

GIURISPRUDENZA

CORTE
COSTITUZIONALE

29 DICEMBRE 2004 N. 426

PRESIDENTE: ONIDA

ESTENSORE: MADDALENA

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale • Reati e pene
 • Utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale
 • Condotta punibile con sanzione penale in base al diritto vivente (fino all'entrata in vigore della legge n. 22 del 2003), anziché con la sanzione amministrativa di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 373 del 2000 • Irragionevole disparità di trattamento rispetto a più gravi condotte depenalizzate

- Illegittimità costituzionale in parte qua
- Assorbimento di altra questione • Legge 22 aprile 1941, n. 633, art. 171-octies, introdotto dalla legge 18 agosto 2000, n. 248, art. 17
- Costituzione, art. 3.

Da settembre 2000 a marzo 2003 (entrata in vigore della L. 22/2003, che ha nuovamente regolamentato la materia) la decodificazione illecita nell'uso privato di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato non è sanzionabile penalmente (ma solo amministrativamente) per la dichiarata incostituzionalità dell'art. 171-octies della lda, basata sulla supposta depenalizzazione (per l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 373/2000, art. 6), degli illeciti commerciali, previsti dalla medesima norma.

1. **C**on due ordinanze di analogo contenuto, il Tribunale di Modica ha sollevato questione di legittimità costituzionale: *a)* dell'art. 171-octies della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), introdotto dall'art. 17 della legge 18 agosto 2000, n. 248 (Nuove norme di tutela del diritto d'autore), nella parte in cui prevede tra le condotte punibili con la sanzione penale, quella di utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale, limitatamente ai fatti commessi dall'entrata in vigore della legge n. 248 del 2000 fino all'entrata in vigore della legge 7 febbraio 2003, n. 22 (Modifica al decreto legislativo 15 novembre 2000, n. 373, in tema di tutela del diritto d'autore), per violazione dell'art. 3 della Costituzione, a causa dell'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle più gravi condotte depenalizzate dagli artt. 4 e 6 del decreto legislativo 15 novembre 2000, n. 373 (Attuazione della direttiva 98/1984/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato); *b)* dell'art. 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000, nella parte in cui non include tra le attività illecite vietate anche l'utilizzazione per

uso privato dei predetti dispositivi illeciti di cui all'art. 1, comma 1, lettera g), e dell'art. 6 dello stesso decreto legislativo n. 373 del 2000, nella parte in cui non punisce con la sanzione amministrativa pecuniaria anche la utilizzazione per uso privato dei dispositivi illeciti, per la violazione dell'art. 3 della Costituzione, a causa dell'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle più gravi condotte « vietate e quindi depenalizzate » dall'art. 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000.

1.1. In punto di fatto il remittente espone che nei processi penali a quo si procede per il reato di cui all'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941, concernente l'utilizzazione ad uso privato di parti di apparati idonei alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato.

1.2. Ciò premesso il remittente ricostruisce il quadro normativo della materia, osservando che l'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941, inserito dall'art. 17 della legge n. 248 del 2000, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire cinque milioni a lire cinquanta milioni 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 effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale. La norma specifica, inoltre, che si intendono ad accesso condizionato 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.

L'art. 6 del successivo decreto legislativo n. 373 del 2000, emanato in adempimento della legge 21 dicembre 1999, n. 526 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità europee - legge comunitaria 1999), attuativa della direttiva europea 98/84/CE del 20 novembre 1998, in tema di tutela dei servizi ad accesso condizionato, punisce invece con sanzione amministrativa pecuniaria « chiunque pone in essere una delle attività illecite di cui all'art. 4 », il quale, a sua volta, vieta: a) la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio ovvero il possesso a fini commerciali di dispositivi illeciti di cui all'art. 1, comma 1, lettera g); b) l'installazione, la manutenzione o la sostituzione a fini commerciali dei predetti dispositivi illeciti; c) la diffusione con ogni mezzo di comunicazioni commerciali per promuovere la distribuzione e l'uso degli stessi dispositivi.

L'art. 1 dello stesso decreto precisa poi, al comma 1, lettera g), che per dispositivo illecito deve intendersi ogni apparecchiatura o programma per elaboratori elettronici concepiti o adattati al fine di rendere possibile, senza l'autorizzazione del fornitore, l'accesso ad un servizio protetto, e cioè ad un servizio ad accesso condizionato o di accesso condizionato.

Il medesimo art. 1 stabilisce poi, al comma 1, lettera b), che per servizio ad accesso condizionato, va inteso uno dei seguenti servizi se forniti a pagamento e mediante un sistema di accesso condizionato:

1) trasmissioni televisive, cioè le trasmissioni via cavo o via radio anche via satellite di programmi televisivi destinati al pubblico;

2) trasmissioni sonore, cioè le trasmissioni via cavo o via radio, anche via satellite, di programmi sonori destinati al pubblico;

3) servizi della società dell'informazione, ovvero qualsiasi servizio fornito a distanza per via elettronica ed a richiesta individuale di un destinatario di servizi.

Per servizio di accesso condizionato, deve intendersi (comma 1, lettera c) il servizio di fornitura di un accesso condizionato ai predetti servizi elencati alla lettera b), e, infine, per accesso condizionato (comma 1, lettera d), ogni misura e sistema tecnico in base ai quali l'accesso in forma intelligibile al servizio protetto sia subordinato a preventiva ed individuale autorizzazione da parte del fornitore del servizio.

L'art. 1 della legge n. 22 del 2003 ha infine previsto che alle attività vietate dall'art. 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000, e sanzionate amministrativamente dall'art. 6, si applichino le sanzioni penali e le altre misure accessorie previste per le attività illecite di cui agli artt. 171-*bis* e 171-*octies* della legge n. 633 del 1941.

1.3. Così ricostruito il quadro normativo, il remittente osserva che secondo l'interpretazione della Cassazione (Cass., sez. un., n. 8545 del 2003), il rapporto tra la fattispecie penalmente sanzionata di cui all'art. 171-*octies* e quella sanzionata in via amministrativa in base al combinato disposto degli artt. 4 e 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000 va ricostruito nel senso che: a) limitatamente alle condotte tipiche sostanzialmente assimilabili o sovrapponibili, la fattispecie punita con sanzione amministrativa deve ritenersi speciale rispetto a quella punita con sanzione penale, contemplando quali elementi specializzanti il fine di commercio nonché la fornitura a pagamento del servizio ad accesso condizionato e deve pertanto applicarsi in via esclusiva, ex art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale); b) continua ad essere penalmente sanzionata, ai sensi dell'art. 171-*octies*, la condotta di utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, non assimilabile ad alcuna tra quelle amministrativamente sanzionate.

1.4. La Cassazione ha poi precisato, nella stessa sentenza sopra indicata, che la nuova legge n. 22 del 2003, la quale ha disposto l'applicazione delle sanzioni penali di cui all'art. 171-*octies* anche alle condotte sanzionate in via amministrativa dal combinato disposto degli artt. 4 e 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000, non ha carattere meramente interpretativo ed ha semplicemente introdotto le sanzioni penali per le predette fattispecie in aggiunta alle sanzioni amministrative.

1.5. Quanto alla non manifesta infondatezza, il remittente osserva che l'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941 determina una irragionevole disparità di trattamento nella parte in cui continua a punire con sanzione penale comportamenti confinati nella sfera privata del soggetto agente o comunque non sorretti da fini di arricchimento patrimoniale (quali l'utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale), mentre condotte di evidente maggior disvalore giuridico e sociale, perché lesive anche degli interessi patrimoniali degli erogatori dei servizi protetti ed attuate essenzialmente a scopo di lucro, vengono sanzionate come illecito amministrativo. Per la medesima ragione il remittente ritiene che gli artt. 4 e 6 del decreto

legislativo n. 373 del 2000, nella parte in cui non prevedono tra le attività illecite vietate e sanzionate in via amministrativa anche la utilizzazione per uso privato dei predetti dispositivi illeciti violino l'art. 3 della Costituzione, a causa dell'irragionevole disparità di trattamento di tale condotta, penalmente sanzionata, rispetto alle più gravi condotte punite solo in via amministrativa dall'art. 4 del predetto decreto legislativo n. 373 del 2000.

1.6. È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'innammissibilità o l'infondatezza della questione.

2. Anche il Tribunale di Agrigento ha sollevato, in relazione all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941, nella parte in cui punisce con sanzione penale l'utilizzazione per uso privato, ed a fini fraudolenti, di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica che digitale.

2.1. In punto di fatto, il remittente espone che all'imputato nel processo penale *a quo* è stato contestato il reato di cui al predetto art. 171-*octies*, « perché utilizzava per uso privato apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato (c.d. smart card idonee a decodificare programmi di Tele +) ».

2.2. Ciò premesso, il giudice a quo, ricostruito il quadro normativo in materia (in modo sostanzialmente coincidente con quello delle citate ordinanze del Tribunale di Modica), osserva che, secondo le sezioni unite della Cassazione, la fattispecie punita con sanzione amministrativa di cui al decreto legislativo n. 373 del 2000 deve ritenersi speciale rispetto alla fattispecie di cui all'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941, contemplando quali elementi specializzanti il fine di commercio nonché la fornitura a pagamento del servizio ad accesso condizionato e deve pertanto applicarsi in via esclusiva ai sensi dell'art. 9 della legge n. 689 del 1981.

Di conseguenza l'ambito di applicabilità dell'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941 deve ritenersi ormai circoscritto alle ipotesi residuali di condotte tipiche non sovrapponibili od assimilabili a quelle previste dal decreto legislativo, ovvero alle ipotesi di condotte tipiche che non siano qualificate dal fine di commercio o dal pagamento di una somma per l'accesso al servizio.

Ciò stante, la norma censurata sarebbe, ad avviso del remittente, lesiva del principio di uguaglianza in quanto del tutto irragionevolmente sanziona penalmente la condotta di utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, laddove gli artt. 1 e 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000 puniscono ormai con mera sanzione amministrativa le ben più gravi condotte di fabbricazione, importazione, promozione, vendita, noleggio dei medesimi apparati.

2.3. È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'innammissibilità o l'infondatezza della questione.

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. Il Tribunale di Modica e il Tribunale di Agrigento censurano l'art. 171-*octies* della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), introdotto dall'art. 17 della legge 18 agosto 2000, n. 248 (Nuove norme di tutela del diritto d'autore), nella parte in cui, secondo il diritto vivente, prevede tra le condotte punibili con la sanzione penale, quella di utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale.

I remittenti assumono la violazione dell'art. 3 della Costituzione, a causa dell'irragionevole disparità di trattamento tra la condotta punita con sanzione penale e le più gravi condotte depenalizzate dagli artt. 4 e 6 del decreto legislativo 15 novembre 2000, n. 373 (Attuazione della direttiva 98/84/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato), riguardanti la vendita, l'importazione, la promozione e l'installazione dei dispositivi illeciti di cui all'art. 1, comma 1, lettera g), ovvero ogni apparecchiatura o programma per elaboratori elettronici concepiti o adattati al fine di rendere possibile, senza l'autorizzazione del fornitore, l'accesso ad un servizio protetto. La censura di costituzionalità riguarda i soli fatti commessi dall'entrata in vigore della legge n. 248 del 2000 fino all'entrata in vigore della legge 7 febbraio 2003, n. 22 (Modifica al decreto legislativo 15 novembre 2000, n. 373, in tema di tutela del diritto d'autore), che ha esteso le sanzioni penali previste dall'art. 171-*octies* alle condotte di cui all'art. 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000.

Il Tribunale di Modica censura inoltre l'art. 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000, nella parte in cui non include, tra le attività illecite vietate, anche la utilizzazione per uso privato dei dispositivi illeciti di cui all'art. 1, comma 1, lettera g), e l'art. 6 del predetto decreto legislativo n. 373 del 2000, nella parte in cui non punisce con la sanzione amministrativa pecuniaria anche l'utilizzazione per uso privato degli stessi dispositivi illeciti. Anche in questo caso, il Tribunale di Modica ritiene violato l'art. 3 della Costituzione, a causa dell'irragionevole disparità di trattamento tra la condotta punita con sanzione penale e le più gravi condotte « vietate e quindi depenalizzate » dall'art. 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000.

