* 104827; Cass. Pen., sez. III, 30 settembre 1969, n. 1924, *C.E.D. n.* 114130; Cass. Pen., sez. III, 20 dicembre 1973, in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, cit., p. 135 ss.; Cass. Pen., sez. III, 3 febbraio 1984, n. 5308, cit., p. 2023 ss.

[72] Criterio già anticipato da CARNELUTTI, *Arte ed oscenità*, in *Foro It.*, 1947, II, p. 94 ss. e in seguito utilizzato dalla giurisprudenza e approfondito meglio dalla dottrina.

[73] Per un'analisi dell'evoluzione della perizia artistica nel processo penale, si rinvia ad AMODIO, *Perizia "artistica" ed indagini demoscopiche nell'accertamento dell'osceno cinematografico*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, p. 669 ss. e RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, cit., p. 310 ss.

[74] Per alcuni passi della perizia, si veda GIANÌ – TRIONFERA, *Perizia collegiale relativa al film Ultimo tango a Parigi di Bernardo Bertolucci*, in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, cit., p. 73 ss. Si legge nella perizia che «amore e morte, sesso e distruzione, piacere e crisi sono i temi che

Su un piano di dogmatica penalistica, invece, la questione della natura giuridica della "artisticità" dell'opera è stata affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza seguendo percorsi argomentativi diversi. La prima, infatti, spinta dall'esigenza di collocare il disposto dell'art. 529, cpv. cod. pen. all'interno di una categoria penalistica, al fine di valutarne gli effetti sulla struttura del reato e in materia di dolo, ha proposto due orientamenti interpretativi[75].

Il primo indirizzo ha qualificato l'artisticità dell'opera come una scriminante (speciale o comune *ex* art. 51 cod. pen.), cioè come elemento negativo del fatto di reato descritto dall'art. 528 cod. pen., che consentirebbe all'ordinamento, garante tanto della libertà dell'arte quanto del sentimento del pudore, di non entrare in contraddizione con se stesso effettuando una scelta di bilanciamento, cioè stabilendo la prevalenza del carattere artistico sul carattere osceno.

La tesi della scriminante[76], tuttavia, non convince anzitutto su un piano letterale, posto che la formula «non si considera oscena l'opera d'arte» non può intendersi come sinonimica rispetto alle espressioni solitamente utilizzate dal legislatore per descrivere cause di giustificazione («non è punibile chi» o «è esclusa la punibilità quando»). Inoltre la tesi in esame presuppone una potenziale compatibilità e coesistenza tra arte o osceno sul piano naturalistico che soltanto sul piano normativo, per una scelta legislativa, verrebbe meno, ciò in aperto contrasto con i Lavori Preparatori al Codice Rocco, la cui posizione predominante sosteneva l'assenza del carattere di oscenità nell'opera d'arte[77].

---

fanno di *Ultimo tango a Parigi* un film con piena dignità di opera d'arte, soprattutto per il modo in cui questi motivi profondi vengono affrontati. Un'opera d'arte si qualifica come tale quando riesce a cogliere e a rendere in maniera problematica i temi profondi che interessano una società e quando, al contempo, elabora questi temi con una capacità di linguaggio e di stile che la connotano come qualcosa di non producibile commercialmente e secondo gli schemi delle attese comuni […]».

[75] Sul punto si rinvia a LUCIANI, *La nozione penalistica di "opera d'arte" di cui all'art. 529 cod. pen.*, in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, cit., p. 47 ss.

[76] *Amplius* SPIRITO, *Profili storico-dommatici della problematica arte-osceno*, cit., p. 54 ss., che passa in rassegna anche le tesi minoritarie a favore della natura "impeditiva" o estintiva dell'elemento dell'artisticità.

[77] Si veda il precedente § 1 *sub* nota 53.

Dall'ipotesi della scriminante deriverebbe, peraltro, l'operatività piena dell'art. 59, co. IV cod. pen., quindi l'esclusione della punibilità *ex* art. 528 cod. pen., in quanto delitto esclusivamente doloso, ogniqualvolta l'autore ritenga, per errore di fatto, di aver realizzato un'opera d'arte.

Una tesi decisamente più convincente è stata, invece, quella che ha ricostruito l'artisticità come limite esegetico (o limite interno) della norma penale, cioè quale elemento intrinseco e al tempo stesso incompatibile con altri segmenti costituitivi della fattispecie di reato, che concorre ad individuarne l'offesa tipica[78]. Potrebbe, perciò, configurarsi un'ipotesi di coesistenza di un limite "intrinseco" e di un limite "esterno" (una scriminante, ad esempio), qualora venga proiettato uno spettacolo osceno in stato di necessità determinato da altrui minaccia: l'esimente *ex* art. 54, co. III cod. pen. opererebbe in secondo piano rispetto alla valutazione sulla artisticità o meno dello spettacolo *ex* art. 529, cpv. cod. pen., da effettuare a monte. In presenza di errore, quindi, potrebbe ritenersi applicabile, non senza dubbi dovuti alla peculiare categoria degli elementi normativi "culturali" quale l'artisticità[79], l'art. 47, co. III cod. pen., qualificando la rappresentazione erronea come ricadente sul fatto ma mediata da inesatta rappresentazione di un elemento normativo.

Più risoluta e pragmatica si è mostrata la giurisprudenza, che ha qualificato l'artisticità dell'opera come una mera *fictio iuris*[80], una sorta di meccanismo processuale che disattiverebbe la sanzione penale e che opererebbe in maniera

---

[78] Il primo a ricondurre l'art. 529, cpv. cod. pen. ai c.d. limiti interni al fatto tipico, è stato NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 22 ss. Secondo BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1960, p. 756 ss., la "artisticità" va qualificata come limite esegetico della fattispecie di cui all'art. 528 cod. pen., poiché «anche se formalmente per ragioni di semplice topografia legislativa collocato al di fuori della norma-base, si pone in termini di intrinseca incompatibilità con un dato della fattispecie (oscenità), assolvendo così alla funzione interpretativa dei limiti di rilevanza di questo dato e correlativamente di tutto il fatto tipico. Esso attiene inoltre all'interesse garantito, […] non si presenta come un *quid pluris* rispetto all'offensività della fattispecie, la quale risulta invece neutralizzata».

[79] Per un esame dell'incidenza dell'errore sulle norme culturali integratrici del precetto penale, si veda PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, pp. 330–340.

