

**“Modchips” e tutela penale delle misure
(tecnologiche) di protezione dei diritti
d’autore: ritorno al passato?**

Versione 1.0 giugno 2008

Roberto Caso

“Modchips” e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d’autore: ritorno al passato?

Versione 1.0 giugno 2008*

Roberto Caso

* Articolo già apparso in *Diritto dell’Internet*, 2008, 154. Questa versione 1.0 – giugno 2008 in formato PDF © 2007 by Roberto Caso – è pubblicata con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License. Tale licenza consente l’uso non commerciale dell’opera, a condizione che ne sia sempre data attribuzione all’autore. Maggiori informazioni all’URL: «<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>».

“Modchips” e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?

Cassazione penale, Sez. III, 3 settembre 2007, n. 33768 – Pres. Vitalone – Rel. Marini

Diritto d'autore – Videogiochi - Tutela delle misure di protezione - Produzione di microchips modificati per console di videogiochi – Successione di leggi nel tempo - Reato – Sussistenza

(legge 22 aprile 1941, n. 63, art. 171-ter, comma 1, lett. d), 171-ter, comma 1, lett. f-bis))

Posto che i videogiochi costituiscono opere dell'ingegno differenti dai programmi per elaboratore e sono qualificabili come opere multimediali, la detenzione e la messa in commercio di microchips modificati (c.d. “modchips”) di una console per videogiochi, i quali consentano all'utente della console di aggirare le protezioni apposte dal fabbricante mettendo l'apparecchio in grado di leggere ed utilizzare anche supporti non originali contenenti videogiochi riprodotti in modo illegale e privi di contrassegno SIAE, che siano avvenute prima dell'introduzione nella legge 22 aprile n. 633 dell'art. 171-ter, comma 1, lett. f-bis), integrano il reato previsto dalla norma, oggi non più in vigore, dell'art. 171-ter, comma 1, lett. d) della medesima legge, il quale punisce, se il fatto è commesso per uso non personale, chiunque a fini di lucro produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d'autore o dei diritti connessi.

[...]

IL COMMENTO

di Roberto Caso

Con la sentenza in epigrafe la Corte di legittimità torna sulla modificabilità delle console per videogiochi concludendo che la

detenzione e la messa in commercio di modchips costituiscono reato. La pronuncia si riferisce a fatti avvenuti nel 2002 ed applica la vecchia formulazione della lett. d) del comma 1 dell'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore. Essa, dunque, non rappresenta un precedente sull'applicazione dell'171-ter, comma 1, lett. f-bis) della medesima legge, ma gli obiter dicta relativi all'interpretazione di quest'ultima norma, che rappresenta il cardine della tutela delle misure tecnologiche di protezione, sollevano molte questioni. All'analisi critica di tali questioni riguardanti la classificazione del videogioco nonché la definizione delle categorie poste alla base della tutela delle misure tecnologiche di protezione è dedicato il commento che segue.

1. Introduzione

I *modification chips* – conosciuti comunemente con il nome di *modchips* – sono componenti hardware destinate a modificare le funzionalità originarie delle console per videogiochi. I produttori di console infatti costruiscono i loro apparecchi limitandone le funzionalità¹. La limitazione delle funzionalità risponde principalmente ai seguenti scopi:

a) impedire che possano funzionare giochi diversi da quelli prodotti (o la cui produzione è stata autorizzata mediante contratti di licenza) dal costruttore della console o che possano funzionare copie dei supporti “originali” dei giochi (non autorizzate dal medesimo costruttore);

b) impedire che possano funzionare supporti di giochi che hanno un codice regionale (e.g., Nordamerica, Europa, Asia, etc.) differente da quello imposto dal costruttore della console per l'area geografica di riferimento.

La liceità dei *modchips* è attualmente discussa in vari paesi occidentali. I produttori di console sostengono che le limitazioni di funzionalità costituiscono Technological Protection Measures (TPMs) o misure tecnologiche di protezione (MTP) – da alcuni impropriamente identificate con i sistemi di Digital Rights Management (DRM)² – dei diritti di *copyright* sui videogiochi.

¹ Per una descrizione tecnica si veda la voce *Modchip* della versione inglese di Wikipedia disponibile all'URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Mod_chip>.