1.1. In ordine alla questione riguardante l'art. 171-*octies*, va preliminarmente rigettata l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, per la quale i remittenti avrebbero dovuto accertare il fatto contestato prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Infatti non è dubbio che i giudici a quo procedono per l'applicazione dell'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941 e che i dubbi di costituzionalità sulla norma da applicare possono dar luogo ad una questione di legittimità costituzionale in un qualsiasi momento dello svolgimento del processo.

1.2. Quanto al merito della questione, occorre innanzitutto ricordare che l'uso di dispositivi illeciti per fruire di servizi audiovisivi ad accesso condizionato è stato regolato nella sua interezza dall'art. 17 della legge n. 248 del 2000, il quale ha aggiunto alla legge n. 633 del 1941 l'art. 171-*octies*. Tale articolo punisce con sanzione penale la condotta di chi,

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, effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale. Si tratta di una norma che colpisce sia l'aspetto della commercializzazione dei dispositivi illeciti, sia l'aspetto del loro utilizzo.

In attuazione della direttiva comunitaria n. 98/84/CE, del 20 novembre 1998, in tema di tutela dei servizi ad accesso condizionato, è intervenuto poi il decreto legislativo n. 373 del 2000, il quale ha previsto l'irrogazione di una sanzione amministrativa (art. 6) a carico di chiunque (art. 4) ponga in essere una delle seguenti attività: *a*) la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio ovvero il possesso a fini commerciali di dispositivi illeciti di decodificazione; *b*) l'installazione, la manutenzione o la sostituzione a fini commerciali dei predetti dispositivi; *c*) la diffusione con ogni mezzo di comunicazioni commerciali per promuovere la distribuzione e l'uso degli stessi dispositivi.

La disposizione, come risulta evidente, si occupa dell'aspetto commerciale del fenomeno ed ignora l'aspetto dell'utilizzo dei decodificatori.

1.3. Dalla sovrapposizione delle due citate disposizioni è derivata un'alterazione del sistema. Infatti, mentre l'art. 171-*octies* introdotto dalla legge n. 248 del 2000 ha posto sullo stesso piano i vari comportamenti dallo stesso articolo contemplati, prevedendo per tutti la medesima sanzione penale, il successivo decreto legislativo n. 373 del 2000, emesso in attuazione della direttiva comunitaria sopra citata, si è occupato soltanto dei comportamenti che attengono alla commercializzazione dei dispositivi illeciti, prevedendo per questi, non più la sanzione penale, ma la sanzione amministrativa, e non ha considerato l'aspetto dell'utilizzazione dei dispositivi, di modo che per quest'ultima ipotesi è rimasta applicabile la sanzione penale originariamente prevista per tutti i comportamenti in questione.

1.4. La situazione verificatasi è stata posta in evidenza dalle sezioni unite della Cassazione, le quali, con sentenza n. 8545 del 2003, hanno ritenuto che il rapporto tra le fattispecie penalmente sanzionate di cui all'art. 171-*octies* e quelle sanzionate in via amministrativa in base al combinato disposto degli artt. 4 e 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000 vada ricostruito nel senso che: *a*) limitatamente alle condotte tipiche sostanzialmente assimilabili o sovrapponibili, la fattispecie punita con sanzione amministrativa deve ritenersi speciale rispetto a quella punita con sanzione penale, contemplando quali elementi specializzanti il fine di commercio nonché la fornitura a pagamento del servizio ad accesso condizionato e ad essa deve pertanto applicarsi in via esclusiva, ex art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), la sanzione amministrativa; *b*) la condotta di utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, non assimilabile ad alcuna tra quelle amministrativamente sanzionate, continua ad essere penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 171-*octies*.

1.5. Questa situazione di distonia del sistema è stata poi eliminata dalla legge n. 22 del 2003, la quale ha previsto che ai comportamenti ille-

citi di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000 « si applicano altresì le sanzioni penali e le altre misure accessorie previste per le attività illecite di cui agli articoli 171-*bis* e 171-*octies* della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni ».

1.6. È da sottolineare a questo punto che il legislatore del 2000, nell'emanare l'art. 171-*octies*, ha considerato di pari gravità i comportamenti riguardanti la commercializzazione e l'utilizzo dei dispositivi illeciti atti alla decodificazione, prevedendo per tutti la sanzione penale, mentre il legislatore del 2003, aggiungendo la sanzione penale a quella amministrativa per i soli comportamenti riguardanti la commercializzazione di detti dispositivi illeciti, previsti dall'art. 4 del decreto legislativo n. 373 del 2000, ha evidentemente considerato questi ultimi di maggiore gravità.

1.7. Resta tuttavia la situazione di distonia, alla quale sopra si faceva cenno, per i fatti commessi sotto la disciplina del decreto legislativo n. 373 del 2000 (che regola anche i fatti anteriormente puniti dall'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941, introdotto dalla legge n. 248 del 2000, in quanto norma più favorevole ai sensi dell'art. 2 del codice penale) fino all'entrata in vigore della legge n. 22 del 2003. In questo periodo, infatti, l'attività di utilizzo di dispositivi illeciti, considerata, come si è visto, di pari gravità rispetto all'attività di commercializzazione degli stessi dall'art. 171-*octies* della legge n. 633 del 1941, e di minore gravità dalla legge n. 22 del 2003, è stata punita con una pena più afflittiva (sanzione penale) di quella (sanzione amministrativa) prevista per la predetta attività di commercializzazione dal decreto legislativo n. 373 del 2000.

La disciplina applicabile alle condotte realizzatesi nel cennato periodo di tempo, prevedendo una sanzione penale per comportamenti di pari o minore gravità rispetto a quelli per i quali è prevista una sanzione amministrativa, è manifestamente irragionevole.

Di conseguenza questa Corte non può che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 171-*octies* aggiunto alla legge n. 633 del 1941 dalla legge n. 248 del 2000, nella parte in cui prevede la sanzione penale, anziché la sanzione amministrativa prevista dall'art. 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000, per l'utilizzo privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato (cfr. sentenze n. 287 del 2001 e n. 52 del 1996), relativamente al periodo che va dall'entrata in vigore del citato art. 171-*octies* fino all'entrata in vigore della legge n. 22 del 2003. Tale intervento sostitutivo assorbe la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Modica in ordine agli artt. 4 e 6 del decreto legislativo n. 373 del 2000.

**SULLA POSSIBILE
« RIPENALIZZAZIONE »
DELL'ART. 171-OCTIES
DELLA LEGGE SUL DIRITTO
D'AUTORE E
SULL'EFFICACIA DELLA
SENTENZA 426/04 DELLA
CORTE COSTITUZIONALE**

tembre 2000, data di entrata in vigore della Legge 248/2000 ed il 2 marzo 2003, data di entrata in vigore della Legge 22/2003 che ha integrato e modificato l'art. 6 del D.Lgs. 373/2000.

La sentenza della Corte Costituzionale prende le mosse dalla presunta sopravvenuta inefficacia, ad opera proprio del D.Lgs. 373/2000, che avrebbe operato una depenalizzazione delle fattispecie criminose previste dall'art 171-octies, riferendosi alle altre condotte illecite poste in essere non da privati. L'abrogazione avrebbe quindi comportato una ingiustificata disparità di trattamento fra l'illecito commesso dal privato e le più gravi condotte depenalizzate, tenute a fini commerciali.

La decisione della Corte Costituzionale fa seguito alla sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 8545 del 2003. Tale sentenza, richiamata dalla stessa Corte Costituzionale, dichiara, con riferimento ai reati disciplinati dall'art. 6 del D.Lgs. 373/2000 e dall'art. 171-octies Lda, che relativamente alle condotte tipiche sostanzialmente « assimilabili o sovrapponibili » la fattispecie punita con sanzione amministrativa deve ritenersi speciale rispetto a quella punita con sanzione penale.

Questo studio tende ad accertare se effettivamente si possa asserire che, *medio tempore*, si sia verificata una depenalizzazione delle condotte per le quali non è intervenuta la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 171-octies e se in assenza di tale prospettata depenalizzazione si debba, al contrario, ritenere tutt'ora potenzialmente applicabile la sanzione penale per le violazioni commesse in quel periodo, a fini commerciali

LE FONTI NORMATIVE, OGGETTO DI ESAME.

A tale scopo è necessario esaminare i due differenti filoni di fonti normative relative all'introduzione ed alla collocazione dell'art. 171-octies, nella legge speciale sul diritto d'autore (L. 633/41) ed all'emanazione del D.Lgs. 373/2000, con particolare riferimento all'art. 6.

LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

L'art. 171-octies è introdotto dalla legge 248/2000, promulgata il 18 agosto del 2000 ed entrata in vigore il 19 settembre a seguito della sua pubblicazione sulla *G.U.* del 4 settembre 2000, n. 206. L'iter legislativo di questa legge è stato molto lungo ed ha preso le mosse dalla presenta-

Con la sentenza numero 426/2004 (*GU n. 1 del 5-1-2005*) la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 171-octies della legge 633 del 22 aprile 1941, per la parte in cui sanziona penalmente l'utilizzazione fraudolenta per uso privato di apparati o parti di apparati, atti alla decodificazione abusiva di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale.

Tale illegittimità dispiega i suoi effetti per il periodo compreso fra 19 set-

zione, nel Consiglio dei Ministri del 10 ottobre 1996, del D.D.L. n. 1496 di iniziativa governativa, successivamente accorpato con il disegno di legge 2157 (AN - Centaro ed altri), finalizzato a contrastare al meglio il dilagante fenomeno delle abusive utilizzazioni delle opere dell'ingegno e dei diritti connessi tutelati dalla legge sul diritto d'autore. L'*occasio legis* di queste nuove regole va ricercata nella normativa dei TRIPs. Gli accordi GATT/TRIPs, adottati a Marrakech il 15 aprile 1994, prevedono, all'allegato 1c, riguardante la proprietà intellettuale, una serie di norme dedicate a reprimere gli illeciti.

Gli accordi TRIPs sono stati recepiti in Italia con la L. 747/94 che ha dato immediata esecuzione alle « norme relative all'esistenza, all'ambito e all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale inerenti al diritto d'autore e ai diritti connessi ». Le norme, invece, di natura sanzionatoria e quelle tendenti a prevenire gli illeciti, per essere applicate, necessitano dell'attivazione di un procedimento ordinario di adattamento del diritto interno italiano al diritto internazionale. Soprattutto per gli aspetti concernenti la disciplina penale, è necessaria ed imprescindibile la nazionalizzazione del diritto internazionale.

In attuazione di questo obbligo internazionale ma anche per migliorare la tutela dei diritti contemplati dalla Lda è stata quindi approvata la legge 248/2000 che, è bene osservare e sottolineare, ha integrato e modificato la legge sul diritto d'autore, che è legge speciale. Si insiste sulla specialità della Lda, per l'interesse che questa circostanza ha a fini interpretativi. Infatti l'articolo 171-*octies*, introdotto dall'art. 17 della L. 248/2000, è norma della legge 633/1941 e questa sua collocazione ha riflessi diretti sulla sua valenza. Infatti la disposizione contenuta nell'articolo 171-*octies* se pure riguarda e protegge in modo parziale ed indiretto il diritto d'autore propriamente detto, di spettanza degli autori di musiche, film, ecc., ed è invece sicuramente destinata a tutelare (è questo l'intimo significato logico della norma) in modo specifico il diritto delle emittenti sulle trasmissioni radiotelevisive di servizi criptati ad accesso condizionato, nonché la loro titolarità derivata dei diritti di radiodiffusione acquisiti da autori, artisti interpreti, produttori fonografici ed ogni altro diritto, protetto dalla Lda, acquisito da terzi ai fini della emissione della diffusione. Attraverso l'irrogazione di sanzioni penali — nei confronti di coloro che a fini fraudolenti producono, pongono in vendita, importano, promuovono, installano, modificano, utilizzano per uso pubblico e privato apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale — il legislatore ha inteso porre una forte deterrenza all'utilizzo abusivo delle trasmissioni radiotelevisive, trasmesse dalle emittenti radiotelevisive per realizzare profitti economici diretti e/o indiretti od anche nel caso di mancanza di finalità lucrative. Tali deterrenze di fatto impediscono e qui si torna all'efficacia indiretta della norma, anche la violazione del diritto degli autori, produttori ed artisti interpreti a percepire i proventi derivanti dall'utilizzo di loro opere o contributi quando contenuti nei palinsesti, tenuto conto che, di norma, tali aventi diritto sono retribuiti con compensi parametrati direttamente o indirettamente sulla redditività realizzata dalle emittenti che trasmettono i programmi.