[80] In tal senso si vedano Cass. Pen., 30 ottobre 1969, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1970, p. 1505 ss.; Cass. Pen., sez. III, 20 dicembre 1973, n. 3257, cit., p. 135 ss.; Cass. Pen., sez. III, 29 gennaio 1976, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1976, p. 723 ss. L'orientamento giurisprudenziale, portato alle estreme conseguenze, arriva a definire l'artisticità dell'opera come una "condizione obiettiva di inapplicabilità della sanzione"(Cass. Pen., 18 maggio 1954, in *Giust. Pen.*, 1954, II, p. 966 ss.).

del tutto oggettiva, prescindendo dallo stato psicologico dell'agente che diverrebbe del tutto irrilevante, non trovando applicazione, in caso di errore, né l'art. 59 cod. pen. né l'art. 47, co. III cod. pen.[81].

Si deve riconoscere che la teoria del limite interno o esegetico sembra quella più coerente con la *ratio legis* delle norme in esame, dato che l'art. 529 cod. pen. è stato concepito proprio quale corollario interpretativo e delimitativo dell'area del penalmente rilevante tracciata dall'art. 528 cod. pen.[82]. Al tempo stesso, la questione dell'erronea rappresentazione e della differente disciplina applicabile in tal caso[83], assume, a ben vedere, i caratteri di una disquisizione più strettamente teorica, data l'elevata discrezionalità della materia e, conseguentemente, l'impalpabile confine tra errore e realtà.

4. Verso lo smantellamento del doppio sistema di censura amministrativa e repressione penale.

Un'ultima questione da affrontare attiene al rapporto tra la censura amministrativa e la fattispecie penalistica, due strumenti di controllo distinti che assolverebbero diverse funzioni ma che, di fatto, hanno determinato, soprattutto in passato, una compressione forse ingiustificata ed eccessiva della libertà artistica. La situazione, già fortemente modificatasi nella prassi, è destinata a cambiare radicalmente anche sul piano del diritto positivo proprio a partire dal 2016.

Per quanto riguarda la fattispecie penalistica di cui all'art. 528 cod. pen., esegeticamente circoscritta dall'art. 529 cod. pen., si tratta, come si è avuto modo di esaminare nella presente trattazione, di uno strumento di controllo che si colloca evidentemente *ex post* rispetto alla proiezione dell'opera (e quindi alla

---

[81] Così Cass. Pen., sez. III, 5 marzo 1971, n. 465, in *Giust. Pen.*, 1972, II, p. 710 ss.

[82] Pertanto, secondo SPIRITO, *Profili storico-dommatici della problematica arte-osceno*, cit., p. 72 ss., «la definizione del limite dell'arte all'osceno, come limite al fatto, dipende […] dalla convinzione che l'offensività del reato, richiesta per l'azione tipica, qui venga meno, non rinvenendosi un'offesa giustificata o comunque legittimata, ma un'assenza totale di offesa: il fatto nasce lecito».

[83] Per un sintetico ma efficace raffronto tra le diverse ricadute in materia di errore, si rinvia a LUCIANI, *La nozione penalistica di "opera d'arte" di cui all'art. 529 cod. pen.*, cit., pp. 50–51.

realizzazione del fatto di reato), rimesso all'autorità giudiziaria e diretto a prevenire il pericolo di un'offesa al "comune sentimento del pudore".

La censura cinematografica[84] in senso stretto, invece, altro non è che il procedimento amministrativo finalizzato al rilascio (o al diniego) da parte di un'apposita Commissione di Revisione del *nulla osta* che autorizzi la proiezione dell'opera. La censura (o revisione) amministrativa, inoltre, trova il suo fondamento implicito nell'ultimo comma dell'art. 21 Cost., che vieta «le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume», lasciando che sia la legge ordinaria a introdurre «provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

Ferma restando la diversità dei beni tutelati dalle due forme di controllo, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sui possibili profili di sovrapposizione e interferenza tra la censura amministrativa e la repressione penale dell'osceno. Ci si è chiesto, nella sostanza, se il *nulla osta* della Commissione di Revisione escluda, e se sì a che titolo e in che modo, l'intervento punitivo del giudice penale[85].

Da alcuni è stata sostenuta la tesi per cui il *nulla osta*, in quanto provvedimento ampliativo, renderebbe il diritto di libera manifestazione del pensiero *ex* art. 21 Cost. pieno e incondizionato, facendo venire meno il limite del buon costume sancito dalla stessa norma costituzionale.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario esclude che il provvedimento amministrativo possa incidere sull'integrazione del fatto di reato sul piano oggettivo, in funzione di scriminante, schierandosi il disposto letterale dell'art. 528 cod. pen. a favore di una piena compenetrazione e sovrapposizione dei due piani di tutela. L'ultimo comma della norma incriminatrice, infatti, prevede una aggravante qualora il fatto sia commesso nonostante il divieto dell'Autorità,

---

[84] Si rinvia, per un *excursus* sull'evoluzione normativa della censura in Italia, la cui disciplina è contenuta nella legge n. 61 del 1962, modificata poi nel 1995 e nel 1996, a SAMMARCO, *La disciplina della censura cinematografica*, in *Dir. Inf.*, 2010, p. 423 ss.

[85] NUVOLONE, *Prevenzione e repressione in tema di spettacoli cinematografici osceni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, p. 26 ss. rileva come il mancato coordinamento, *de iure condito*, tra amministrazione e giudice – potendo la prima rilasciare il *nulla osta* e il secondo sanzionare la proiezione del film a monte "autorizzato" – è una vera e propria contraddizione del sistema e rappresenta «una grave incrinatura nel principio di certezza del diritto».

attagliandosi perfettamente al caso del diniego di *nulla osta* ministeriale a cui faccia comunque seguito la proiezione del film[86].

Questione diversa è la valutazione dell'esito positivo del procedimento amministrativo di revisione sul dolo dell'agente. Una volta ottenuta l'autorizzazione, infatti, verrebbe meno nel soggetto attivo, a ben vedere, la coscienza dell'offesa al pudore, ritenendo la propria azione del tutto inidonea a ledere il comune sentimento del pudore[87]. Ci si troverebbe, in realtà, ai limiti di una *probatio diabolica,* ferma restando la non unanimità interpretativa sul punto soprattutto a livello giurisprudenziale[88].