² L'utilizzo, senza specificazioni di Digital Rights Management come sinonimo di misure tecnologiche di protezione è improprio. L'accezione precisa di DRM identifica un'architettura digitale (hardware, software e reti) che risponde a standard in grado di consentire la distribuzione di informazioni digitali con modalità predeterminate dai titolari delle medesime informazioni. Le principali componenti dei sistemi di DRM sono:

a) le MTP basate principalmente sulla crittografia digitale, ma anche su altre tecnologie come il *watermarking* (marchiatura) ed il *fingerprinting* (rintracciamento) digitali;

Le MTP sono protette dalle leggi che hanno dato attuazione ai World Intellectual Property Organization (WIPO) Treaties (il WIPO Copyright Treaty e il WIPO Performances and Phonograms Treaty) del 1996³. I legislatori statunitense ed europeo hanno eseguito il mandato internazionale emanando rispettivamente il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 e la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, trasposta in Italia con d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il quale ha pesantemente novellato la legge 22 aprile, n. 633, sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Semplificando, il nucleo comune delle norme americane ed europee sta nel triplice divieto:

- a) di elusione delle misure tecnologiche poste a protezione dei diritti;
- b) di produzione o diffusione di tecnologie "principalmente finalizzate" all'elusione delle MTP;
- c) di rimozione o alterazione delle informazioni sul regime dei diritti.

Sulla base del divieto sintetizzato al punto b), la Sony, produttrice di una delle console di maggiore successo (denominata Playstation), ha scatenato – con alterne fortune - un'offensiva giudiziaria su scala globale, muovendo causa, in vari paesi, ai fabbricanti di *modchips*⁴. L'esempio della Sony è stato seguito da altri produttori.

2. La fattispecie ed i precedenti

Un filone di controversie riguarda l'Italia. Poiché nel nostro ordinamento la violazione del divieto di produzione di tecnologie prevalente elusive costituisce reato⁵, è toccato al giudice penale giudicare la fattispecie.

b) I metadati che accompagnano il contenuto che sono in grado di descrivere in un linguaggio che è comprensibile al computer:

- il contenuto;
- il titolare del contenuto;
- l'utente;
- le regole per l'utilizzo del contenuto (se esso può essere copiato, stampato, ridistribuito etc., dove può essere fruito, con quali apparecchi può essere fruito), espresse in linguaggi che vengono denominati *Rights Expression Languages* (REL), come l'*eXtensible rights Markup Language* (XrML) che è uno degli standard di maggiore successo.

Sul punto v. R. CASO, *Digital rights management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004, 5 ss., la cui ristampa digitale (Trento, 2006) è disponibile all'URL: <<http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/drm/home.asp?cod=roberto.caso>>.

³ V. anche gli art. 2, 3 e 6 della *Convention on Cybercrime* del 2001.

⁴ Negli Stati Uniti v. *Sony Computer Entertainment of America, Inc. v. GameMasters*, 87 F. Supp. 2d 976 (N. D. Cal. 1999) disponibile all'URL: <<http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/DVD/cases/sonyvgamemasters.html>>; in Australia v., da ultimo, *Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58 6 October 2005 disponibile all'URL: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/2005/58.html>; nel Regno Unito v. *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment v. Ball* [2004] EWHC 1738 (Ch), disponibile all'URL: <<http://www.hmccourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j2680/sony-v-ball.htm>>.

⁵ L'Italia non è l'unico Stato membro dell'Unione Europea ad aver scelto la strada della sanzione penale. V. G. WESTKAMP, *Part II – The Implementation od Directive 2001/29/EC in the Member States*, in L. GUIBAULT *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive*

I giudici di Bolzano sono stati chiamati più volte a pronunciarsi sulla liceità dei *modchips*. Questi ultimi rappresenterebbero componenti hardware principalmente finalizzate ad eludere misure tecnologiche efficaci poste a protezione di diritti su opere dell'ingegno (i videogiochi originali prodotti dalla Sony o dai suoi licenziatari).

I *modchips* in discussione aggirano le limitazioni di funzionalità sopra descritte, che con riguardo alla Sony Playstation si basano sull'interazione tra hardware della console (un *boot ROM chip*) e codice del videogioco originale. Quest'ultimo consiste in un codice di accesso incorporato in forma criptata in una porzione del supporto (CD-ROM) contenente il videogioco. Si tratta in buona sostanza in una stringa di caratteri che può essere letta solo dalla *boot ROM* della Playstation. I supporti che non contengono il codice di accesso non possono funzionare sulla Playstation.

Delle pronunce edite due si sono espresse nel senso della liceità⁶, una in senso contrario⁷. I provvedimenti si concentrano sull'interpretazione dell'art. 171-*ter*, comma 1, lett. f-*bis*) della legge n. 633 del 1941, introdotto dal d. lgs. n. 68 del 2003 – ma uno di essi si sofferma anche sulla lettura dell'art. 171-*bis* aggiunto dall'art. 10, d. lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 di attuazione della direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, e più volte modificato – della legge 633/41, interpretazione sulla quale si era già pronunciata, a proposito di fattispecie riguardanti tecnologie (*splitty* o *sharer kit*) per la distribuzione su più apparecchi televisivi del segnale della TV satellitare protetta, anche la Cassazione⁸.