Chiaro quindi l'intento del legislatore — sia per la collocazione della norma nella legge sul diritto d'autore, sia per quanto esplicitamente detto

dalla disposizione, che si riferisce *all'abusivo accesso*, attraverso forme di elusione delle protezioni (*criptazione*), *alle trasmissioni radiotelevisive non di libero accesso* — di dare tutela a meri diritti di proprietà intellettuale ed a quelli a questi connessi e non ai mezzi tecnici di decodificazione, in quanto tali, ancorché essi stessi oggetto di abusiva produzione ovvero di elusione funzionale. A conforto di questo deve anche ricordarsi che l'introduzione dell'art. 171-*octies* nella Lda non può né deve ricondursi alla volontà di dare attuazione alla direttiva 98/84/CE e quindi di prevedere sanzioni applicabili ai dispositivi illeciti che forniscono accesso non autorizzato a servizi protetti sia perché il recepimento della direttiva era stato già regolato legislativamente (L. 21 dicembre 1999, n. 526) attraverso la delega parlamentare data al Governo per l'emanazione del relativo decreto delegato, sia anche perché nella legge 248 non è presente alcun riferimento alla volontà di attuare la direttiva comunitaria sulle protezioni dell'accesso ai servizi condizionati, né tanto meno è stata data la relativa comunicazione alla Commissione della UE dell'adozione, sia pur parziale, della direttiva.

Inoltre al fine di ancor meglio indagare la volontà legislativa e soprattutto ciò che la legge ha effettivamente disposto, al di là di una mera interpretazione letterale della norma, tenendo presente l'obiettivo di conoscere l'intimo significato logico, si deve esaminare anche l'inserzione della disposizione, oltre che come già evidenziato nella legge speciale, anche nel sistema sanzionatorio penale approntato dalla Lda, che è interamente ed esclusivamente dedicato alla difesa delle norme di diritto positivo dettate dalla medesima legge e che quindi non si estende ovviamente a tutelare fattispecie differenti da quelle oggetto dei diritti codificati di proprietà intellettuale ed affini.

In relazione a tutto ciò deve porsi l'attenzione sul fatto che quando il legislatore, nella parte sanzionatoria penale, indica come fattispecie punita quella relativa all'abusivo o fraudolento utilizzo di un mezzo tecnologico, come è nel caso in esame la smart card, intende creare deterrenze e sanzioni a protezione del bene immateriale, prestazione o diritto protetto dalla Lda e non del mezzo tecnologico in quanto tale. Dimostrazione di questo si ha anche esaminando, ad esempio, la lettera *a*) dell'art 171-*ter* che parla di riproduzione abusiva di dischi, nastri ecc., intendendo tale atto condotta criminosa proprio in quanto idoneo a violare, attraverso la riproduzione del *corpus mechanicum* i diritti sul *corpus mysticum*, l'opera. Tale tecnica normativa — che non può disconoscersi sia fortemente condizionata dall'esistenza della necessità di proteggere beni immateriali che diventano oggetto di violazione principalmente quando sono resi accessibili tramite una tecnologia o tramite la loro fissazione su supporto materiale — è risalente tant'è che già nella originaria versione della lda (1941), addirittura la, ora abrogata, lettera *e*) dell'art. 171 (norma penale) prevedeva una sanzione per chi riproduceva « *con qualsiasi processo di duplicazione dischi od altri apparecchi analoghi...* ». In tale disposizione non era contenuto alcun riferimento ad opere riprodotte, né ai diritti del produttore fonografico sull'adattamento alla registrazione ma costantemente e unanimemente la relativa giurisprudenza e dottrina hanno riferito la previsione alla tutela di opere e materiali, riconosciuta dalla Lda e non alla tutela del mezzo tecnologico, in quanto bene materiale.

LA TUTELA UE DEI SERVIZI DI ACCESSO CONDIZIONATO.

Passiamo ora ad esaminare l'altra fonte normativa, per poi poter trarre delle conclusioni che porteranno a dissentire sulla avvenuta depenalizzazione dell'art. 171-*octies* ad opera dell'art 6 del D.Lgs. 373/2000.

Il D.Lgs. 373/2000 è normativa emanata sulla base della delega contenuta nella legge comunitaria del 1999 (L. 21 dicembre 1999, n. 526).

L'articolo 2.1, lett. f) della legge 526/99 prevede che relativamente alla tutela dei servizi di accesso condizionato sia data attuazione alla direttiva 98/84/CE del Parlamento e del Consiglio, in modo da assicurare, nell'esercizio della delega, la piena conformità della disciplina disposta alle prescrizioni della direttiva medesima.

La direttiva prevede il riavvicinamento delle disposizioni degli Stati membri riguardanti misure contro i dispositivi illeciti che forniscono l'accesso non autorizzato a servizi protetti. Impone, pertanto, di definire in modo univoco cosa debba intendersi per servizio protetto, trasmissione televisiva, servizio di accesso, ecc. Inoltre prevede che gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie a vietare, sul loro territorio, le attività illecite consistenti nella fabbricazione, importazione, distribuzione, vendita, noleggio o possesso a fini commerciali di dispositivi illeciti, nonché nell'installazione, manutenzione o sostituzione a fini commerciali di dispositivi illeciti, ovvero nell'impiego di comunicazioni commerciali per promuovere dispositivi illeciti. *Infine stabilisce che si devono prevedere sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate al potenziale impatto dell'attività illecita.*

L'art. 2 della legge 526/99, concernente criteri e principi direttivi generali della delega legislativa, alla lettera c), relativa alle sanzioni necessarie ad assicurare il rispetto degli emanandi decreti legislativi, *stabilisce:*

« *salva l'applicazione delle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, saranno previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi... »*

Come è possibile subito notare la delega è ben circoscritta sia per quanto attiene alle norme di diritto positivo da introdurre nel nostro ordinamento, che non fanno alcun riferimento e non riguardano assolutamente il diritto d'autore o i diritti connessi tutelati dalla legge 633/41, sia per le sanzioni applicabili per la violazione delle suddette norme, che non potranno che riguardare infrazioni alle disposizioni, nel caso di specie, contenute nel decreto legislativo 373/2000. Anzi è bene osservare come sia fatta salva l'applicazione di norme penali vigenti, il che porterebbe a poter asserire con piena tranquillità che l'art. 171-*octies* della Lda, si ribadisce, posto a tutela della proprietà intellettuale e dei diritti ad essa connessi, avrebbe dovuto mantenere piena efficacia e avrebbe ben potuto convivere con la nuova disposizione introdotta dall'art. 6 del decreto 373, questo anche e soprattutto nel pieno rispetto della direttiva 98/84/CE, che al terz'ultimo considerando dispone esplicitamente che sia fatta « *salva l'applicazione delle disposizioni nazionali che vietano il possesso a fini privati di dispositivi illeciti, l'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza e l'applicazione delle norme comunitarie in materia di diritti di proprietà intellettuale* » e quindi anche di quelle che attribuiscono diritti di proprietà intellettuale sui programmi diffusi in forma criptata ai sensi della direttiva 98/83/CEE, programmi inseriti nei servizi ad accesso condizionato che sono servizi differenti dai servizi di

accesso condizionato. Tale previsione dimostra come almeno il legislatore comunitario abbia ben presente la necessità della duplice tutela di beni materiali-servizi e di beni immateriali, anche dal punto di vista sanzionatorio, proprio perché un'unica condotta illecita può danneggiare beni differenti ed anche differenti titolari di diritti di diversa natura.

In quale modo, tutto ciò considerato, possa esser dedotta la depenalizzazione dell'art. 171-*octies* è di difficile dimostrazione, infatti l'interpretazione del contenuto dell'art. 6 del D.Lgs. 373/2000 (emanato su proposta del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro delle comunicazioni, di concerto con i Ministri degli affari esteri, della giustizia e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e non anche del Ministro per i Beni e le attività culturali, competente per la materia del diritto d'autore), non può che essere fatta se non presumendo il rispetto della delega e quindi la sua inapplicabilità alla materia del diritto d'autore, ovvero arrivando ad ipotizzare l'illegittimità costituzionale della detta norma, art. 6 del D.Lgs. 373/2000, in quanto dettata in violazione delle prescrizioni contenute nella delega, dalla quale origina. Certo che sulla base del suesposto ragionamento non appare congruente ipotizzare, né oggi né ieri, la depenalizzazione delle condotte illecite previste dall'art. 171-*octies* della L. 633/41, attuate a fini commerciali.

La vera *ratio* delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 373, in particolare del combinato disposto degli artt. 6, 4 e 1 lett. g), è quella di assicurare protezione a servizi di trasmissione codificata a distanza. In questo caso la tutela è data al servizio, in quanto attività imprenditoriale, industriale e commerciale, riconosciuta dall'ordinamento comunitario ed interno a ciascuno Stato membro, meritevole di una dedicata protezione, anche sanzionatoria, finalizzata alla tutela degli interessi economici dell'impresa che la esercita.

Ad *abundantiam* ed in via del tutto residuale (peraltro, a nostro avviso, da esaminare solo a livello meramente teorico perché per il caso in oggetto prevale tutto quanto già detto), ove non si volesse accogliere quanto sopra evidenziato, occorre anche osservare che la legge sul diritto d'autore è legge speciale e che pertanto, nel rispetto delle regole dell'interpretazione della legge, estendibili al diritto penale, il principio che la *lex posterior derogat priori* — trova un'eccezione per il fatto che la norma dell'art. 171-*octies*, pur se antecedente — in quanto contenuta nella legge speciale del 1941 ed introdotta con efficacia dal 19 settembre del 2000 — di fatto resiste alla supposta abrogazione/depenalizzazione, non espressamente prevista nell'art. 6 del D.Lgs. 373/2000, entrato in vigore il 30 dicembre del medesimo anno 2000. Infatti, in applicazione del criterio della specialità della legge antecedente convivono due comandi: la regola, per il servizio codificato, applicabile a quanto non previsto nella l.d. e l'eccezione per il diritto d'autore, applicabile alle fattispecie previste dall'art. 171-*octies*. Secondo le regole dell'interpretazione, che non si vogliono qui sottacere, tali principi trovano comunque un limite nel caso in cui vi sia una volontà novativa da parte del legislatore: tale volontà sicuramente non può sostenersi che possa esistere, nel caso di specie, considerato quanto previsto dalla delega che ha originato il D.lgs. 373/2000 e che fa salve le norme penali preesistenti e soprattutto non si riferisce, neppure indirettamente, a questione che anche solo trasversalmente possano toccare la materia regolata dal diritto d'autore, che anzi, come già evidenziato, è fatta proprio salva dal *terz'ultimo* considerando della direttiva.

L'INTERPRETAZIONE LOGICA DELL'ART. 6 DEL D.LGS. 373/2000.

Per poter dare un'interpretazione logica a quanto previsto nell'art. 6 del D.Lgs. 373/2000 si deve invece ritenere che la norma voglia tutelare il solo bene materiale tecnologico della *smart card* originale la cui destinazione unica, che è quella di consentire l'accesso, non deve essere né elusa né raggiunta attraverso la clonazione. Tale interpretazione sembra anche confortata dalla novella introdotta all'art. 6 del decreto legislativo 373 dalla legge 22/2003 che prevede si applichino «altresì le sanzioni penali e le altre misure accessorie previste per le attività illecite di cui agli articoli 171-*bis* e 171-*octies* della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni». Previsione che — ove non dovesse riferirsi a condotte dolose differenti da quelle previste nel medesimo articolo 6, tant'è che sono richiamati, come distinti e differenti gli illeciti di cui agli artt. 171-*ter* e 171-*octies* della Lda — indurrebbe la necessità di comprendere (ed a questo non è dato riscontro nelle sentenze né della Cassazione, 22/2003, né della Corte Costituzionale) quale sia il differente significato da attribuire alle parole utilizzate, visto che l'ultimo periodo aggiunto al comma 1 dell'art. 6 deve comunque avere un senso logico.