Il 28 gennaio 2016 il Consiglio dei Ministri ha approvato, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo Dario Franceschini, il disegno di legge collegato alla manovra di finanza pubblica "Disciplina del Cinema, dell'Audiovisivo e dello Spettacolo", destinato a rivoluzionare l'industria del cinema e dell'audiovisivo in Italia, attraverso un ripensamento radicale del sistema di finanziamento pubblico costituito da nuovi contributi e meccanismi automatici che incentivino il reinvestimento in nuove produzioni. Tra le novità in cantiere vi è anche il proposito di smantellare l'attuale sistema di revisione amministrativa preventiva, uniformando il controllo e la tutela del buon costume a meccanismi di responsabilizzazione dei produttori e dei distributori assimilabili a quelli già perfettamente operanti in altri Paesi. La legge di riforma dovrebbe prevedere, infatti, una delega al Governo per elaborare un sistema che sostituisca le commissioni ministeriali con gli stessi operatori del settore, ai quali spetterebbe il compito di definire e classificare i

---

[86] FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., p. 159 sostiene questa posizione, peraltro evidenziando come la fattispecie di cui all'art. 528 cod. pen. non sia stata costruita attraverso la previsione del requisito dell'assenza del *nulla osta* come elemento positivo costruito negativamente.

[87] *Ibidem.*

[88] Emblematica del caos interpretativo sulla problematica in esame è Cass. Pen., 30 ottobre 1969, cit., p. 1505 ss. che, mescolando più piani di lettura, è giunta a sostenere che «l'inesatta opinione circa la portata e gli effetti del nulla osta amministrativo per l'opera cinematografica si traduce, in effetti, in un errore di diritto sull'esistenza di cause di non punibilità e quindi in un errore non su norme extrapenali, ma su norme penali, errore inescusabile a mente dell'art. 5 del codice penale».

propri film, potendo lo Stato intervenire e sanzionare soltanto *ex post* gli eventuali abusi.

Si tratta di un sistema ancora da concepire e costruire che, peraltro, oltre a semplificare le procedure amministrative, ancora troppo complesse, legate all'attività di produzione filmica, di distribuzione in sala ed esportazione all'estero, è l'ennesima presa d'atto da parte del legislatore dei nuovi costumi della società contemporanea e del carattere inutile e obsoleto di uno *step* di controllo che è ormai ridotto all'apposizione del divieto ai minori su un film, non imponendo più la Commissione di Revisione Cinematografica tagli e vere e proprie "censure" alle opere presentate.

Non è forse un caso che contemporaneamente all'avvio di un ripensamento della censura amministrativa, l'art. 528 cod. pen. sia ricaduto, seppur parzialmente, tra i reati depenalizzati dal D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8. Se, infatti, l'evoluzione giurisprudenziale in materia di "comune sentimento del pudore" e "opera d'arte" ha attuato un necessario rimodellamento della fattispecie giuridica rispetto al nuovo contesto socio-culturale, la scelta di circoscrivere la rilevanza penale del delitto di pubblicazioni oscene alle sole condotte di chi «adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti <osceni> […]» e di chi «dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità», riporta – o almeno questo vorrebbe essere il suo obiettivo – l'incriminazione entro i confini del principio di necessaria offensività e di un diritto penale minimo.

CONCLUSIONI

La ricostruzione giuridica delle principali tematiche di rilevanza penale che interessano l'opera audiovisiva ha consentito di portare alla luce le maggiori criticità applicative della normativa di settore e i nodi interpretativi non ancora sciolti, che sono probabilmente destinati a intricarsi ulteriormente nel prossimo futuro con l'inarrestabile evoluzione delle tecnologie di comunicazione e diffusione.

Un preliminare inquadramento delle nozioni giuridiche di opera cinematografica e audiovisiva si è reso indispensabile, al fine di impostare l'intero lavoro prendendo necessariamente in prestito dal diritto d'autore alcuni concetti posti a fondamento della tutela delle opere dell'ingegno e ipotizzando una ripartizione della fenomenologia penalistica in esame a seconda del ruolo svolto dall'opera filmica rispetto alla fattispecie incriminatrice. Sulla falsariga di simili catalogazioni già proposte in diritto penale per i reati in materia di stampa e televisione, si sono perciò individuati i "reati dell'audiovisivo" in quelle ipotesi criminose previste dagli artt. 171 e ss. della legge 22 aprile 1941 n. 633 a tutela, appunto, dell'opera e i "reati per mezzo dell'audiovisivo" nelle fattispecie in cui il film diviene la modalità di realizzazione dell'offesa a interessi penalmente tutelati, quindi i delitti di diffamazione e di pubblicazioni e spettacoli osceni.

Nell'ambito della tutela penale del diritto d'autore, si è rivelata quanto mai interessante e articolata la problematica del reato di plagio audiovisivo, per come è stato concepito dal legislatore italiano e per le difficoltà di coordinamento con la contigua disciplina di natura civilistica sulle elaborazioni creative, pur essendo entrambi i fenomeni contenuti nella citata legge 633/1941. La mancata presa di posizione in modo esplicito da parte del legislatore a favore della natura di fattispecie circostanziata o reato autonomo per il plagio (art. 171, co. III L.D.A.) ha, infatti, portato a un acceso dibattito al momento dell'entrata in vigore della legge di depenalizzazione n. 689 del 1981, per

decidere se vi si applicasse o meno. Pur prevalendo la tesi della fattispecie circostanziata, che ha consentito di mantenere in vigore l'illiceità penale del plagio, si è riscontrata, tuttavia, l'ineffettività in concreto della norma in esame, accentuata dalla sua stessa natura di circostanza che richiede, ai fini dell'addebito, che si sia già integrata una violazione penalmente sanzionata dei diritti di utilizzazione economica su un'opera. L'incriminazione del plagio audiovisivo, posto a tutela del diritto morale d'autore, come del resto l'incriminazione di tutte quelle condotte di contraffazione per comodità ascrivibili al concetto di pirateria, è la conferma del carattere speculare e della stretta dipendenza che lega le fattispecie in esame a situazioni giuridiche già descritte e disciplinate dal diritto civile, caratteristica ricorrente nel diritto penale complementare che perciò assume spesso le vesti di diritto privato rafforzato dalla sanzione penale.

L'analisi della giurisprudenza in materia di plagio, prevalentemente civile per le ragioni sopra dette, fornisce inoltre all'interprete una prima fotografia della complessità insita in operazioni giuridiche che calino nelle aule giudiziarie valutazioni prettamente estetiche, filtrando i concetti di creatività e originalità attraverso parametri (pre)definiti.