Con la sentenza in epigrafe la Corte di legittimità torna sulla materia con riguardo ad uno dei procedimenti bolzanini (quello che in primo grado aveva affermato l'illiceità della condotta⁹). Rovesciando la pronuncia della Corte di appello di Trento Sezione distaccata di Bolzano (a quanto consta, inedita) che aveva concluso per l'insussistenza dell'illecito, il Supremo collegio afferma che la detenzione e la messa in commercio di *modchips* costituiscono reato. Ma il riferimento non è al reato previsto dell'art. 171-*ter* lett. f-*bis*), bensì a quello contemplato, all'epoca della commissione dei fatti oggetto del procedimento (anno 2002), dall'art. 171-*ter* lett. d) nella formulazione

2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 2007, disponibile all'URL: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf>, 75 ss.

⁶ Trib. Bolzano 20 dicembre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 269, con osservazioni di M. FERRARI, *L'incerto cammino della tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: recenti orientamenti in materia di modifica di consoles per videogiochi*, nonché in *Dir. ind.*, 2006, 389, con nota di S. SPAGNOLO, in *Giur. merito*, 2006, 1748, con nota di C. RABAZZI, ed in *Foro it.*, 2006, II, 398, con nota di richiami; Trib. Bolzano ord. 31 dicembre 2003, in *Foro it.* 2004, II, 259, con nota di M. CHIAROLLA, nonché in *Giur. it.* 2004, 1452, con nota di M. RICOLFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana* ed in *Giur. merito* 2004, 552, con nota di L. ROSA BIAN, *Modifica di «playstation» e reato di commercializzazione d'opera modificata*.

⁷ Trib. Bolzano 28 gennaio 2005, in questa *Rivista*, 2006, 269 con osservazioni di FERRARI, cit., nonché in *Dir. ind.*, 2006, 389, con nota di SPAGNOLO, cit., in *Foro it.*, 2006, II, 398, con nota di richiami, cit.

⁸ Cass. 12 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 260; 7 aprile 2004, *id.*, 2004, II, 479, con nota di G. COLANGELO, nonché in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 28, 22, con nota di N. NATALINI. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Trento 3 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, II, 375, con osservazioni di G. COLANGELO.

⁹ V. Trib. Bolzano 28 gennaio 2005, cit.

derivante dalla l. 18 agosto 2000, n. 248 (“nuove norme di tutela del diritto d’autore”), formulazione oggi non più in vigore a seguito del d. lgs. n. 68 del 2003 (v. l’art. 26, comma 1).

3. La motivazione della Cassazione

Rispetto al suo precedente più vicino (o meno lontano)¹⁰, la pronuncia in epigrafe appare corredata di una motivazione maggiormente approfondita. Tuttavia, anche in quest’occasione le conclusioni a cui giungono i giudici di legittimità e le argomentazioni che le supportano sono, da più punti di vista, criticabili.

Prima di addentrarsi nelle critiche, conviene ripercorrere brevemente il percorso motivazionale della Suprema corte. Tale percorso è suddiviso in quattro tappe:

- a) qualifica dei videogiochi come opere multimediali;
- b) qualifica della Playstation come console per videogiochi;
- c) *ratio* della disciplina delle misure tecnologiche di protezione;
- d) applicazione dell’art. 171-*ter*, comma 1, lett. d).

A) La qualifica del videogioco come software, come supporto contenente sequenze di immagini in movimento o come opera multimediale è rilevante.

Infatti, se il videogioco è qualificato come programma per elaboratore, la norma applicabile è il 171-*bis*, comma 1, il quale punisce con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da lire cinque milioni a lire trenta milioni chiunque “importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione” [...] “qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l’elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore”.

Se viceversa è qualificato come supporto contenente sequenze di immagini in movimento o come opera multimediale, in base a quanto affermato dal Supremo collegio, la norma applicabile dal 2000 al 2003 è il 171-*ter*, comma 1, lett. d) il quale punisce, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire “chiunque a fini di lucro [...] produce, utilizza, importa, detiene per la vendita, pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi titolo sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di protezione del diritto d’autore o dei diritti connessi”; mentre dal 2003 in poi è il 171-*ter*, comma 1, lett. f-*bis*), il quale punisce, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire “chiunque a fini di lucro [...] fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l’uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui

¹⁰ Cass. 12 ottobre 2004, cit., in materia di tecnologie per la distribuzione su più apparecchi televisivi del segnale della TV satellitare protetta.

all'art. 102-*quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure [...]”.

Le differenze tra le tre formulazioni sono più d'una. Quelle più importanti attengono al criterio che serve a discriminare tra tecnologia lecita e tecnologia illecita.

Nella norma del 1992 è illecito qualsiasi mezzo inteso “unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale” di “dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratore”. Nella norma del 2000, non più in vigore, sono illeciti i sistemi “atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere” le “misure di protezione” del diritto d'autore o dei diritti connessi. Nella norma del 2003 sono illeciti “le attrezzature, i prodotti o le componenti ovvero i servizi” che abbiano la “prevalente finalità” o “l'uso commerciale” [?¹¹] di eludere “efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater*” ovvero siano “principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione” di predette misure.