In conclusione, soprattutto con riferimento alle sentenze di legittimità e di merito, relative alla dichiarata depenalizzazione di alcune delle condotte di cui all'art. 171-*octies*, si deve ancora una volta ricordare la prevalenza delle disposizioni della Lda, legge speciale, sulle altre disposizioni contenute nelle leggi ordinarie, l'importanza a fini interpretativi dell'inserzione della disposizione in un determinato sistema, art. 171-*octies* nella Lda, art. 6 del D.Lgs. 373 nella disciplina della tutela dei servizi di accesso condizionato, la necessità di individuare sempre lo scopo cui sono destinate le norme ed in caso di supposta sovrapposizione, derivante dalla mera interpretazione letterale della disposizione, presupporre che il legislatore non abbia inteso regolare due volte la stessa fattispecie ma che si tratti solo di un concorso apparente. Soprattutto nel campo della proprietà intellettuale è facile che possano coesistere disposizioni apparentemente sovrapponibili anche se così non è e che un unico atto (condotta) può generare più illeciti, relativi a ciascun oggetto giuridico specifico del reato, ossia il bene o interesse della persona offesa dal reato che, relativamente alla questione in esame, è il diritto d'autore e connesso e l'interesse industriale e/o commerciale.

A tale proposito si ricorda la vecchia *querelle* relativa alla tutela della abusiva duplicazione della composizione grafica ed alla tutela dell'abusiva riproduzione mediante fotocopia di opere riprodotte per le stampe, risoltasi con la convivenza di sanzioni penali a tutela del diritto d'autore e amministrative per la composizione grafica, irrogabili a fronte di un'unica condotta, consistente nell'illecita fotocopiatura di testi stampati.

IL DIVIETO DI POSSESSO E UTILIZZO A FINI PRIVATI DI DISPOSITIVI ILLECITI.

Si conclude infine, che al di là delle considerazioni fatte, per le altre condotte illecite di cui sempre all'art. 171-*octies* della Lda, oggetto della sentenza della Corte Costituzionale che si sta qui esaminando, rimane comunque fermo quanto statuito dal Giudice delle leggi con il riferimento alle sole attività illecite poste in essere dai privati nel periodo indicato nella dichiarazione d'illegittimità e quindi si prende atto della depenalizzazione, in questo ambito intervenuta. Infatti la norma vive ed è regolata

solo come norma interna dello Stato italiano, priva di effetti quanto alla armonizzazione comunitaria, e ciò è lecito in base al terz'ultimo considerando della direttiva 98/84/CE che, come già visto, fa « *salva l'applicazione delle disposizioni nazionali che vietano il possesso a fini privati di dispositivi illeciti* ».

L'EFFICACIA DELLA SUPPOSTA DEPENALIZZAZIONE.

Nel quadro del completo esame dell'efficacia della sentenza della Corte Costituzionale si evidenzia che per gli illeciti commessi nei circa trenta mesi intercorrenti fra il 19 settembre 2000 e il 2 marzo 2003, non essendo stata presa alcuna decisione dalla Corte Costituzionale, relativamente a quelli perpetrati a fini commerciali, ciascun giudizio di merito o di legittimità, potrà riesaminare la questione della depenalizzazione, anche, si auspica, tenendo conto che le motivazioni in base alle quali è stato presentato il DDL che ha dato vita alla legge 22/2003, non necessariamente devono costituire fonte interpretativa ai fini della supposizione di depenalizzazione dell'art. 171-*octies*. Infatti in proposito è stato ripetutamente affermato che deve escludersi il ricorso ai lavori preparatori quando la volontà che risulta da tale attività « non può sovrapporsi alla volontà obbiettiva della legge » (Cass. 3276/1979). Inoltre non bisogna dimenticare che il sistema dell'interpretazione soggettiva (volontà storica del legislatore) cristallizza l'interpretazione, applicandola a casi originariamente non presi in considerazione o a situazioni giuridiche nuove e successive.

Sul versante del recepimento della direttiva 98/84/CE, attuato dal D.Lgs. 373/2000, l'articolo 5, relativo alle sanzioni e ai mezzi di tutela prevede che le sanzioni debbano essere « efficaci, dissuasive e proporzionate al potenziale impatto dell'attività illecita » e che gli Stati membri debbano adottare « le misure necessarie per provvedere a che i prestatori di servizi protetti i cui interessi vengono pregiudicati da un'attività illecita ... svolta sul loro territorio abbiano accesso a mezzi di tutela adeguati, compresa la possibilità di promuovere un'azione per il risarcimento del danno e ottenere un'ingiunzione o altro provvedimento cautelare e, ove opportuno, chiedere che i dispositivi illeciti siano eliminati dai circuiti commerciali ».

L'argomento potrebbe apparire parzialmente estraneo all'analisi della sentenza in argomento solo se non si tenesse però conto del fatto che se, dopo il recepimento si fosse voluta effettivamente integrare, in base alla legge 22/2003, la previsione della sanzione amministrativa, per le attività illecite di cui all'art. 4 del decreto medesimo, con le ulteriori sanzioni penali degli artt. 171-*ter* e 171-*octies*, si sarebbe dovuto fare riferimento alla direttiva comunitaria (all'atto della sua pubblicazione) e, forse motivare la modifica per giustificare l'introduzione di sanzioni penali, in quanto a quel momento necessaria ad assicurare adeguata tutela ai servizi di accesso. Chiaro sicuramente, almeno a nostro avviso, che in effetti la legge 22/2003, anche per questo, ha mero carattere interpretativo e nessun riferimento al diritto comunitario. Conferma ulteriore potrebbe venire anche dal fatto che della nuova disposizione di legge, presumibilmente, non è stata data comunicazione alla Commissione UE, come prescritto dal diritto comunitario.

**RAGIONEVOLEZZA E
RESIDUALITÀ DEL SISTEMA
PENALE.
LA TUTELA DELLE
TRASMISSIONI AD ACCESSO
CONDIZIONATO, IN UNA
RECENTE PRONUNCIA
DELLA CORTE
COSTITUZIONALE**

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Con la sentenza in epigrafe, il Giudice delle leggi ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171-*octies* della legge 22 aprile 1941, n. 633, recante norme in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, introdotto dalla legge 18 agosto 2000, n. 248, nella parte in cui, limitatamente ai fatti commessi dall'entrata in vigore di detto art. 171-*octies* fino all'introduzione della legge 7 febbraio 2003, n. 22 (Modifica al decreto legislativo 15 novembre 2000, n. 373,

in tema di tutela del diritto d'autore), punisce con sanzione penale, anziché con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 6 del decreto legislativo 15 novembre 2000, n. 373 (Attuazione della direttiva 98/84/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato), l'utilizzazione per uso privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale.

La decisione della Consulta muove dalla apprezzabile intenzione di operare un intervento chiarificatore e di razionalizzazione, all'interno di un settore della legislazione complementare caratterizzato dall'avvicinarsi, talora contraddittorio, delle regolamentazioni normative, che ha determinato profili di rilevante problematicità in merito all'individuazione della disciplina intertemporale applicabile, nonché alla coerenza ed all'interno coordinamento dell'intero sotto-sistema normativo.

Il tema concerne, specificamente, la tutela (in talune ipotesi penale, in altre amministrativa) delle trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato¹ — quali nuove forme di utilizzazioni economiche della proprietà intellettuale — dalle attività di illecita captazione ed eventuale utilizzazione delle immagini trasmesse, nonché dalle condotte ad esse prodromiche, relative all'utilizzazione di dispositivi idonei alla decodificazione abusiva ed all'elusione dei sistemi di criptazione (esempio tipico sono le c.d. *smart-cards* clonate).

2. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.

La disciplina della tutela dei servizi radiotelevisivi ad accesso condizionato si caratterizza, nella storia legislativa italiana, per una singolare al-

¹ Ovvero, ai sensi del citato art. 171-*octies*, dei segnali audiovisivi trasmessi, via cavo, via etere o via satellite, in forma analogica o digitale, da emittenti italiane od estere, in forma tale da essere visibili

unicamente a categorie di utenti, selezionati dal soggetto emittente, a prescindere dalla imposizione di un canone per la fruizione del servizio.

ternanza di fasi, oscillanti tra interventi di depenalizzazione e, successivamente, di riespansione dell'area di rilevanza penale, indubbiamente legate ciascuna alla diversa e più o meno intensa percezione sociale del fenomeno sanzionato, nonché alle dimensioni ed all'incidenza della sua realtà criminologica.

Il primo intervento legislativo in materia risale all'introduzione, da parte dell'art. 17, terzo comma, lett. b), della L. 248/00 (« Nuove norme di tutela del diritto d'autore »), dell'art. 171-*octies*, all'interno del *corpus* normativo della legge 633 del 1941 (*postea*: l.d.a), recante norme in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.

La novella legislativa del 2000 costituisce l'intervento normativo finalizzato all'implementazione degli accordi GATT/TRIPS, adottati a Marrakech in data 15 aprile 1994, in tema di tutela dei diritti di proprietà intellettuale inerenti il diritto d'autore ed i diritti ad esso connessi.

Come dimostra significativamente l'inserimento della relativa disciplina all'interno della legge sul diritto d'autore, la norma incriminatrice di cui all'art. 171-*octies* mira in realtà a tutelare, da numerose condotte funzionalmente prodromiche all'(o consistenti nell') accesso abusivo a servizi criptati, non soltanto gli interessi patrimoniali delle emittenti radiotelevisive di tali trasmissioni protette, e la loro titolarità derivata di ogni diritto, protetto dalla l.d.a. ed acquisito da terzi ai fini della emissione e della diffusione, ma *anche* dei diritti di radiodiffusione (acquisiti da autori, interpreti, produttori) e del diritto connesso alla percezione dei proventi derivanti dall'utilizzazione delle opere o dei contributi di cui tali soggetti abbiano la paternità, ove contenuti nei palinsesti, sol che si consideri come, generalmente, tali soggetti siano retribuiti con compensi proporzionali — in via diretta o meno — alla redditività realizzata dalle emittenti².

La norma di cui all'art. 171-*octies* l.d.a. commina congiuntamente la pena della reclusione e della multa, nei confronti di « 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 trasmissione audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale », dovendosi ritenere tali, per espresso disposto normativo, « 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 » dallo stesso emittente, indipendentemente dalla circostanza che la fruizione di detti servizi sia subordinata alla corresponsione di un canone.

Il precetto equipara pertanto, ai fini sanzionatori, condotte caratterizzate da gradi notevolmente diversi di offensività (a seconda dei casi, in termini di astratta pericolosità, ovvero di dannosità)³ dell'oggettività giu-

² In tal senso, L. CHIMIENTI, *La strada per « ripenalizzare » il decoder abusivo domestico (senza offendere la Consulta)*, contributo pubblicato all'interno della versione telematica di *Diritto e Giustizia*, numero del 19 gennaio 2005.

³ Si pensi, in particolare, alla diversa carica lesiva connessa alla condotta (disegnata in termini di pericolo indiretto) di mera promozione dei dispositivi elusivi

dei sistemi di criptazione, a quella relativa alla installazione dei medesimi apparati, ed infine a quella di utilizzazione degli stessi in pubblico (come già rilevato, accomunate dalla medesima comminatoria editale di pena, ai sensi dell'art. 171-*octies* l.d.a.). Se infatti la prima fattispecie presenta un grado di *Kriminalisierung im Vorfeld* così avanzata da prevedere la comminatoria della reclusione (da sei mesi a tre anni)

ridica protetta, da rinvenirsi nella tutela degli interessi patrimoniali delle emittenti radiotelevisive e del diritto di radiodiffusione (acquisito da autori, interpreti, produttori) e del diritto connesso alla percezione dei proventi derivanti dall'utilizzazione delle opere o dei contributi di cui tali soggetti abbiano la paternità, ove contenuti nei palinsesti. L'aspetto, maggiormente rilevante ai nostri fini, di tale (irragionevole) equiparazione *quoad poenam*, di ipotesi criminose contrassegnate da differente disvalore, è la parificazione, normativamente stabilita, tra condotte volte alla commercializzazione del dispositivo elusivo del sistema di criptazione, da un lato, e condotte consistenti nella mera utilizzazione privata degli stessi, dall'altro.