Se la pirateria audiovisiva costituisce il vero banco di prova della tenuta complessiva del sistema penale costruito dalla legge 633/1941, a un attento esame delle fattispecie incriminatrici ivi previste e della loro capacità di descrivere con precisione e sanzionare con certezza, oltre che secondo criteri di proporzionalità, il fenomeno, la prova non sembra possa dirsi superata.

È ormai evidente come la sfida lanciata al legislatore dalla tecnologia digitale di duplicazione, riproduzione e diffusione *online* dei contenuti audiovisivi abbia fatto emergere l'inadeguatezza del diritto penale come mezzo "tecnico" di prevenzione e repressione e la forza, talvolta autodistruttiva, della sua strumentalizzazione politica, in mano alle *lobby* del momento. Ne è la riprova l'avvicendarsi caotico e asistematico delle riforme di settore o il progetto della direttiva europea "IPRED 2", naufragato a seguito della levata di scudi del popolo di *Internet*.

L'interprete rimane perplesso di fronte all'elencazione delle fattispecie di cui agli artt. 171 e ss. L.D.A., non tanto per il grado di tecnicismo, a dir il vero neanche così elevato né aggiornato, quanto perché pleonastiche, indeterminate, sproporzionate. Sembra di essere di fronte a un *puzzle* non riuscito, costituito da pezzi spesso uguali che si sovrappongono lasciando enormi buchi e finendo per non rappresentare nessuna immagine definita alla fine del lavoro di assemblaggio.

Eppure l'emergenza della pirateria audiovisiva è reale ed è in continua espansione: il criterio c.d. *follow the money*, che in Italia ha portato a notevoli risultati nelle indagini condotte negli ultimi anni, ha dimostrato con dati oggettivi, al di là di manipolazioni e amplificazioni mediatiche o lobbistiche, la quantità di denaro quotidianamente prodotta dalla pirateria digitale, una vera e propria industria clandestina che sottrae risorse finanziarie e introiti di varia natura a quella legale, con danni che si ripercuotono direttamente sulla produzione di ricchezza in ciascun Paese.

Consapevole della scarsa effettività delle fattispecie penalistiche che colpiscono in modo "diretto" il fenomeno dell'immissione abusiva dell'opera audiovisiva in *Internet*, attraverso sistemi di *uploading*, *downloading* e *file sharing*, il legislatore ha altresì percorso la strada dell'anticipazione della tutela, arretrando la soglia di rilevanza penale del fatto a momenti prodromici distanti dall'offesa, e della c.d. "amministrativizzazione" del diritto penale, sanzionando penalmente la violazione di obblighi procedimentali. La giurisprudenza ha, invece, dato vita a un acceso dibattito sul fenomeno della responsabilità penale degli *Internet Service Provider*, a titolo di concorso e/o per omissione impropria, scontrandosi tuttavia con una normativa tutt'altro che favorevole a questa incriminazione, questione che dovrebbe essere oggetto di disciplina a livello europeo nella nuova strategia del *Digital Single Market* di prossima istituzione.

Condivisa appieno l'esigenza di una tutela penale del diritto d'autore, per i molteplici interessi di rango costituzionale a esso sottesi, le sfide che questo settore ora lancia alla politica, di cui il legislatore è emanazione, e all'interprete

che dovrebbe coadiuvarla nell'opera di aggiornamento e perfezionamento del diritto positivo, sono essenzialmente due: da un lato, circoscrivere, possibilmente in un processo europeo di armonizzazione delle legislazioni nazionali, i confini della rilevanza penale dei fatti di pirateria per garantire un'adeguata tutela anche alle esigenze della platea di utenti e fruitori dei contenuti digitali, in prima istanza implementando la disciplina delle c.d. libere utilizzazioni ed eccezioni al diritto d'autore; dall'altro, riportare l'attuale assetto panpenalistico a un più rigoroso modello di diritto penale minimo, sfruttando e potenziando le soluzioni alternative di tutela, in parte già offerte dall'ordinamento con le Misure Tecnologiche di Protezione e i poteri di *site blocking* dell'AGCom.

L'esigenza e la ricerca di un difficile bilanciamento è al centro anche della seconda parte di questo studio, incentrata sui due fenomeni della diffamazione a mezzo film e dell'incriminazione dell'opera oscena *ex* artt. 528 e 528 cod. pen.

Per analizzare la prima problematica si è dovuto, innanzi tutto, affrontare il tema del rapporto tra il diritto all'onore e alla reputazione, tutelato dal reato di diffamazione di cui all'art. 595 cod. pen., e la libertà di manifestazione del pensiero. L'applicabilità delle scriminanti del diritto di cronaca e di critica, ormai consolidatesi in linea generale nella prassi giurisprudenziale, all'opera audiovisiva non è, tuttavia, così pacifica, venendo in rilievo altresì la libertà artistica, anch'essa costituzionalmente garantita. Da qui la necessità di soffermarsi, anche attraverso l'esame di alcune pronunce, sulle caratteristiche dei c.d. film-verità, a contenuto documentaristico o biografico, che presentano un maggior rischio di lesione della reputazione altrui nella misura in cui rendano riconoscibili contesti e personaggi direttamente riconducibili a situazioni o persone reali.

L'ipotizzabilità di una autonoma "scriminante artistica", paventata da alcuni in forza della maggior ampiezza della libertà dell'arte rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, pur non avendo trovato cittadinanza nella categoria dei film-verità data la ricostruzione fortemente realistica che li connota, ha tuttavia imposto alla giurisprudenza un ripensamento sui requisiti

delle scriminanti del diritto di cronaca e di critica al fine di modularli e riadattarli alla potenzialità offensiva del film sicuramente diversa da quella insita in un articolo giornalistico diffamatorio.

Quanto alla tematica dell'arte cinematografica oscena, binomio del tutto antinomico come sembrerebbe voler dire lo stesso art. 529 cod. pen. quando prevede che non si debba considerare oscena l'opera d'arte, si tratta di un capitolo della nostra storia che, forse, può definitivamente ritenersi concluso, soprattutto in seguito alla recente parziale depenalizzazione del delitto di spettacoli osceni *ex* art. 528 cod. pen., contestualmente alla riforma, ormai prossima, del sistema di revisione amministrativa preventiva (più comunemente conosciuta come censura) delle opere cinematografiche. Gli elementi normativi extragiuridici dell'oscenità e dell'artisticità – quest'ultima con tutte le difficoltà interpretative connesse alla sua funzione dogmatica rispetto all'integrazione della fattispecie incriminatrice – restano, tuttavia, in vita nel codice penale: innanzi tutto per delimitare, con le loro definizioni tutt'altro che determinate, quel che resta dei reati di osceno; ma soprattutto per testimoniare un passato non così lontano di pellicole d'autore sottoposte a sequestro penale e per ricordare che l'espressione artistica non può essere subordinata alla morale, secondo la *ratio legis* del Codice Rocco, in perfetta corrispondenza con quanto poi ribadito dall'Assemblea costituente nella stesura dell'art. 33 Cost., che definisce in modo assoluto e incondizionato la libertà dell'arte.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, *Sub artt. 171 – 174 l.a.*, in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza* (a cura di MARCHETTI – UBERTAZZI), Padova, 2007, p. 1929 ss.