La Cassazione ritiene che il videogioco non possa essere qualificato come software. Tale conclusione sarebbe confortata dalla più recente giurisprudenza di legittimità la quale ha affermato “che i c.d. ‘videogiochi’ utilizzati sui personal computer o sulle consolle non costituiscono meri ‘programmi per elaboratore’, e cioè un software in senso proprio, bensì un prodotto diverso e più opportunamente riconducibile alla categoria dei supporti contenenti sequenze di immagini”.

Tuttavia, a differenza di quest'ultima giurisprudenza che classifica il videogioco come opera audiovisiva la pronuncia in epigrafe propende per un inquadramento nella categoria dell'opera multimediale.

In particolare, la corte ritiene che, pur mancando una chiara definizione di videogioco nel diritto europeo, “i ‘videogiochi’ rappresentano qualcosa di diverso e di più articolato rispetto ai programmi per elaboratore comunemente in commercio, così come non sono riconducibili per intero al concetto di supporto contenente ‘sequenze d'immagini in movimento’. Essi, infatti, si ‘appoggiano’ ad un programma per elaboratore, che parzialmente comprendono, ma ciò avviene al solo fine di dare corso alla componente principale e dotata di propria autonoma concettuale, che è rappresentata da sequenze di immagini e suoni che, pur in presenza di molteplici opzioni a disposizione dell'utente (secondo una interattività, peraltro, mai del tutto libera perché ‘guidata’ e predefinita dagli autori), compongono una storia ed un percorso ideati e incanalati dagli autori del gioco. Ma anche qualora lo sviluppo di una storia possa assumere direzioni guidate dall'utente, è indubitabile che tale sviluppo si avvalga della base narrativa e tecnologica voluta da coloro che hanno ideato e sviluppato il gioco, così come nessuno dubita che costituiscano opera d'ingegno riconducibili ai loro autori i racconti a soluzione plurima o ‘aperti’ che caratterizzano alcuni libri”.

¹¹ Secondo un'interpretazione letterale la prevalenza sembra riferita solo alla finalità e non all'uso commerciale. Tuttavia, un'interpretazione maggiormente aderente al testo della norma comunitaria (v. art. 6, par. 2, lett. b): “[...] non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere”) e tesa a conferire (un minimo di) razionalità alla norma porta a concludere nel senso che la prevalenza si riferisca anche all'uso commerciale.

B) La Cassazione muove dalle seguenti considerazioni. La Playstation 2 (PS2) rientra pacificamente “tra le ‘macchine automatiche per l’elaborazione dell’informazione’, mentre occorre verificare se essa possa essere qualificata come ‘personal computer’ invece che come ‘console’”.

I giudici di legittimità ritengono di rinvenire un elemento decisivo per la classificazione in termini di console in una sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità Europee, Terza Sezione, del 30 settembre 2003, causa T-243/01, in materia di classificazione di merci per l’applicazione di tariffa doganale comune. Nella motivazione di quest’ultima sentenza si rileva, tra l’altro, che la PS2 “è destinata ad essere utilizzata essenzialmente per l’esecuzione di videogiochi” ed inoltre che essa “viene commercializzata e venduta ai consumatori essenzialmente come console per videogiochi, anche potendo essere altresì utilizzata per altri fini”.

C) Il passaggio più rilevante a margine della *ratio* della disciplina delle misure tecnologiche di protezione è il seguente.

“Non è questa la sede per affrontare la questione dei ‘dritti digitali’ (o DRMs, dall’espressione anglosassone ‘Digital Rights Management’), ma la Corte non può esimersi dal sottolineare la delicatezza dei temi coinvolti dall’esigenza di assicurare tutela alle opere dell’ingegno in un contesto in cui i titolari dell’opera e dei suoi diritti possono sommare la qualità di titolari esclusivi anche degli strumenti tecnologici indispensabili all’utente per fruire del prodotto, con il rischio, a tutti evidente, della creazione di limitazione dei diritti dell’individuo e del consumatore potenzialmente sproporzionata. Da questo punto di vista, ad esempio, qualche perplessità sorgono a seguito delle pratiche, adottate da alcune multinazionali, tra cui la stessa Sony, di frazionamento del mercato, così come meriterebbero ulteriore attenzione i rischi di posizione dominante o di compressione della concorrenza derivanti dall’obbligo di acquistare unicamente specifici apparati (di costo rilevante) che viene imposto al consumatore che intenda utilizzare un’opera di ingegno contenuta in un supporto che necessita di quel tipo di apparato per poter essere finita e ‘consumata’. E tuttavia, l’attualità dei rischi ricordati (rischi che dovranno trovare in altre sedi istituzionali le eventuali opportune risposte) non può avere influenza sul giudizio circa le condotte che comportano violazione delle misure poste a protezione del diritto d’autore nel settore dei prodotti digitali”.