Ora, pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge 248, l'emanazione del D.Lgs. 373/2000, in adempimento della legge comunitaria 526/99 — re-

per una condotta che si attesta ad uno stadio di pericolosità eccessivamente distante (anche) dalla mera esposizione a pericolo dell'oggettività giuridica di riferimento, la seconda si delinea in termini di « tendenziale concretezza » del pericolo (così, S. FIORE, voce *Diritto d'autore (reati in materia di)*, in *Dig. Disc. pen., Agg.*, 2004, 186; in merito alla portata ed alle cause politico-ordinamentali della tendenza politico-criminale *d'aujourd'hui*, all'anticipazione dell'intervento penale, non può che rinviarsi al fondamentale contributo di G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in *ZStW*, 1985, n. 97, 751 ss.; nonché W. BECK, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung: zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit, -erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrecht*, Berlin, 1992; F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in der Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991). Diversamente, la terza condotta, benché soggetta alla medesima comminatoria editale di pena, appare invece contrassegnata indubbiamente in termini di danno nei confronti degli interessi patrimoniali dei soggetti erogatori dei servizi ad accesso condizionato, risolvendosi nella effettiva, illecita captazione di immagini (o suoni) protetti. Né varrebbe argomentare che tale anticipazione dell'intervento penale ad uno stadio così avanzato sia compensata, in termini di selettività, dalla presenza del dolo specifico del fine fraudolento, dal momento che la debole pregnanza contenutistica di tale peculiare forma dell'elemento psichico appare inidonea *in radice* a circoscrivere adeguatamente l'alveo di ricettività della fatti-

specie. Nelle ipotesi disciplinate dall'art. 171-*octies*, infatti, il fine fraudolento sembra ridursi alla mera volontà di elusione del sistema di criptazione del servizio protetto, così risolvendosi, di fatto, nella consapevolezza, in capo all'agente, di promuovere, produrre, vendere, installare, modificare, utilizzare un dispositivo illecito in quanto finalizzato a consentire l'accesso abusivo al servizio protetto. Ora, dal momento che il carattere illecito del dispositivo che costituisce l'oggetto materiale delle suddette condotte rappresenta un elemento costitutivo del *Tatbestand*, appare evidente la ridotta capacità selettiva del dolo specifico previsto dalla fattispecie, che finisce con l'appiattirsi sulla mera consapevolezza (e volontà) di un requisito costitutivo del tipo. Per una recisa identificazione dell'oggetto del dolo specifico proprio di tali ipotesi, nella finalizzazione della condotta all'elusione artificiosa dei sistemi di codificazione dei segnali audiovisivi ad accesso condizionato, cfr., in giurisprudenza, Cass., SS. UU., 18 dicembre 2002-20 febbraio 2003, n. 33, Scuncia, in *Cass. pen.*, 2003, 1482. Sul punto, rileva acutamente S. FIORE, voce *Diritto d'autore (reati in materia di)*, etc., cit., loc. ult. cit., come la formula utilizzata (« a fini fraudolenti ») per descrivere il contenuto dell'elemento psichico se, per un verso, appare suscettibile di creare non irrilevanti problemi applicativi in sede di contestazione, per la sua nota, tradizionale, multiformità e polivalenza semantica, per altro verso rischia verosimilmente di determinare, sul piano probatorio, l'adozione di soluzioni ispirate ad un paradigma ricostruttivo *in re ipsa*, interamente fondato « sulla considerazione della (vera o presunta) pregnanza degli elementi oggettivi, con buona pace del valore costitutivo del dolo specifico ».

cante a sua volta la normativa di implementazione della direttiva 98/84/CE, in tema di tutela dei servizi ad accesso condizionato⁴ — introduceva una disciplina in parte interferente con quella dettata dalla legge 248.

Il combinato disposto degli artt. 4 e 6 del D.Lgs. 373 punisce infatti, con sanzione amministrativa pecuniaria, « a) la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio ovvero il possesso a fini commerciali di dispositivi illeciti di cui all'art. 1, comma 1, lett. g⁵); b) l'installazione, la manutenzione o la sostituzione a fini commerciali dei predetti dispositivi illeciti; c) la diffusione con ogni mezzo di comunicazioni commerciali per promuovere la distribuzione e l'uso degli stessi dispositivi ».

Per le condotte appena descritte, relative alla sola *commercializzazione* (e non, dunque, anche alla mera *utilizzazione*) dei dispositivi elusivi del sistema di criptazione, è stata successivamente prevista, ai sensi del-

⁴ Ad ulteriore dimostrazione di come l'adempimento agli obblighi promananti dall'ordinamento comunitario rappresenti « uno dei pochi "motori" legislativi costanti in un panorama che, a seconda dei settori, oscilla tra la stagnazione e l'iperattività » (è la lucida osservazione di S. FIORE, *op. cit.*, 175). In merito alla controversa questione degli « obblighi comunitari di tutela penale », sia consentito rinviare al nostro *Razionalità di scopo e modulazione dell'intervento punitivo: le sanzioni amministrative nel Codice Privacy*, in *Dir. Form.*, 2004, 883 ss.

⁵ Norma alla cui stregua, per « dispositivo illecito » deve intendersi ogni apparecchiatura o programma per elaboratori elettronici concepiti o adattati al fine di rendere possibile, senza l'autorizzazione del fornitore, l'accesso in forma intelligibile ad un servizio protetto, ovvero sia un servizio ad accesso condizionato o di accesso condizionato. Ai sensi del primo comma, lett. b), del medesimo art. 1, per « servizio ad accesso condizionato » deve intendersi uno dei seguenti servizi, la cui fruizione sia subordinata alla corrispondenza di un canone ed all'operatività di un sistema ad accesso condizionato: 1) trasmissioni televisive, ovvero trasmissioni via cavo, via radio o via satellite, di programmi televisivi destinati al pubblico; 2) trasmissioni sonore, cioè le trasmissioni via cavo, via radio o via satellite, di programmi sonori destinati al pubblico; 3) servizi della società dell'informazione, ovvero sia ogni servizio, fornito a distanza per via elettronica ed a richiesta individuale, da parte di un destinatario di servizi. Per « servizio di accesso condizionato » deve invece intendersi, *ex art. 1, comma primo, lett. c)*, il servizio di fornitura di accesso condizionato ai servizi descritti alla lettera b) del medesimo primo comma,

laddove, ai sensi della lettera d), si indica con il termine di « accesso condizionato », « ogni misura e sistema tecnico in base ai quali l'accesso in forma intelligibile al servizio protetto sia subordinato a preventiva ed individuale autorizzazione da parte del fornitore del servizio ». Dalle definizioni di tali elementi normativi emerge chiaramente come l'estremo tecnicismo della disciplina si rifletta, sul piano della tecnica di redazione della fattispecie, nell'adozione di una metodologia casistica di elencazione delle ipotesi criminose, caratterizzata altresì da continui riferimenti incrociati alle disposizioni definitorie, secondo un ordito normativo privo dei requisiti di chiarezza e precisione, che dovrebbero contrassegnare la norma incriminatrice, in ottemperanza ad una lettura pregnante del principio costituzionale di cui al capoverso dell'art. 25. La separazione tra precetto e sanzione conduce peraltro al deprecabile fenomeno dei rinvii multipli a plurime disposizioni della disciplina di settore, lucidamente definito — in relazione alla tecnica di redazione delle fattispecie utilizzata dal recente *Codice Privacy*, di cui al D.Lgs. 169/2003 — esempio di « vertigini combinatorie ». Sul punto, per ulteriori approfondimenti, nonché per i richiami essenziali alla letteratura, italiana e straniera in materia, cfr., autorevolmente, A. MANNA, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personali*, in questa *Rivista*, 2003, 729, nonché sia consentito il rinvio al nostro *Le sanzioni amministrative e la modulazione dell'intervento punitivo*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO-ZENCovich, *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 567 ss.; altresì vedasi l'approfondito contributo di G. CORRIAS LUCENTE, *La nuova normativa penale a tutela dei dati personali*, *ibidem*, 631 ss.

l'art. 1 della legge 22/2003, la comminatoria delle sanzioni penali e delle « altre misure accessorie previste per le attività illecite di cui agli articoli 171-bis e 171-octies della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni », congiuntamente alle sanzioni amministrative già previste dal D.Lgs. 373. L'opzione politico-criminale fatta propria dal legislatore del 2003 muove, evidentemente, dalla consapevolezza del maggiore disvalore insito nelle condotte di commercializzazione (rispetto a quelle di mera utilizzazione) dei dispositivi elusivi dei sistemi di criptazione, dal momento che soltanto per i primi è stata prevista la comminatoria della sanzione penale, *congiuntamente* a quella amministrativa.

3. DISTONIE DEL SISTEMA.

Ora, la mancanza di coordinamento delle novelle legislative succedutesi in materia ha determinato una profonda disfunzionalità all'interno del sistema normativo in analisi, in relazione alla disciplina applicabile alle condotte di utilizzazione fraudolenta per uso privato di apparati o parti di apparati, idonei alla decodificazione abusiva di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale, limitatamente al periodo compreso tra l'entrata in vigore della legge 248 (19 settembre 2000) e l'introduzione della legge 22/03 (2 marzo 2003).

Per le condotte appena descritte si applica (-va, prima della declaratoria d'illegittimità costituzionale di cui alla sentenza in esame), infatti, la sanzione, prevista dall'art. 171-octies della l.d.a., della reclusione, da sei mesi a tre anni, congiuntamente alla multa, da cinque a cinquanta milioni di lire (precisando peraltro l'ultimo comma della norma che, in caso di rilevante gravità del fatto, il minimo edittale di pena è di due anni di reclusione e di trenta milioni di lire, di multa). Al contrario, le condotte di commercializzazione di dispositivi idonei ad eludere i sistemi di criptazione (contrassegnate — rispetto a quelle sopra descritte, di mera utilizzazione dei medesimi apparati — da una ben maggiore carica lesiva degli interessi patrimoniali degli erogatori del servizio protetto) sono soggette unicamente alla sanzione amministrativa pecuniaria, di cui al combinato disposto degli artt. 4 e 6 del D.Lgs. 373/00, in ragione dell'effetto — di soccombenza della sanzione penale rispetto alla disposizione da ritenersi speciale — *de facto* determinato dall'introduzione di tali norme, in relazione alle fattispecie (diverse dalla mera utilizzazione privata di *decoder* abusivi) già penalmente sanzionate dall'art. 171-octies l.d.a., e sussumibili (con efficacia retroattiva e senza il limite del giudicato, ai sensi del secondo comma dell'art. 2 c.p.) all'interno dell'alveo applicativo dell'art. 4 del D.Lgs. 373/00.

Come precisato dalle Sezioni Unite della Corte regolatrice⁶, per quanto concerne la definizione della natura del rapporto intercorrente tra le norme di cui all'art. 171-octies, ed il combinato disposto di cui agli artt. 4 e 6 D.Lgs. 373, deve escludersi che tale ultima novella abbia determi-

⁶ Cass., SS. UU., Scuncia, cit., *loc. ult. cit.*

nato una depenalizzazione, *tout court*, delle ipotesi delittuose previste dalla prima norma, tale effetto verificandosi unicamente ove il legislatore, a fronte dell'identità del contenuto del precetto e lasciando pertanto immutati i requisiti costitutivi della preesistente fattispecie astratta, modifichi la *natura* dell'illecito, limitandosi a sostituire alla sanzione penale una sanzione amministrativa⁷.

Parimenti, non potrebbe qualificarsi il rapporto tra le due discipline in termini di abrogazione — (tacita, ovvero implicita), di cui all'art. 15 delle preleggi — per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti, essendo ravvisabile nel caso in esame soltanto una parziale coincidenza dei rispettivi ambiti applicativi e delle oggettività giuridiche tutelate⁸.

Tra i due ordini di discipline sussiste invece, come sottolineato dalla Corte di legittimità, un rapporto di specialità per specificazione, limitata alle condotte tipiche sovrapponibili o sostanzialmente assimilabili, con conseguente applicazione della disciplina dettata dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981, la quale, estendendo la valenza del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. anche a norme appartenenti a settori diversi dell'ordinamento, comporterebbe la prevalenza e quindi l'esclusiva applicabilità della disposizione punitiva amministrativa (statale) se « speciale » rispetto a quella penale⁹.

In particolare, le condotte astrattamente riconducibili ad entrambe le discipline sono soltanto quelle di produzione, vendita, importazione, promozione, installazione, a fini commerciali¹⁰, di dispositivi idonei a fornire

⁷ Come da ultimo avvenuto con il D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, in attuazione della legge delega n. 205/99.

⁸ Ed invero, lo *Schutzaspekt* sotteso alla norma incriminatrice di cui all'art. 171-*octies* risulta più esteso rispetto a quello relativo alla disciplina introdotta con il D.Lgs. 373, mirando la prima disposizione a tutelare, oltre agli interessi patrimoniali delle emittenti radiotelevisive di trasmissioni ad accesso condizionato, anche i diritti di radiodiffusione (ed i diritti a questi connessi) acquisiti da interpreti, autori, produttori, cui sia riconosciuta la paternità di opere o contributi contenuti nel palinsesto del programma.