ALGARDI, *La tutela delle opere dell'ingegno e il plagio*, Padova, 1978.

AMODIO, *Perizia "artistica" ed indagini demoscopiche nell'accertamento dell'osceno cinematografico*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, p. 669 ss.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed., Milano, 2003.

BARZELLONI, *Brevi cenni sul plagio nel diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1998, p. 465.

BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* (traduzione a cura di FILIPPINI), Torino, 1991.

BERTANI, *Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale*, in *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore* (a cura di UBERTAZZI), Torino, 2014, p. 24 ss.

BLENGINO, *La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa e asincrona,* in *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto* (AA.VV.), Torino, 2009, p. 69 ss.

BONELLI, *La tutela penalistica, in particolare on-line, del diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 2004, p. 483 ss.

BRICOLA, *La discrezionalità in diritto penale*, Milano, 1965.

BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1960, p. 756 ss.

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p. 82 ss.

BUONO, *Il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore: l'unilaterale e intempestiva iniziativa italiana*, in *www.filodiritto.com*.

CAMINITI e TOMELLINI, *La responsabilità dei blogger*, in *Dir. ed Econ. dei mezzi di comunicaz.*, 2009, n. 2, p. 75 ss.

CANESTRARI, *Reati di pericolo*, voce in *Enc. Giur.*, Roma, XXVI, 1991, p. 6 ss.

CAPITANI, *Il film nel diritto d'autore*, Roma, 1943.

CARNELUTTI, *Arte ed oscenità*, in *Foro It.*, 1947, II, p. 94 ss.

CAROSONE, *Appunti di ricerca sull'esistenza del plagio*, in *Dir. Aut.*, 1972, p. 59.

CAROSONE, *Sul plagio-contraffazione in materia di opere dell'arte figurativa: spunti e riflessioni*, in *Dir. Aut.*, 1980, p. 30.

CAROSONE, *Opera letteraria ed opera cinematografica: ipotesi di plagio e "volgarizzazione" di personaggio* (nota a Trib. Napoli, 28 novembre 1986), in *Dir. Aut.*, 1987 p. 523 ss.

CASO, *Digital rights management*, Padova, 2004.

CASSESE, *Art. 33–34*, in *Rapporti etico-sociali. Art. 29 – 34*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di BRANCA), Bologna – Roma, 1976, p. 227 ss.

CHIMIENTI, *La nuova proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Milano, 2005.

CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano, 2006.

CHINDEMI, *Diffamazione a mezzo stampa (radio – televisione – Internet)*, Milano, 2006.

CHIUCHIOLO, *Profili di diritto penale cinematografico*, Firenze, 2009.

CINGARI, *Acquisto e detenzione di supporti "piratati": tra ricettazione e repressione della circolazione di cose illecite*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 3209 ss.

CLEMENTE (a cura di), *Gli effetti sulla pirateria dei provvedimenti in materia di diritto d'autore*, in *http://www.slideshare.net.*

COLUCCI – FIORE, *La tutela penale nel diritto d'autore*, Torino, 1996.

D'AMMASSA, *La copia privata (artt. da 71-sexies a 71-octies)*, in *www.dirittodautore.it*, 2014.

DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, voce in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 398 ss.

DE SANCTIS, *Il carattere creativo dell'opera dell'ingegno*, Milano, 1971.

DE SANCTIS, *Il nuovo diritto d'autore cinematografico*, in *Dir. Aut.*, 1941, p. 223.

DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno. Vol. I: Le opere figurative, le opere audiovisive e le opere utilitarie*, Milano, 1999.

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

FABIANI, *Autore (diritto di)*, voce in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 5 ss.

FABIANI, *Diffamazione a mezzo opera d'arte e trasfigurazione creativa della realtà* (nota a Cass. Civ., sez. III, 7 maggio 2009, n. 10495), in *Dir. Aut.*, 2010, p. 65 ss.

FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori*, Milano, 2004.

FABIANI, *Elaborazioni successive e pregiudizio per l'opera originaria* (nota a C. App. Milano, 21 maggio 1985), in *Dir. Aut.*, 1985, p. 393 ss.

FABIANI, *La centralità della tutela penale nel sistema del diritto d'autore (Atti del convegno "La tutela penale del diritto di autore. Aspetti e problematiche attuali", Firenze, 1997),* in *Dir. Aut.*, 1998, pp. 247-249.

FABIANI, *Plagio parziale o camuffato di composizione musicale* (nota a Trib. Roma, 12 maggio 1993), in *Dir. Aut.*, 1994, p. 464.

FABIANI, *Plagio tra opera letteraria e opera cinematografica* (nota a Trib. Napoli, 28 novembre 1986), in *Giur. Mer.*, 1988), p. 35 ss.

FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo* (a cura di CURI e PALOMBARINI), Roma, 2002, p. 9 ss.

FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2008.

FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale,* Bologna, 2009.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, *I*, Bologna, 2008.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, *II*, Bologna, 2011.

FIORAVANTI, *Statuti penali dell'attività televisiva*, Milano, 1995.

FLOR, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, Padova, 2010.

FOIS, *Princìpi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.

FRAGOLA, *Aspetti giuridici dell'audiovisivo*, in *Dir. Aut.*, 1992, p. 509 ss.

FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971.

GALLO E., *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970.

GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. I, La legge penale*, Torino, 1999.

GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II, Il reato, Parte I, La fattispecie oggettiva*, Torino, 2007.

GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. II, Il reato, Parte II, L'elemento psicologico*, Torino, 2001.

GALLO M., *Appunti di diritto penale. Vol. III, Le forme di manifestazione del reato,* Torino, 2003.

GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, p. 8 ss.

GALLO M., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. It.*, 1949, p. 564 ss.