D) Nell’ultima tappa del ragionamento la Cassazione afferma quanto segue. “Appare evidente a questa Corte che la lett. f-*bis*) dell’art. 171-*ter* legge n. 633 del 1941 ha inteso introdurre un elemento di chiarezza [*sic!*] rispetto ad una formulazione che poteva prestarsi ad una lettura non più al passo con l’evoluzione tecnologica e dei diritti ‘digitali’, ma non ha affatto introdotto una fattispecie incriminatrice del tutto nuova. Con la conseguenza che non può affatto ritenersi che prima della sua introduzione non sussistesse alcuna fattispecie incriminatrice delle condotte di elusione o violazione delle misure tecnologiche di protezione poste a tutela dei prodotti dell’ingegno contenuti e commercializzati su supporto informatico. Il testo originario dell’art. 171-*ter*, lett. d), in vigore al momento dei fatti, non sembra lasciare in proposito alcun dubbio”.

Dunque, tecnicamente la pronuncia in epigrafe non rappresenta un precedente sull'applicazione dell'171-ter, comma 1, lett. f-bis), ma i suoi *obiter dicta* relativi all'interpretazione di quest'ultima norma non lasciano sperare, per il futuro, in un orientamento più illuminato. Vediamo perché.

4. Classificazione dei videogiochi: software o altra opera dell'ingegno?

Il punto di partenza di qualsiasi discorso interpretativo sulla legge n. 633 del 1941 è la constatazione della devastante e sconsolante opera di distruzione del tessuto sistematico operata con rara pervicacia dalle ultime novelle. La qualità del *drafting* legislativo, si sa, è probabilmente ai minimi storici in ogni settore giuridico. Ma nelle modifiche alla legge sul diritto d'autore si è forse superato ogni record negativo.

Le modifiche in tema di classificazione delle opere dell'ingegno (e dei supporti che le incorporano) e di regole attinenti alla produzione di tecnologie illecite (si contano dal 1992 almeno quattro differenti regimi¹²) sono esempi lampanti di quanto testé denunciato. La confusione comincia a livello europeo¹³ – ma è in questa sede parzialmente giustificata dalla necessità di trovare un compromesso tra numerosi differenti ordinamenti – ed è spesso amplificata dal legislatore nostrano.

Una tale confusione è tanto più grave, nel momento in cui il nostro Stato decide di brandire, ad ogni pie' sospinto, la spada onerosa (e spuntata?) della sanzione penale per contrastare le violazioni del diritto d'autore¹⁴.

Sulle spalle del giudice penale si rovescia, così, il compito – ai limiti della “missione impossibile” – di governare mediante fumose clausole generali e nomenclature incoerenti il confine tra tecnologie lecite e tecnologie illecite, cioè uno dei terreni dove ci si gioca il progresso tecnologico nonché economico e sociale¹⁵.

¹² Oltre ai tre regimi discussi nel testo vi è quello previsto dall'art. 171-ter, comma 1, lett.f) che riguarda “dispositivi o elementi di decodificazione speciale che consentono l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto”

¹³ V., fra i tanti, P. B. HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, [2000] *EIPR* 11, 501, disponibile all'URL: <<http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/opinion-EIPR.html>>, il quale, tra l'altro, rileva che: “[t]he Directive is a badly drafted, compromise-ridden, ambiguous piece of legislation. It does not increase ‘legal certainty’, a goal repeatedly stated in the Directive’s Recitals (Recitals 4, 6, 7 and 21), but instead creates new uncertainties by using vague and in places almost unintelligible language. What, for example, to make of article 6.4 (1), a provision that is presumably intended to reconcile the interests of rights owners employing technical protection measures with the interests of users wishing to benefit from copyright limitations?”.

¹⁴ Una tendenza fomentata dagli organi comunitari. Si veda, da ultimo, la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM (2005) 276 – 1 (il cui dossier è disponibile all'URL: <http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=it&DosId=193131>).

¹⁵ Cfr. il severo giudizio sull'attuazione delle direttiva 29/2001 in Italia espresso da WESTKAMP, *Part II – The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, cit., 296, il quale rileva che “[t]he systematic structure of the Italian solution to implement Article 6 EUCD leaves a number of problems. The rigidity of prohibitions, coupled with a wide permission for right holders to pre-empt limitations by contractual agreements, not only makes it difficult for beneficiaries to gain access but may also have a detrimental effect on the development of technologies”. E ancora (p. 299): “Article 6 has been transposed in a rather unique fashion by introducing a general criminal offence for certain types of using

Ora, la qualifica dei videogiochi è controversa in dottrina e giurisprudenza¹⁶. D'altra parte, è indubbio che, come rilevato dalla pronuncia qui riportata, la Cassazione ultimamente si sia mostrata contraria alla classificazione in termini di programmi per elaboratore¹⁷.