⁹ L'estensione, operata dall'art. 9 della legge 689 del 1981, dell'alveo applicativo del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. anche all'ipotesi di concorso tra disposizione penale e disposizione sanzionata in via amministrativa, relative ad un *medesimo fatto* (oltre che al caso di concorso tra più disposizioni che prevedano sanzioni amministrative), appare significativa della sostanziale omogeneità della natura e della valenza funzionale delle due categorie di sanzioni, « (...) con la conseguenza che già oggi deve ritenersi esistente, in quanto normativamente sancito a livello legislativo, un *unico* sistema punitivo "integrato" di diritto pubblico, di cui il sistema penale

in senso stretto e il sistema punitivo amministrativo costituiscono "sottosistemi" » (così può leggersi al paragrafo quinto della *Relazione* al Progetto di depenalizzazione, elaborato nell'ambito della commissione governativa presieduta dal Dott. Nordio ed incaricata, nella presente legislatura, di redigere un progetto di codice penale. Il testo dell'articolato, unitamente a quello della citata *Relazione* di accompagnamento, è reperibile al sito ufficiale del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it).

¹⁰ Come rilevato dal Supremo Collegio nella citata sentenza Scuncia, infatti, il « fine commerciale » qualificante le fattispecie disciplinate dall'art. 4 del D.Lgs. 373, consiste nella finalizzazione della condotta alla distribuzione al pubblico, dietro corrispettivo ed a fine di lucro (implicito nel fine commerciale). Ora, dal momento che l'oggetto materiale su cui incidono tali condotte è — ai sensi dell'art. 1, comma primo, lett. g), D.Lgs. 373, cui l'art. 4 rinvia — il dispositivo « concepito o adattato *al fine* di rendere possibile l'accesso ad un servizio protetto in forma intelligibile senza l'autorizzazione del fornitore del servizio », appare evidente come il fine fraudolento, pur non espressamente enunciato dal precetto di cui all'art. 4, rilevi tuttavia in via mediata, in virtù del rinvio operato dalla medesima norma alla defini-

abusivamente l'accesso¹¹, in forma intelligibile, a trasmissioni¹² audiovisive a pagamento¹³.

Ora, in riferimento a tali condotte tipiche, sostanzialmente sovrapponibili, descritte dai due testi normativi, coincidendo l'oggetto materiale delle stesse e dovendosi ritenere l'elemento psichico richiesto dall'art. 4 D.Lgs. 373 comprensivo di quello previsto dall'art. 171-*octies*, gli elementi specializzanti (del fine di commercio e del carattere oneroso della fornitura del servizio ad accesso condizionato) propri della prima norma le conferiscono carattere speciale rispetto alla seconda, penalmente sanzionata, dovendo pertanto applicarsi in via esclusiva, ai sensi dell'art. 9 della L. 689/81¹⁴.

Esito paradossale — ma imposto da un'interpretazione rigorosa, e conforme ai principi dell'ordinamento, delle norme in parola — è che l'alveo applicativo della disposizione di cui all'art. 171-*octies* risulta limitato alle ipotesi di modificazione od utilizzazione, per uso pubblico o privato, di dispositivi elusivi dei sistemi di criptazione, ovvero alle condotte tipiche che — benché riconducibili ad entrambe le previsioni normative — non siano tuttavia sorrette dal fine commerciale od abbiano ad oggetto *decoder* relativi a trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, ma la cui fruizione non sia subordinata alla corresponsione di alcun canone. Ne consegue pertanto come la sanzione penale prevista dall'art. 171-*oc-*

zione di « dispositivo illecito », contenuta nell'art. 1, comma primo, lett. g) e modellata, appunto, sul fine fraudolento perseguito dal soggetto attivo. Deve pertanto ritenersi — come lucidamente sottolineato dai Giudici di legittimità — che le fattispecie previste dall'art. 4 D.Lgs. 373 siano qualificate da una duplice forma congiunta di dolo specifico, alla finalità commerciale essendo affiancato lo scopo fraudolento, espresso dalla formula normativa « al fine di rendere possibile l'accesso ad un servizio protetto ». Ciò comporta, sul piano dei rapporti con le fattispecie disciplinate dall'art. 171-*octies* l.d.a., che l'elemento psichico richiesto ai fini dell'integrazione degli illeciti amministrativi di cui all'art. 4 D.Lgs. 373, sottenda e ricomprenda al suo interno anche la finalità fraudolenta espressa dalle condotte regolate dalla prima norma.

¹¹ Per quanto concerne l'oggetto materiale su cui incidono le condotte sanzionate dalle due discipline — descritto dall'art. 171-*octies* come « apparati o parti di apparato atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato » e dall'art. 4 D.Lgs. 373, in virtù del rinvio all'art. 1, comma primo, lett.g), quale « apparecchiature o programmi per elaboratori elettronici concepiti o adattati al fine di rendere possibile l'accesso ad un servizio protetto » — nonostante la diversa terminologia formalmente utilizzata dalle due norme, deve ravvisarsi (come sot-

tolineato dalla citata pronuncia Scunzia) sostanziale identità rappresentativa.

¹² Se infatti lo *Schutzaspekt* della norma incriminatrice di cui all'art. 171-*octies* l.d.a. si limita alla tutela delle *trasmissioni* ad accesso condizionato, la disciplina dettata dal combinato disposto degli artt. 4 e 6 del D.Lgs. 373 mira ad approntare tutela alla più ampia categoria dei *servizi* ad accesso condizionato, di cui le trasmissioni di programmi televisivi destinati al pubblico rappresentano, quindi, soltanto una *species*. Ne consegue come l'area di tutela comune alle due discipline si limiti alle trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato.

¹³ Ed invero, se ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 171-*octies* l.d.a. non rileva la circostanza che la fruizione della trasmissione ad accesso condizionato sia subordinata alla corresponsione di un canone, tale requisito rappresenta invece un elemento costitutivo del *Tatbestand* delineato dall'art. 4 D.Lgs. 373. Ne consegue pertanto come l'ambito applicativo comune alle due discipline si limiti, sotto tale profilo, all'ipotesi di trasmissioni ad accesso condizionato, per la cui fruizione sia necessaria la corresponsione di un canone.

¹⁴ In tal senso conclude la Corte di legittimità, nella citata sentenza Scunzia, conformemente peraltro alla linea interpretativa affermata da Cass., Sez. II, 11 giugno 2002, Bisignani, inedita.

ties si applichi unicamente alle condotte confinate nella sfera privata dell'agente, ovvero scovre da fini di arricchimento patrimoniale e relative a servizi fruibili anche a titolo gratuito, a fronte della rilevanza in termini unicamente di illiceità amministrativa, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 4 e 6 D.Lgs. 373, di condotte pregne di un maggiore disvalore sociale e giuridico, in quanto lesive anche degli interessi patrimoniali delle emittenti radiotelevisive e sorrette dal fine di lucro¹⁵.

Ad un esame poco più che superficiale di tale conclusione (imposta, lo si ribadisce, pur nella sua paradossalità, dal dettato normativo), appare evidente come il mancato coordinamento degli interventi legislativi citati abbia determinato, limitatamente ai fatti commessi dall'entrata in vigore di detto art. 171-*octies*¹⁶ fino all'introduzione della legge 7 febbraio 2003, n. 22, l'applicabilità di una disciplina foriera di una palese ed inammissibile disparità di trattamento, tale da violare il canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost¹⁷.

4. PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E FUNZIONE PROMOZIONALE DEL DIRITTO PENALE.

Appare pertanto del tutto condivisibile l'intervento di razionalizzazione operato dalla Consulta con la pronuncia in esame, che si allinea peraltro ad una giurisprudenza consolidata, con la quale il Giudice delle leggi ha utilizzato il canone costituzionale di cui all'art. 3 come parametro per correggere i difetti di una legislazione sovente caratterizzata da interventi poco coerenti, se non a volte carenti di coordinamento¹⁸. Ed invero, come affermato dagli stessi Giudici della Consulta, pur rientrando nella discrezionalità del legislatore il potere di configurare le ipotesi crimi-

¹⁵ Al contrario, la tutela approntata dalla norma di cui all'art. 171-*octies* si estende anche ad ipotesi nelle quali gli interessi patrimoniali delle emittenti radiotelevisive non sono affatto coinvolti, in ragione dell'irrelevanza del carattere oneroso della erogazione del servizio criptato, ai fini dell'integrazione del tipo delineato da questa disposizione.

¹⁶ In ragione dell'efficacia retroattiva, ai sensi del secondo comma dell'art. 2 c.p., dell'*abolitio criminis* sostanzialmente determinatasi, in virtù dell'entrata in vigore del D.Lgs. 373, limitatamente alle ipotesi criminose riconducibili ad entrambe le discipline.

¹⁷ Tali profili di illegittimità costituzionale dell'art. 171-*octies* sono stati efficacemente sottolineati dalla Corte regolatrice, nella citata sentenza Scuncia, senza che tuttavia fosse possibile, nel caso in esame, devolvere la questione di costituzionalità alla Consulta, in ragione della sua non rilevanza ai fini della definizione del giudizio, dal momento che, nella fattispecie *sub iudice*, stante la natura commerciale dell'attività svolta dagli indagati, e quella di servizi a carattere

oneroso delle trasmissioni audiovisive al cui illecito accesso erano finalizzati i dispositivi oggetto del decreto di sequestro impugnato, la fattispecie concreta era indubitabilmente riconducibile alle ipotesi di « fabbricazione » e « possesso a fini commerciali », di cui all'art. 4 D.Lgs. 373.

¹⁸ Si vedano, in particolare, le sentenze 527/1996 e 287/2001 della Corte Costituzionale, nelle quali, rispettivamente, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, *sub specie* della violazione del principio di ragionevolezza, dell'art. 15, comma 17, della legge 515/1993, in tema di disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica — nella parte in cui punisce il fatto previsto dall'art. 7 della legge 130/1975 con la pena dell'arresto anziché con la sanzione amministrativa pecuniaria — e dell'art. 29, comma 5, della legge 81/1993, in tema di elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale, nella parte in cui punisce il fatto previsto dal comma 3 con la multa anziché con la sanzione amministrativa pecuniaria.

nose, depenalizzando « fatti dianzi configurati come reato (...), tuttavia lo scrutinio di costituzionalità può investire il merito delle scelte del legislatore quando l'opzione legislativa contrasti con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'arbitrarietà o della manifesta irragionevolezza »¹⁹.

Con riferimento al caso in commento, appare peraltro opportuno sottolineare come i già rilevati profili di illegittimità costituzionale non si porrebbero, invece, in relazione alla disciplina applicabile ai fatti commessi in seguito all'entrata in vigore della legge 22/2003, la quale, disponendo, in deroga al canone di specialità di cui all'art. 9 L. 689/81, l'applicazione congiunta delle sanzioni penali di cui all'art. 171-*octies* e di quelle amministrative previste dagli artt. 4 e 6 D.Lgs. 373, ha determinato un notevole inasprimento delle condotte precedentemente sanzionate soltanto in via amministrativa, conferendo al sistema normativo un minimo di coerenza, benché a fronte di una opzione politico-criminale censurabile sotto diversi profili, per ragioni (assiologiche) di *Wertrationalität*.

Ed invero, il rilevante inasprimento sanzionatorio operato dal legislatore del 2003 in relazione alle condotte previste dall'art. 4 del D.Lgs. 373 — per le quali si è appunto prevista l'applicazione congiunta delle sanzioni penali comminate dall'art. 171-*octies* e di quelle amministrative già contemplate dall'art. 6 D.Lgs. 373 — appare significativo di scelte assiologiche e politico-criminali ispirate alla decisa prevalenza degli interessi di natura economico-imprenditoriale, di cui sono titolari le emittenti radiotelevisive, a fronte del netto sfavore riservato all'interesse *collettivo* ad una diffusione, quanto più possibile ampia ed accessibile, della cultura e delle opere creative²⁰, quale presupposto funzionale di quel « pieno sviluppo della personalità individuale, elevato ad obiettivo del *Soziale Rechtsstaat* dal capoverso dell'art. 3 Cost²¹.

Ed anche a voler riconoscere, in tale intervento di (ri-) penalizzazione, una volontà propulsiva e di promozione del valore (asseritamente non ancora consolidatosi nella coscienza collettiva), sotteso all'opera intellettuale, non può tuttavia sottacersi come di tale bene giuridico si sia affidato alla funzione promozionale del diritto penale unicamente il suo aspetto più sterile: ovverosia quello del diritto patrimoniale dell'autore (*rectius*: delle emittenti dei programmi protetti) allo sfruttamento economico esclusivo della creazione. Al contrario, se può ammettersi una funzione pedagogico-propulsiva del diritto penale in tale materia²², essa do-

¹⁹ Corte Costituzionale, sentenza 287/2001.