GALLO M. – SEVERINO, *Antigiuridicità penale*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, II, 1988, p. 6 ss.

GALTIERI, *Protezione del diritto d'autore e diritti connessi*, Roma, 1988.

GALTIERI, *Telefilm* e *diritto di autore*, in *Dir. Aut.*, 1987, p. 255 ss.

GANGAROSSA, *Guida alla tutela dell'opera cinematografica*, Milano, 2005.

GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

GIANÌ – TRIONFERA, *Perizia collegiale relativa al film Ultimo tango a Parigi di Bernardo Bertolucci*, in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale* (a cura di MASSARO), Roma, 2013, p. 73 ss.

GIANNINI, *Opera cinematografica e contratti cinematografici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, p. 416.

GIORDANO, *Difese e sanzioni giudiziarie nelle opere cinematografiche,* in *La protezione delle opere dell'ingegno: le opere figurative, le opere audiovisive, le opere utilitarie (a cura di DE SANCTIS)*, Milano, 2004, p. 485.

GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela dei beni o tutela di funzioni?,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 1097 ss.

GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, p. 414 ss.

GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato,* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, p. 689 ss.

GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974.

GRISOLIA, *Arte*, voce in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 100 ss.

GRISPIGNI, *Offesa al pudore e all'onore sessuale*, in *Nuovo Dig. It.*, IX, Torino, 1939, p. 26 ss.

GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Milano, 1969.

GULLO, *Diritto di critica e limiti*, in *I delitti conto l'onore* (a cura di SIRACUSANO), Torino, 2001, p. 173 ss.

GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

GUTIERREZ, *La tutela del diritto di autore*, Milano, 2008.

INGRASSIA, *Il ruolo dell'Isp nel ciberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012.

JARACH, *Manuale del diritto d'autore,* Milano, 1991.

JOHNS, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google* (traduzione a cura di TOGLIANI – MAUGERI), Torino, 2011.

LANZI, *La scriminante dell'art. 51 cod. pen. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983.

LATAGLIATA, *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, voce in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 53 ss.

LUCIANI, *La nozione penalistica di "opera d'arte" di cui all'art. 529 cod. pen.,* in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale* (a cura di MASSARO), Roma, 2013, p. 47 ss.

MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

MANNA, *La disciplina dell'informazione tra diritto civile e diritto penale*, in *Dir. Inf.*, 1988, p. 57 ss.

MANNA, *Tutela penale dell'onore, cronaca giudiziaria e diffusione di dati concernenti fatti giudiziari*, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 272.

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, 6ª ed., Padova, 2009.

MANTOVANI F., *Esercizio del diritto*, voce in *Enc. Dir.,* XV, Milano, 1966, p. 665 ss.

MANTOVANI M., *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. Inf.*, 1992, p. 310 ss.

MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1951.

MARCIANO, *L'oltraggio al pudore e l'opera d'arte*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1932, p. 829.

MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, *Vol.I*, Milano, 1999.

MARINUCCI – DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, p. 802 ss.

MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Milano, 2012.

MAROCCHI, *Diffamazione a mezzo romanzo e diritto di creazione artistica* (nota a Trib. Mondovì, 8 marzo 2002), in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 336 ss.

MASSARO, *Lo spettacolo cinematografico osceno tra elementi elastici e difetto di determinatezza*, in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale* (a cura di MASSARO), Roma, 2013, p. 39 ss.

MASSONE, *Facebook contro Copyright* (nota a Trib. Genova, 13 luglio 2012, n. 3443), in *Dir. Aut.*, 2013 p. 77 ss.

MAZZANTI, *L'osceno e il diritto penale*, Milano, 1956.

MENOZZI, *Diritto cinematografico*, Roma, 1995.

MENOZZI, *La pirateria delle opere dell'ingegno*, Roma, 1988.

MICCICHÈ, *In tema di plagio di opera cinematografica* (nota a Trib. Roma, 20 luglio 1989), in *Dir. Aut.*, 1992, p. 284 ss.

MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni: tra illusioni post-moderne e riflussi illiberali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 343 ss.

MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2012.

MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002.

MORRA, *I reati in materia di diritto d'autore*, Milano, 2008.

MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

MUSCO, *Comune sentimento del pudore e art. 25 comma 2° Cost.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970, p. 1235 ss.

NATALINI, *Internet, chi fornisce link per eludere i diritti Tv concorre nel reato* (nota a Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2006, n. 33945), in *Dir. e Giust.*, 2006, p. 36 ss.

NATOLI, *La critica cinematografica ed i suoi (crescenti) limiti*, in *Dir. Inf.*, 1999, pp. 915–916.

NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971.

NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.

NUVOLONE, *Premesse di diritto penale cinematografico*, in *Riv. Industr.*, 1959, p. 205 ss.

NUVOLONE, *Prevenzione e repressione in tema di spettacoli cinematografici osceni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, p. 26 ss.

NUVOLONE, *Reati di stampa*, Milano, 1951.

NUVOLONE, *Spettacoli e trattenimenti pubblici*, voce in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p. 1194 ss.

PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 670 ss.

PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.)*, voce in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 545 ss.

PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 457 ss.

PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 430 ss.

PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PASCUZZI, *Il plagio tra memoria e creatività*, in AA.VV., *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi* (a cura di CASO), Trento, 2011, p. 124 ss.

PASTORE, *Reato di ricettazione e riproduzione e vendita abusiva di opere cinematografiche*, in *Dir. Aut.*, 1991, 407 ss.

PASTORE, *Sulla pretesa depenalizzazione dei delitti previsti nell'art. 171 della legge sul diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1983, p. 195 ss.

PEDRAZZI, *Aspetti penalistici del diritto d'autore in Italia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1969, p. 683 ss.

PEZZELLA, *La diffamazione: responsabilità penale e civile*, Torino, 2009, p. 260 ss.

PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei service-providers in Internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 379 ss.

PICOTTI, *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, Padova, 2004.

PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-provider in Italia*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1999, p. 501 ss.

PINNA, *Depenalizzazione e difese penali del diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1982, p. 189.

PLAIA, *Diritto d'autore ed inibitoria speciale. Disamina del nuovo art. 163 della legge 633/41*, in *Dir. e Giust.*, 2003, p. 68 ss.

POLIDORO, *Qualche riflessione in tema di inibitoria provvisoria e penalità di mora nella tutela del diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 2011, p. 75 ss.