Occorre però domandarsi se questo orientamento abbia senso.

L'inquadramento (quello preferito dalla sentenza in epigrafe) in termini di opera multimediale – che è categoria di origine dottrinale soltanto nominata e non definita dalla legge n. 633 del 1941¹⁸ – o in termini di supporto contenente sequenze di immagini in movimento si basa sull'individuazione di elementi estetici e culturali del videogioco (nelle parole della sentenza riportata: “le sequenze di immagini e suoni che, pur in presenza di molteplici opzioni a disposizione dell'utente, compongono una storia ed un percorso ideati e incanalati dagli autori del gioco”) e ne trascura l'essenza tecnologica¹⁹.

I videogiochi come tutti gli altri software sono scritti in codice informatico. Nel mercato del software proprietario viene commercializzato solo il codice oggetto, mentre il codice sorgente viene secretato. Questa prassi è alla base sia dell'eccezione al diritto d'autore sul software in base alla quale, al ricorrere di determinati presupposti, è possibile procedere alla decompilazione delle parti di codice necessarie a conseguire l'interoperabilità (art. 64-*quater* della l. n. 633 del 1941), sia del diverso e più blando regime di tutela delle misure tecnologiche poste a protezione dei programmi per elaboratore (art. 171-*bis*, comma 1), il quale in buona sostanza salva dall'illiceità la tecnologia che sia suscettibile anche di un solo uso legittimo.

Ebbene, l'esigenza di preservare la possibilità di conseguire l'interoperabilità vale tanto per le console ed i videogiochi, quanto per ogni altro tipo di computer e di software (multimediale, come è per molti applicativi di ultima generazione, o no). Tant'è che la direttiva 29/2001 esplicitamente sottrae al campo di applicazione della nuova disciplina di protezione delle MTP le norme sui programmi per elaboratore (“considerando” n. 50²⁰) e richiama l'attenzione degli Stati membri e degli altri

circumvention technologies, which is related to a rather unclear provision permitting right holders the use of such technologies. The Act is not clear on whether the circumvention must ensue in an infringement of copyright, though given that the possession by a user (for non-commercial purposes) is prohibited it would appear that this is the case. Conversely, commercial dealings, dealt with in a different chapter, require commercial purposes, with the effect that a seller for non-commercial purposes is not liable whereas a private buyer of circumvention technology is”.

¹⁶ V., per alcuni riferimenti, FERRARI, *L'incerto cammino della tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: recenti orientamenti in materia di modifica di consoles per videogiochi*, cit.

¹⁷ V. Cass., Sez. III, 24 gennaio 2007, n. 2304, citata nella motivazione della sentenza in epigrafe; 6 maggio 1999, in *Riv. pen.*, 1999, 653; 26 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, II, 715.

¹⁸ La l. n. 633 del 1941 nomina le opere multimediali all'art. 171-*ter*, comma 1, lett. b) ed i supporti multimediali agli art. 171-*sexies*, comma 2, 174-*ter*, comma 1, 181-*bis*, comma 1. Sul tema v. C. DI COCCO, *L'opera multimediale - Qualificazione giuridica e regime di tutela*, Torino, 2005, spec. 93 ss.

¹⁹ V. R. CASO, “*Modchips*” e diritto d'autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, in *Cyberspazio e dir.*, 2006, 183, disponibile all'URL: <http://www.jus.unitn.it/users/caso/DRM/Libro/mod_chips/download.asp>, p. 21 della versione in linea.

²⁰ Il “considerando” n. 50 della direttiva 29/2001 così recita: “[u]na protezione giuridica armonizzata lascia impregiudicate le disposizioni specifiche di protezione previste dalla direttiva

interpreti sul fatto che “[t]ale protezione giuridica dovrebbe rispettare il principio della proporzionalità e non dovrebbe vietare i dispositivi o le attività che hanno una finalità commerciale significativa o un’utilizzazione diversa dall’elusione della protezione tecnica” (“considerando” n. 48).

Paradossalmente la migliore prova dell’esigenza di preservare l’interoperabilità è fornita proprio dalla strategia commerciale della Sony. Quest’ultima creando una compatibilità blindata tra la propria piattaforma (console) ed beni complementari dalla stessa prodotti (videogiochi) esclude l’interoperabilità con piattaforme e beni complementari prodotti da altri al fine di rafforzare il proprio potere di mercato sia nel settore della vendita di console sia in quello del commercio dei videogiochi²¹.