²⁰ Temi sui quali non può che rinviarsi al pregevole contributo di V. ZENO ZENOVICH, *La libertà d'espressione*, Bologna, 2004, *passim*.

²¹ Analogamente, S. FIORE, *op. loc. ult. cit.*

²² La formula ipotetica dell'enunciato è giustificata dal rilievo secondo cui, ferma la consapevolezza in ordine ai pericoli di cui è foriero un diritto penale esclusivamente legato ad una « matrice di conserva-

zione senza un possibile avanzamento ed una possibile emancipazione rispetto ai canoni individualistici del garantismo di stampo liberale » (F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. Crim.*, 1981, 445), la legittimità del ricorso allo strumento penale in funzione propulsiva è subordinata alla natura ed al rango del bene tutelato (che deve comunque presentare un certo grado di riconoscimento e consolidamento sociale, dovendo essere altresì dotato di una precisa fisionomia organizzativa configu-

vrebbe orientarsi alla promozione del diritto *metaindividuale* all'accesso, quanto più possibile diffuso ed agevolato, alla cultura ed alla conoscenza e fruizione delle opere intellettuali, quali pre-condizioni di ogni politica volta a garantire effettivamente la parificazione sostanziale dei diritti e delle opportunità individuali, superando « gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini », ne impediscono la formazione ed il « pieno sviluppo della personalità ».

Del resto, a prescindere dal *merito* delle opzioni politico-criminali adottate dal legislatore del 2003, dal bilanciamento tra interessi confliggenti nella specie operato, nonché dalla scelta in ordine alle oggettività giuridiche cui finalizzare la tutela in chiave promozionale, non può sottacersi come la netta predominanza assegnata allo strumento penale, unitamente alla marcata *Vorfeldkriminalisierung* che caratterizza la maggior parte delle fattispecie in esame, attribuiscono all'intervento penale in *subjecta materia*²³ uno statuto segnatamente preventivo (*Präventionsstrafrecht*), in un settore in cui peraltro non sono coinvolti beni « ultimi » altamente

rata da altri rami dell'ordinamento: F. BRICOLA, *ibid.*) nonché alla finalizzazione dell'intervento penale alla realizzazione del paradigma e degli scopi di promozione sociale che la Costituzione (artt. 2 e 3, cpv.) assegna alla Repubblica, al fine di garantire i diritti inviolabili dell'uomo e rimuovere gli ostacoli al libero e pieno sviluppo della persona umana. Soltanto a queste condizioni potrebbe ammettersi la legittimità di un ricorso al diritto penale in funzione propulsiva di una emergente *Weltanschauung* socio-giuridica, che agisca in chiave critica dell'ordine costituito, secondo una prospettiva extra-sistemica che promuova interessi collettivi e solidaristici. Al di fuori di tali requisiti, ove cioè si alterasse l'equilibrio tra funzione conservativa e funzione promozionale del diritto penale, si correrebbe l'inaccettabile rischio di una sua *Illiberalisierung*, mediante l'assegnazione ad esso di compiti di palingenesi sociale e pedagogia collettiva, quale istanza superegotica di conformazione della persona, attraverso l'imposizione autoritativa e cogente di determinati costumi e paradigmi comportamentali. Lo Stato, novello Leviatano, si avvarrebbe, in tale prospettiva, dello *jus puniendi*, e dell'efficacia deterrente della minaccia della sanzione criminale, al fine di imporre autoritativamente ai consociati l'ossequio a determinate *Weltanschauungen*, in spregio alle esigenze di tolleranza e di salvaguardia del pluralismo, sulle quali si fondano gli ordinamenti democratici contemporanei. Tale eccessiva ed irragionevole sovraesposizione della funzione promozionale del di-

ritto penale — come noto vincolato in primo luogo ai principi di sussidiarietà e frammentarietà — rischierebbe pertanto di determinare una sorta di trasfigurazione dei compiti *lato sensu* promozionali del democratico Stato sociale di diritto, in quelli « moraleggianti di uno Stato etico di ascendenza hegeliana » (G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 25). Analogamente, avverte circa l'eterogenesi dei fini cui si esporrebbe un diritto penale che, « educando anziché limitarsi eventualmente a rieducare », abbia la pretesa di surrogarsi ai « naturali » fattori catalizzatori del miglioramento sociale, M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del « sistema »*, in *DPP*, 2000, 1653.

²³ Laddove invece, la debole percezione collettiva del disvalore giuridico-sociale (*l'etyscher Tadel*) delle condotte sanzionate, unitamente alla scarsa efficacia deterrente dimostrata dalla sanzione penale, in tale materia, suggerirebbero l'adozione di un sistema di *contrainte sociale* a strategia differenziata, che ricorra cioè all'intervento penale in via residuale — limitatamente alle condotte maggiormente offensive per le oggettività giuridiche di riferimento — ed in funzione sinergica rispetto alla ben più efficace (ma meno afflittiva, nonché meno « costosa », in termini di sacrificio della libertà personale del soggetto colpevole) sanzione amministrativa. Sanzione che, com'è noto, non è ammissibile, né soggetta a prescrizioni brevi, né sospensibile condizionalmente.

personali, ed ove la postergazione dell'intervento penale al verificarsi di eventi di danno non ne avrebbe di certo sancito l'inermità²⁴.

In altri termini, il legislatore del 2003 sembra non aver rispettato la fondamentale regola (di scienza della legislazione, prima ancora che di politica criminale) di proporzionalità inversa tra disvalore di azione e di evento, alla cui stregua, maggiore è il rango (costituzionale) del bene da tutelare, minore potrà risultare l'*Erfolgswert* espresso dalla norma incriminatrice, laddove, al contrario, il disvalore della fattispecie si polarizzerà sull'*Handlungswert*²⁵.

La novella legislativa del 2003 si contraddistingue pertanto per i rilevati caratteri di sensibile (ed irragionevole) anticipazione teleologica dell'intervento penale, nonché per la funzionalizzazione a fini propulsivo-promozionali del precetto²⁶, denotando una marcata strumentalizzazione in chiave simbolico-espressiva del diritto penale, con decisa prevalenza, dunque, delle funzioni latenti (su quelle manifeste) della pena²⁷.

5. LA RETORICA DELLA SICUREZZA.

Il rilievo incontra peraltro univoca conferma nei contenuti della dialettica parlamentare che ha preceduto l'approvazione della legge 22/2003. Invero, il costante richiamo, nell'ambito dei lavori preparatori, al valore della « sicurezza dei cittadini »²⁸, quale fine della tutela penale accordata da detta legge — che interviene in un ambito che con la sicurezza *tout court*²⁹ ha ben poco a che fare — appare chiaramente stru-

²⁴ Sono queste le condizioni cui la dottrina unanimemente subordina la legittimità dell'anticipazione teleologica dell'intervento penale. In tal senso, cfr., di recente, S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *IP*, 2003, 523.

²⁵ In tal senso, H.L. GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes*, in *JuS*, 1978, 13.

²⁶ Già di per sé evocativa di un « messaggio di forte valenza simbolica », come rileva giustamente D. PULITANO, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, 2000, 391.

²⁷ Tema sul quale non può che rinviare al fondamentale contributo di Alessandro BARATTA, *Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und strafrechtlicher Strafe*, in M. MARTINEK-J. SCHMIDT-E. WADLE, *Festschrift für Günther Jahr*, Tübingen, 1993, 15 ss., nonché ad A. MANNA, *Legislazione simbolica e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa*, in F. BRICOLA-G. INSOLERA (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, Padova, 1991, 25. Sul punto cfr. altresì G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *RIDPP*, 1994, 43 ss.

²⁸ Tema che ricorre, addirittura, nelle argomentazioni addotte a sostegno del ddl C-2442 (da cui ha avuto origine la legge 22/2003) persino dagli esponenti dell'opposizione parlamentare. In tal senso, cfr. le osservazioni svolte dall'On. Francesco Bonino, nella seduta assembleare della Camera dei deputati (sed. n. 247 del 15 gennaio 2003, il cui resoconto stenografico è reperibile al sito ufficiale della Camera dei deputati: www.camera.it), in occasione della dichiarazione di voto finale sul citato disegno di legge.

²⁹ Ciò vale sia che si intenda tale nozione nei termini di « diritto alla pubblica sicurezza » — declinata secondo gli stilemi dell'ordine pubblico di polizia anziché dello stato sociale di diritto quale fine di una politica criminale orientata alla salvaguardia dell'ordine pubblico (L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir.*, 2001, 47) — sia che la si intenda, in senso più garantista, quale « sicurezza dei diritti » — come fine di una strategia politica globale di protezione e sviluppo dei diritti umani e fondamentali —. In tal senso, A. BARATTA, *Il privilegio della sicurezza*, relazione tenuta al convegno internazionale sul tema « La questione criminale nella società globale » svoltosi a Napoli in

mentale alla aggregazione del consenso³⁰ attorno ad un inasprimento sanzionatorio (*rectius*: ad un intervento di (ri-)penalizzazione) difficilmente giustificabile altrimenti, se non con il ricorso a *slogan* tanto vuoti quanto suggestivi.

Ora, tale « retorica della sicurezza » appare evocativa di una più generale tendenza dell'attuale politica criminale, ad esorcizzare l'*Unsicherheitsgefühl* paradigmatico dell'odierna « società del rischio », ed alimentato dalla percezione collettiva dei pericoli « da ignoto tecnologico », mediante il ricorso al diritto penale, quale strumento *privilegiato* di stabilizzazione del sistema sociale e di istituzionalizzazione delle aspettative normative, nonché quale equivalente funzionale della produzione di consenso sociale.

Che al diritto penale si assegni (non solo in congiunture critiche ed emergenziali) una tale funzione palinogenetica o pedagogico-promozionale non dovrebbe peraltro stupire più di tanto, sol che se ne considerino la pregnanza assiologica dei contenuti e la valenza censoria e socialmente stigmatizzante degli strumenti. Ciò non esime tuttavia dalla considerazione dei rischi insostenibili che la *retorica della sicurezza* comporta in termini di (talora solo tendenziale) ineffettività del precetto e di *costi sociali* del sistema penale, inevitabilmente legati alla delicatezza ed imprescindibilità dei beni su cui incide l'esercizio dello *jus puniendi*.

Invero, tale sovraesposizione del penale rispetto alle altre forme giuridiche di *contrainte social* — suscettibili di aggredire con maggiore efficacia e minori « costi sociali » le cause strutturali delle forme di devianza sceve da un riconoscibile disvalore etico-sociale, oltre che giuridico — determina un netto sbilanciamento nell'equilibrio tra funzioni ideologiche e strumentali del diritto penale in favore delle prime, obliterando così del tutto il carattere di necessaria residualità dell'intervento penale.

Ma soprattutto, conseguenza inevitabile dell'attuale tendenza al ricorso privilegiato allo strumento penale in chiave ideologico-espressiva — in contesti nei quali l'utilizzo della tutela civilistica o della sanzione amministrativa si sarebbe esplicato indubbiamente con maggiore efficacia — è una vistosa eterogenesi dei fini dello stesso diritto penale: da strumento (necessariamente residuale) di tutela di interessi socialmente rilevanti, esso — a fronte della progressiva smaterializzazione delle oggettività giuridiche che mira a tutelare e della conseguente perdita di capacità critica (extrasistemica) del medesimo concetto di *Rechtsgut* — si riduce a mera forma di istituzionalizzazione delle aspettative normative, di affermazione controfattuale della vigenza della configurazione normativa della società, nonostante il *vulnus* ad essa inferto dal delitto.

data 10-12 dicembre 1998, presso l'Università « Federico II », su questi temi, cfr. anche L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in AA.Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 85 ss.

³⁰ Sottolinea in particolare la necessità di un'ampia intesa normativo-sociale: *normative-gesellschaftliche Verständigung*, quale requisito imprescindibile di

ogni opzione politico-criminale volta all'introduzione, al mantenimento di figure criminose, nonché all'inasprimento sanzionatorio rispetto alle cornici edittali già previste per un determinato reato, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a. M., 1973, 171 ss.

6. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

In tale prospettiva, la funzione della pena³¹ si riduce a mera marginalizzazione del fatto (di reato) nel suo significato lesivo della norma, al fine di rendere possibile la constatazione che la stabilità normativa della società resta invariata, nonostante il delitto, confermandone l'identità³².

³¹ Tale mutamento della concezione dei fini e dei criteri di legittimazione della pena e del diritto penale in generale è stato efficacemente teorizzato da G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 17/22; ID., *Schuld und Prävention, Recht und Staat*, heft 452/453, Tübingen, 1976, 3 ss.; ID., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und « alteuropäischen » Prinzipiendenken*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 107, 1995, 843; ID., *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin, 1997, 42. La pena rappresenta, nell'opera jakobiana, un mezzo per riaffermare il vincolo al diritto di fronte al cittadino a lui fedele, per ribadire dunque la vigenza degli orientamenti del contesto sociale garantiti (e negati dal delitto, che produce una *Desavouierung der Norm*). Essa ha funzioni preventive in quanto tutela le interazioni sociali e la istituzionalizzazione delle aspettative normative, ma non ha finalità (principali) intimiditive di potenziali delinquenti né mira ad incidere sulla condotta futura del condannato. La pena si applica dunque come esercizio di riconoscimento della norma (intesa come modello orientativo delle condotte), che comprende l'esercizio nella fiducia nella norma; quello di fedeltà al diritto; quello di accettazione delle conseguenze, in un processo di conferma della identità normativa (della società) che coinvolge come tale tutti i membri della collettività. Se il fatto punibile consiste, hegelianamente, in una comunicazione erronea o difettosa (*fehlerhafte Kommunikation*) rispetto alla vigenza della norma, e tendente ad affermarsi come configurazione del mondo, nella misura in cui viene obiettivata, tale difetto è imputato all'autore dell'atto come sua colpa. La pena è anch'essa comunicazione, tesa a riaffermare la persistente validità della norma violata. Della utilità della pena non sarebbe necessaria, secondo Jakobs, verifica empirica, in quanto non sarebbe empiricamente provabile il significato del processo collettivo di (ri)affermazione dell'identità normativa della società, violata dal delitto, poiché essa ne costituisce appunto non l'effetto, ma il significato.

³² G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Ma-

drid, 2003, 47, sostiene che se il reato è la ribellione contro la norma, la pena rappresenta il corrispondente di tale ribellione: mediante il dolore che infligge elimina una erosione generale della vigenza delle norme (prevenzione generale positiva), apparendo decisivo dunque l'aspetto della protezione della vigenza della norma e non di beni giuridici, dal momento che il diritto rappresenta una relazione tra persone, attraverso la quale soltanto viene coinvolto il profilo relativo ai beni. Ciò che del resto qualifica il reato è il suo provocare la delusione di un'aspettativa normativa riposta sul soggetto, di talché la pena diviene contraffatto simbolico di tale « tradimento », modalità cognitiva di intimidazione del reo e della società intera. Tuttavia, se l'intimidazione rappresenta un fine secondario della pena, non ne è certo il fondamento, che si radica invece nella riaffermazione della vigenza delle strutture normative sociali. Il principio di colpevolezza garantisce l'attribuzione del fatto all'autore (il fatto non deve essere percepito come casuale, ma come opera del suo autore, in quanto un atto colpevole tende ad affermare una « configurazione del mondo » che pretende di essere determinante, con ciò attribuendo una valenza sociale e comunicativa al suo stesso atto) ed in secondo luogo rivela come il reo possa intervenire nella società. L'atto colpevole ingenera un conflitto in ordine alla configurazione della società; la pena deve dunque essere una coazione che infligga *dolore*: una risposta comunicativa tesa a negare validità a ciò che l'atto del reo pretendeva affermare, per ristabilire la vigenza della struttura normativa sociale. La stessa denominazione del delitto in tal senso (come un delitto specifico) esprime la marginalizzazione comunicativa del fatto e del suo significato; tuttavia la necessità di una pena come coazione (e non del semplice stigma, della mera dichiarazione di colpevolezza) nasce dal fatto che ogni denominazione è eterea, a fronte del delitto che è l'obiettivazione della volontà del reo. Pertanto, la pena deve rivestire un contenuto obiettivizzante allo stesso modo del delitto, dovendo il reo risarcire, con la pena, il danno che ha prodotto alla vigenza dell'ordine normativo sociale; risarcimento che

Se allora fine manifesto della pena (di cui è destinatario il cittadino stesso come persona, *homo noumeno*) è la conferma dell'identità normativa della società, mediante la marginalizzazione del significato del fatto³³ e la privazione dei mezzi di sviluppo del reo si persegue altresì, in termini intimidativi e preventivi, una funzione *latente* della pena, ossia l'orientamento culturale, il che tuttavia non implica una relazione tra persone, ma ha come destinatario l'*homo phaenomenon*, cioè una *non-persona*, poiché le persone (centro d'imputazione di effetti giuridici, secondo la tradizione romanistica, incentrata sull'attribuzione di soggettività mediante l'imputazione di effetti giuridici) non necessitano di intimidazione³⁴.

avviene con la privazione dei suoi mezzi di sviluppo (pena di morte, detenzione, multa). «L'impressionante del taglione, della retribuzione nella stessa specie (KANT, *Metaphysik der Sitten*, Tübingen, 332) è che, almeno sul piano concettuale, le rispettive obiettivazioni del fatto e della pena coincidono, risultano identiche» [G. JAKOBS, *Introducción: la pena como contradicción o como aseguramiento*, in G. JAKOBS-M. CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, Madrid, 32 ss. (l'opera è disponibile, al momento, soltanto nella versione spagnola. Per tale ragione, le citazioni dello stesso Jakobs saranno in spagnolo)]. Ora, osserva JAKOBS, *op. loc. ult. cit.*, come «a parte la ridicolizzazione delle pene-riflesso di Hegel (*Rechtsphilosophie*, § 101, "occhio per occhio, dente per dente")», sull'idea del taglione si radica il problema della estensione concreta della pena. Se il reato rappresenta il tradimento di un'aspettativa normativa che non può risolversi mediante un apprendimento cognitivo, ma esige l'imputazione di un fatto al suo autore, e se lo Stato è l'ordine coattivo effettivo nel suo fondamento (secondo il Kelsen della *Reine Rechtslehre*), per la vigenza del diritto non basta che siano sanzionate le infrazioni, perché la collettività comunque porrebbe in dubbio la realtà e l'effettività dell'ordinamento, ma è necessario che si attui anche la parte *pre-cettiva* della norma penale, assicurandosi l'ordine che la norma mirava ad instaurare. Il dolore inflitto dalla pena si misura allora secondo ciò che sia necessario ad una compensazione del danno prodotto alla vigenza della norma primaria (parte precettiva della norma penale)». Si tratterebbe allora di un retributivismo il cui parametro non è la lesione del bene giuridico ma la perturbazione dell'ordine normativo, arretrata dal delitto. Prevenzione generale positiva come fine della pena significa allora, in Jakobs, che il destinatario del processo punitivo è la società, che deve, attraverso l'irrogazione della pena, essere confermata nella sua attitudine alla fedeltà all'ordina-

mento, e ciò rappresenta un prodotto del dolore generato dalla pena.

³³ L'idea della pena come contraffatto simbolico rispetto alla violazione della stabilità normativa (perpetrata dal reato) presenta in Jakobs evidenti legami con il pensiero hegeliano, ove, pur ammettendosi che la pena potesse esplicare altresì fini intimiditivi e di emenda, essa rappresentava in primo luogo il ristabilimento dell'ordine giuridico violato dal delitto, atto intrinsecamente irrazionale in quanto pretesamente negatorio degli altrui diritti, al fine di affermare, *contro di essi*, la libertà del reo. Pur criticando tale tesi retribuzionista — come «sequenza irrazionale di due mali» (la pena come male in sé, che segue al delitto), dovendo pertanto concepirsi il rapporto pena-reato come relazione razionale, ove la prima si attua al fine di ristabilire la vigenza dell'ordine normativo sociale — persiste in Jakobs la metafisica della negazione, nella misura in cui la pena esige un'obiettivizzazione corrispondente a quella realizzata dal delitto. Similmente, in Mezger la necessità della pena si radica sul suo carattere di indispensabile affermazione del diritto, mediante la negazione della negazione di esso. In Hegel, tuttavia, la necessità della pena si fonda sulla necessità di ristabilire la vigenza della volontà generale, contro l'affermazione particolare della «volontà speciale» effettuata con il delitto. Se la tesi è la volontà generale, come ordine giuridico e l'antitesi è la negazione di essa con il delitto, la sintesi costituisce invece la pena. Jakobs critica però la scarsa valorizzazione, da parte di Hegel, del profilo della perturbazione sociale ingenerata dal delitto. Tale nozione reca in sé certamente il tema postmoderno del conflitto sociale e del bisogno di *Sicherheitsgefühl*, ma a nostro avviso può comunque ritenersi incluso, sia pure *in nuce*, nel concetto hegeliano di negazione del diritto (mediante il delitto).

³⁴ Dal greco *prosopon*, maschera, da cui il latino *personare*, far risuonare attra-

La società del rischio tende a far prevalere le funzioni latenti su quelle manifeste della pena, nella misura in cui necessita maggiormente di un orientamento culturale, mediante il diritto penale, che assicuri il rispetto della norma primaria, oltre che della sua appendice sanzionatoria, riaffermando costantemente la validità e la vigenza del precetto.

Ciò significa che talora nelle società del rischio la pena determinata conformemente ai principi dello Stato di diritto non è sufficiente, almeno in alcuni ambiti dell'ordinamento penale. La validità del precetto può infatti assicurarsi controfattualmente nella misura in cui e sinché la sua violazione sia marginalizzata. Ove non esista una garanzia diffusa delle aspettative normative (garanzia cognitiva del rispetto del diritto), « il diritto penale, da reazione della società contro il fatto illecito di uno dei suoi membri, diviene reazione avverso un nemico »³⁵.

Paradossalmente, quindi, il rischio insito nel *Risiko* (o *Präventions-Strafrecht* e nella relativa perdita di equilibrio tra funzioni simboliche e strumentali nel sistema penale consiste nel fatto che le prime possano emanciparsi sempre di più dalla reale natura dei conflitti che (dichiaratamente) tendono a prevenire e delle questioni sociali in relazione alle quali i simboli vengono prodotti³⁶.

L'ideologia penale sembra pertanto stenti a liberarsi dal « mito durkheimiano di una coscienza sociale che integra tutti i membri di una società, in particolare nel momento della violazione delle norme »³⁷, laddove invece, condizione imprescindibile della *Steuerungsfunktion* del diritto penale è il rigoroso rispetto di principi quali la sussidiarietà, l'offensività, la stretta legalità, la colpevolezza in senso normativo, nonché la razionale gestione del consenso, scevra dall'acritico asservimento a « bisogni emotivi di pena »³⁸.

FEDERICA RESTA

verso, come la voce dell'attore nella maschera. L'idea relazionale di persona si riferisce in Sant'Agostino alla sfera della coscienza individuale, che si alimenta della propria esperienza interiore, mentre con Kant diviene libertà ed indipendenza rispetto al determinismo della realtà naturale, è la libertà di un essere razionale che si conforma a leggi morali (ogni essere umano ha diritto ad essere una persona *nel diritto*, persona è dunque paradigma della limitazione dell'arbitrarietà nel contesto di realizzazione di relazioni sociali). In Fichte persona è un'essenza metafisica che si costituisce da se stessa, ponendosi da se stessa. In Jakobs la persona non è espressione di una soggettività (Hegel) ma è la rappresentazione di una competenza socialmente comprensibile, che si esterna mediante obbiettivazioni delle aspettative normative coerenti con il ruolo del soggetto. Al di là del paradigma imperativista — legato ad una concezione atomistica dell'uomo e del dovere giuridico — la norma è la istituzio-

nalizzazione di un'aspettativa sociale, pertanto il concetto di persona indica la realizzazione del ruolo socialmente assunto da un soggetto, come tale ingenerante un'aspettativa sociale di armonia con la norma e di compimento dei doveri giuridici inerenti a quel ruolo.

³⁵ G. JAKOBS, *Introducción*, etc., cit., 30.

³⁶ Analogamente, A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 43 ss.

³⁷ Così, con la consueta eleganza, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, numero speciale di *Dei delitti e delle pene*, 1985, 457.

³⁸ In tal senso, S. BONINI, *op. loc. ult. cit.*