PROSDOCIMI, *Concorso di reati e di pene*, voce in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 514 ss.

PULITANÒ, *Il buon costume. Osceno, arte e scienza, in Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, p. 204 ss.

PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1967, p. 96 ss.

PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *AIDA*, 1996, p. 115 ss.

RICOLFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana* (nota a Trib. Bolzano, ord. 31 dicembre 2003), in *Giur. It.*, 2004, p. 398 ss.

RIMOLI, *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, 1992.

RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.

ROSSATO, *I problemi dell'autotutela digitale*, in *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative - Atti del Convegno tenuto presso la facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 e il 22 marzo 2007*, (a cura di CASO), Trento, 2008, p. 193 ss.

RUGGIERO, *Reati di stampa*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 3 ss.

SACCO, *Ancora sulla depenalizzazione dell'art. 171 LDA*, in *Dir. Aut.*, 1988, p. 255 ss.

SAMMARCO, *Film verità e diritto di cronaca*, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 630 ss.

SAMMARCO, *La disciplina della censura cinematografica*, in *Dir. Inf.*, 2010, p. 423 ss.

SANTORO, *Cenni sulla pretesa depenalizzazione in materia di diritto d'autore*, in *Dir. Aut.*, 1983, p. 346 ss.

SARTI, *Antitrust e diritto d'autore*, in *AIDA*, 1995, p. 111 ss.

SAVINI, *Plagio dell'opera originaria e confini delle elaborazioni creative* (nota a C. App. Roma, 25 novembre 1985), in *Dir. Radiodiffusioni*, 1986, p. 112 ss.

SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009, p. 28 ss.

SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1997, p. 73 ss.

SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Dir. Inf.*, 1998, p. 751 ss.

SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Rimini, 2014.

SPADA, *Il diritto industriale. Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza* (AA.VV.) Torino, 2012, p. 27 ss.

SPIRITO, *Profili storico-dommatici della problematica arte-osceno*, Napoli, 1981.

STONE, *Amazon erases Orwell books from Kindle*, in *www.nytimes.com*, 2009.

TERRACINA, *Il "cerchio e la botte", linee guida delle Sezioni Unite in materia di tutela penale del diritto d'autore* (nota a Cass. Pen., Sez. Unite, 23 dicembre 2005, n. 47164), p. 143 ss.

TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Roma, 2000.

TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005.

TOSI, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Diritto degli Audiovisivi* (a cura di TOSI – BASSAN), Milano, 2012, p. 72 ss.

TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006.

TRAVOSTINO, *Aspetti problematici del diritto d'autore nelle reti telematiche e prospettive di sviluppo*, in *Copyright digitale. L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto* (AA.VV.), Torino, 2009, pp. 162-163.

VALENTI, *Profili penalistici nello spettacolo e nelle attività musicali*, in *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali* (AA.VV.), Torino, 2012, p. 197 ss.

VIZZIELLO, *Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare*, Trento, 2013.

ZANNOTTI, *(Dis)orientamenti della Cassazione in tema di tutela penale del diritto d'autore*, in *Dir. dell'Internet*, 2005, p. 269 ss.

ZENO ZENCOVICH, *I rapporti fra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. inf.*, 1999, p. 1049 ss.

ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità del romanziere nella rappresentazione di fatti e vicende contemporanei* (nota a Trib. Cagliari, 13 marzo 1989), in *Riv. Giur. Sarda*, 1990, p. 138 ss.

* * *

Corte di Giustizia, 27 marzo 2014, procedimento C-314/12, in *www.curia.europa.eu.*

Corte di Giustizia, 23 gennaio 2014, causa C-355/12, in *www.foroitaliano.it.*

Corte Cost., 21 ottobre 2015, n. 247, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 12 febbraio 1997, n. 53, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 20 luglio 1995, n. 414, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 23 marzo 1995, n. 108, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 3 maggio 1990, n. 241, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 24 luglio 1986, n. 215, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost. 14 luglio 1971, n. 175, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost. 16 dicembre 1970, n. 191, in *Giust. Pen.*, 1971, p. 71 ss.

Corte Cost., 3 aprile 1968, n. 25, in *www.giurcost.org.*

Corte Cost., 6 luglio 1960, n. 59, in *www.giurcost.org.*

Cass. Pen., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014.

Cass. Civ., sez. I, 28 novembre 2011, n. 25173, in *AIDA*, 2012, p. 589 ss.

Cass. Pen., sez. V, 5 marzo 2010, n. 23695, *C.E.D.* n. 247524.

Cass. Pen., sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49474, in *Dir. Inf.*, 2010, p. 437 ss.

Cass. Pen., sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 9477, in *C.E.D.* n. 246404.

Cass. Civ., sez. III, 7 maggio 2009, n. 10495, in *Dir. Aut.*, 2010, p. 65 ss.

Cass. Pen., sez. V, 25 settembre 2008, n. 41283, *C.E.D. n.* 241597.

Cass. Pen., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 7662, *C.E.D.* n. 236524.

Cass. Pen., sez. V, 4 ottobre 2007, n. 46295, *C.E.D.* n. 238290.

Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2006, n. 33945, in *Dir. e Giust.*, 2006, p. 36 ss.

Cass. Pen., sez. V, 6 giugno 2006, n. 29383, *C.E.D.* n. 235004.

Cass. Pen., Sez. Unite, 23 dicembre 2005, n. 47164, in *Dir. dell'Internet*, 2006, p. 143 ss.

Cass. Pen., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 8042, *C.E.D.* n. 233403.

Cass. Pen., sez. V, 20 aprile 2005, n. 19381, *C.E.D.* n. 231562.

Cass. Pen., sez. V, 8 febbraio 2005, n. 11950, *C.E.D*. n. 231711.

Cass. Pen., sez. III, 12 ottobre 2004, n. 43887, in *Foro It.*, 2005, p. 260 ss.

Cass. Pen., sez. III, 23 settembre 2004, n. 42203, in *C.E.D.* n. 230172.

Cass. Pen., sez. V, 2 luglio 2004, n. 2247, *C.E.D.* n. 231269.

Cass. Pen., sez. V, 22 aprile 2004, n. 24709, *C.E.D.* n. 229710.

Cass. Pen., sez. III, 16 aprile 2004, n. 23855, in *C.E.D.* n. 229118.

Cass. Pen, sez. III, 7 aprile 2004, n. 447, in *Foro It.*, 2004, p. 479 ss.

Cass. Pen., sez. II, 26 febbraio 2004, n. 15402, in *C.E.D*. n. 228827.