A poco vale la sensibilità dimostrata dall’estensore della sentenza in epigrafe, nel passaggio in cui rileva che “qualche perplessità sorgono a seguito delle pratiche, adottate da alcune multinazionali, tra cui la stessa Sony, di frazionamento del mercato, così come meriterebbero ulteriore attenzione i rischi di posizione dominante o di compressione della concorrenza derivanti dall’obbligo di acquistare unicamente specifici apparati (di costo rilevante) che viene imposto al consumatore che intenda utilizzare un’opera di ingegno contenuta in un supporto che necessita di quel tipo di apparato per poter essere fruita e ‘consumata’”. Se la conclusione è: “[...] tuttavia, l’attualità dei rischi ricordati (rischi che dovranno trovare in altre sedi istituzionali le eventuali opportune risposte) non può avere influenza sul giudizio circa le condotte che comportano violazione delle misure poste a protezione del diritto d’autore nel settore dei prodotti digitali”.

Vero è che ci si muove – per volere del legislatore comunitario – nel terreno minato di un doppio regime di protezione delle MTP (mentre razionalità avrebbe voluto che ci fosse una sola disciplina fondata sul divieto delle sole tecnologie unicamente finalizzate all’elusione): quello riguardante il software e quello riguardante le altre opere dell’ingegno. Ma è altrettanto innegabile che le norme penali di difesa del diritto di esclusiva devono essere interpretate nel senso che meno interferisce con le dinamiche della concorrenza e dell’innovazione. Il ricorso alla norma penale, infatti, non può sottrarre il diritto d’autore alla *ratio* che lo pervade: il bilanciamento tra interesse dei titolari dell’esclusiva ad avere il maggior controllo possibile dell’opera ed interesse del pubblico a ridurre al minimo la portata monopolistica dell’esclusiva, al fine di conservare la libertà di accesso alla conoscenza che l’opera stessa veicola.

5. La definizione di misura (tecnologica) di protezione

91/250/CEE. In particolare essa non si dovrebbe applicare alla tutela delle misure tecnologiche usate in relazione ai programmi per elaboratore, disciplinata esclusivamente da detta direttiva. Non dovrebbe inoltre ostacolare né impedire lo sviluppo o l’utilizzo di qualsiasi mezzo atto a eludere una misura tecnologica se necessario per l’esecuzione degli atti da compiere ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 3, e dell’articolo 6 della direttiva 91/250/CEE. Gli articoli 5 e 6 di tale direttiva si limitano a stabilire le eccezioni ai diritti esclusivi applicabili ai programmi per elaboratore”.

²¹ Sul tema v., nella letteratura italiana, M. L. MONTAGNANI, *Misure tecnologiche di protezione, sistemi di DRM e barriere all’entrata*, nonché G. MAZZIOTTI, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso ITUNES*, entrambi in R. CASO (a cura di), in *Digital Rights Management: problemi teorici e prospettive applicative – Atti del convegno tenutosi a Trento il 21-22 marzo 2007*, in corso di pubblicazione.

Un'ulteriore critica che può essere rivolta alla sentenza in epigrafe è la mancanza di un giudizio sulla qualificazione delle limitazioni di funzionalità della Playstation e del sistema di riconoscimento tra console e videogioco “originale” in termini di misura di protezione *ex art. 171-ter*, comma 1, lett. d) (formulazione abrogata) o di misura tecnologica di protezione efficace *ex art. 102-quater e 171-ter*, comma 1, lett. f-*bis*).

A ben vedere questo giudizio è imprescindibile per la determinazione della sussistenza del reato.

La Suprema corte sembra dare per scontato che l'hardware della Playstation rappresenti un'efficace misura tecnologica di protezione ai sensi dell'art. 102-*quater* della legge autore. Tuttavia, come si è già rilevato in altra occasione²², si tratta di un assunto tutt'altro che pacifico. L'art. 102-*quater*, comma 1, statuisce che le “misure tecnologiche di protezione efficaci [...] comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti”.

L'art. 102-*quater* non pone le fondamenta di un nuovo diritto di esclusiva, ma rappresenta uno dei tasselli – quello che definisce le “misure tecnologiche di protezione efficaci” – di una disciplina della responsabilità per produzione di tecnologie illecite. Ebbene la *boot* ROM della Playstation (il suo hardware), sulla quale va ad incidere il *modchip*, non rappresenta di per sé una tecnologia che impedisce o limita atti non autorizzati dai titolari dei diritti. Piuttosto, l'interazione tra *boot* ROM e codici di accesso contenuti nei supporti dei videogiochi funziona, semmai, come mezzo per disincentivare – e non per impedire o limitare – la copia o altri atti non autorizzati dal titolare dei diritti. La controprova di questo ragionamento sta nell'analisi della funzione del *modchip*. L'installazione del *modchip* non facilita l'elusione di una MTP. La copia non autorizzata, l'importazione e la distribuzione non autorizzate possono avvenire indipendentemente dall'installazione (e persino dall'esistenza del *modchip*).