Cass. Pen., sez. III, 29 maggio 2002, n. 26608, in *Cass. Pen*. 2003, p. 3431 ss.

Cass. Pen., sez. V, 21 dicembre 2000, n. 6925, in *Cass. Pen*., 2002, p. 230 ss.

Cass. Pen., sez. V, 13 marzo 2000, n. 1353, in *Cass. Pen*., 2001, p. 2390 ss.

Cass. Pen., sez. V, 31 marzo 1999, n. 12024, in *Cass. Pen*., 2001, p. 137 ss.

Cass. Civ., sez. I, 28 febbraio 1997, n. 1807, in *Dir. Aut.*, 1998, p. 494 ss.

Cass. Civ., Sez. I, 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro It.*, 1996, p. 1253 ss.

Cass. Pen., 13 dicembre 1993, in *Cass. Pen*., 1995, p. 1199 ss.

Cass. Pen., Sez. III, 11 giugno 1993, n. 1202, in *AIDA*, 1995, pp. 364-366.

Cass. Pen., sez. V, 6 luglio 1992, n. 7632, *C.E.D*. n. 192209.

Cass. Pen., sez. III, 6 febbraio 1987, n.1323, in *Dir. Aut.*, 1987, p. 162 ss.

Cass. Pen., 15 gennaio 1986, in *Cass. Pen.* 1987, p. 556 ss.

Cass. Civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Dir. Inf.*, 1985, p. 143 ss.

Cass. Pen., Sez. Unite., 30 giugno 1984, n. 8959, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 44 ss.

Cass. Pen., sez. III, 3 febbraio 1984, n. 5308, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 2023 ss.

Cass. Pen., sez. III, 3 febbraio 1977, n. 1809, in *Giur. It.*, 1978, p. 71 ss.

Cass. Pen., sez. III, 29 gennaio 1976, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1976, p. 723 ss.

Cass. Pen., sez. III, 20 dicembre 1973, n. 3257, in *Atti del convegno. Ultimo tango a Parigi quarant'anni dopo. Osceno e comune sentimento del pudore tra arte cinematografica, diritto e processo penale*, Roma, 2013, p. 135 ss.

Cass. Pen., sez. III, 5 marzo 1971, n. 465, in *Giust. Pen.*, 1972, p. 710 ss.

Cass. Pen., 30 ottobre 1969, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1970, p. 1505 ss.

Cass. Pen., sez. III, 30 settembre 1969, n. 1924, *C.E.D. n.* 114130.

Cass. Pen., sez. III, 13 marzo 1967, n. 395, *C.E.D. n.* 104827.

Cass. Pen., 18 maggio 1954, in *Giust. Pen.*, 1954, p. 966 ss.

Cass. Pen., 7 giugno 1926, in *Giust. Pen.*, 1926, p. 478 ss.

C. App. Roma, 25 novembre 1985, in *Dir. Radiodiffusioni*, 1986, p. 112 ss.

C. App. Milano, 21 maggio 1985, in *Dir. Aut.*, 1985, p. 393 ss.

Cons. Stato, 23 luglio 1993, in *Dir. Aut.*, 1995, p. 306 ss.

Trib. Napoli, Sez. specializ, 27 febbraio 2014, n. 3085, in *www.altalex.com*.

Trib. Genova, 13 luglio 2012, n. 3443, in *Dir. Aut.*, 2013, p. 77 ss.

Trib. Roma, ord. 16 giugno 2011, in *www.dimt.it*.

Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Dir. Inf.*, 2010, p. 275 ss.

Trib. Milano, 2 marzo 2009, in *Dir. Inf.*, 2009, p. 521 ss.

Trib. Torino, 24 aprile 2008, in *Foro It.*, 2009, p. 1285 ss.

Trib. Bolzano, 20 dicembre 2005, in *Dir. Internet*, 2006, p. 269 ss.

Trib. Bolzano, 28 gennaio 2005, in *Foro It.*, 2006, p. 398 ss.

Trib. Milano, 3 novembre 2004, in *Foro Ambros.*, 2004, p. 320 ss.

Trib. Catania, 29 giugno 2004, n. 2286, in *Dir. Inf.*, 2004, p. 466 ss.

Trib. Roma, 11 gennaio 2004, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1537 ss.

Trib. Bolzano, ord. 31 dicembre 2003, in *Giur. It.*, 2004, p. 1452 ss.

Trib. Roma, 10 maggio 2002, in *Dir. Inf.*, 2002, p. 821 ss.

Trib. Mondovì, 8 marzo 2002, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 336 ss.

Trib. Roma, 22 giugno 1998, in *Dir. Inf.*, 1999, p. 626 ss.

Trib. Roma, 19 aprile 1997, in *Dir. Aut.*, 1997, p. 245 ss.

Trib. Avellino, 16 dicembre 1996, in *www.rivistadirittodiautore.siae.it.*

Trib. Milano, 29 gennaio 1996, in *AIDA*, 1997, p. 695 ss.

Trib. Roma, 7 gennaio 1994, in *Foro It.*, 1994, p. 2541 ss.

Trib. Roma, 1 marzo 1991, in *AIDA*, 1992, p. 638 ss.

Trib. Roma, 20 luglio 1989, in *Dir. Aut.*, 1992, p. 282 ss.

Trib. Cagliari, 13 marzo 1989, in *Riv. Giur. Sarda*, 1990, p. 138 ss.

Trib. Roma, 7 marzo 1989, in *Foro It.*, 1990, p. 2998 ss.

Trib. Firenze, 22 dicembre 1986, in *Dir. Aut.*, 1988, p. 249 ss.

Trib. Napoli, 28 novembre 1986, in *Giur. Mer.*, 1988, p. 35 ss.

Trib. Milano, 5 giugno 1975, in *Dir. Aut.*, 1976, p. 462 ss.

Trib. Bologna, 5 novembre 1965, in *www.rivistadirittodiautore.siae.it.*

Pret. Napoli, 21 aprile 1983, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, p. 876 ss.

Pret. Roma, 12 ottobre 1979, in *Giust. Civ.*, 1980, p. 237.

Pret. Roma, ord. 29 marzo 1976, in *Foro It.*, I, 1976, p. 1739 ss.

Pret. Roma, 13 dicembre 1969, in *Rass. Dir. Cinem.*, 1970, p. 74 ss.

Pret. Roma, 31 marzo 1952, in *Foro It.*, 1952, p. 673 ss.