Non si tratta di un modo forzante di ragionare, ma del cuore della motivazione che ha recentemente condotto la High Court australiana a dichiarare l'inapplicabilità della disciplina delle MTP²³ – *sections* 10(1) e 116A(1) del Copyright Act del 1968 come modificato dal Copyright Amendment (Digital Agenda) Act del 2000²⁴ – alla produzione dei *modchips* per Playstation²⁵.

²² CASO, “*Modchips*” e diritto d'autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, cit., p. 22 della versione in linea.

²³ *Stevens v Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment* [2005] HCA 58 6 October 2005, cit.

²⁴ La tutela delle MTP è stata recente rafforzata da una nuova modifica (v. il Copyright Amendment Act del 2006).

²⁵ In uno dei passaggi centrali della motivazione la corte porta a supporto delle proprie conclusioni le seguenti tre considerazioni:

“[t]he first is that, in choosing between a relatively broad and a relatively narrow construction of legislation, it is desirable to take into account its penal character. The present litigation does not arise from the institution of criminal proceedings under the offence provisions now contained particularly in s 132 of the Act. However, a person who makes or sells a circumvention device (s 132(5B)) is liable to imprisonment for not more than five years (s 132(6A)). An appreciation of the heavy hand that may be

Si tratta di una linea di pensiero che trova conferma anche nella giurisprudenza statunitense. Il riferimento è al caso *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, nell'ambito del quale la Lexmark – impresa leader nella produzione di stampanti – ha reclamato l'applicazione della 17 U.S.C. § 1201 (introdotta nel Copyright Act statunitense dal DMCA) contro un fabbricante di *chips* incorporabili in cartucce compatibili con le stampanti dell'attore. La Lexmark vende sia stampanti, sia cartucce. Le stampanti laser oggetto della causa funzionano in base un complesso sistema che si basa sul “dialogo” tra due software: uno contenuto nelle stampanti (Toner Loading Program) e l'altro incorporato nei chip delle cartucce-toner (Printer Engine Program). Alcune stampanti vengono vendute ad un prezzo inferiore, ma la *shrink-wrap license* (licenza d'uso a strappo) prevede che possano essere utilizzate solo cartucce usa e getta vendute dalla stessa Lexmark. Per evitare che l'acquirente possa installare cartucce (ricaribili) prodotte da altre imprese, la Lexmark adopera una procedura di “autenticazione” delle cartucce originali che si basa sul “dialogo” tra il software della stampante e quello delle cartucce. Il convenuto vende *chips* che consentono a cartucce prodotte da competitori della Lexmark di essere riconosciute dalle stampanti di quest'ultima. Al convenuto veniva rimproverato di produrre e commercializzare un apparecchio finalizzato all'aggiramento della misura tecnologica posta a protezione dell'accesso ai software della Lexmark.

Nella decisione della Sesto Circuito relativa al caso Lexmark i giudici²⁶, ribaltando la pronuncia di primo grado²⁷, rilevano che una causa di questo tipo non ha niente a che fare con la pirateria di materiale protetto da *copyright* e rappresenta invece un chiaro tentativo di comprimere la concorrenza sul mercato a valle delle cartucce²⁸. Il

brought down by the criminal law suggests the need for caution in accepting any loose, albeit ‘practical’, construction of Div 2A itself.

The second consideration is that the true construction of the definition of ‘technological protection measure’ must be one which catches devices which prevent infringement. The Sony device does not prevent infringement. Nor do many of the devices falling within the definition advanced by Sony. The Sony device and devices like it prevent access only after any infringement has taken place.

The third consideration is that in construing a definition which focuses on a device designed to prevent or inhibit the infringement of copyright, it is important to avoid an overbroad construction which would extend the copyright monopoly rather than match it. A defect in the construction rejected by Sackville J is that its effect is to extend the copyright monopoly by including within the definition not only technological protection measures which stop the infringement of copyright, but also devices which prevent the carrying out of conduct which does not infringe copyright and is not otherwise unlawful. One example of that conduct is playing in Australia a program lawfully acquired in the United States. It was common ground in the courts below and in argument in this Court that this act would not of itself have been an infringement”.

²⁶ *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 387 F. 3d 522 (Ct. App. 6th Circ. 2004).

²⁷ *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 253 F. Supp. 2d 943 (D. Ct. E.D. Ky. 2003).

²⁸ La corte afferma: “[...] Lexmark would have us read this statute in such a way that any time a manufacturer intentionally circumvents any technological measure and accesses a protected work it necessarily violates the statute regardless of its “purpose.” Such a reading would ignore the precise language – “for the purpose of” – as well as the main point of the DMCA – to prohibit the pirating of copyright-protected works such as movies, music, and computer programs. If we were to adopt Lexmark’s reading of the statute, manufacturers could potentially create monopolies for replacement parts

Sesto Circuito sottolinea che i sistemi utilizzati da Lexmark non sono misure tecnologiche poste alla protezione dell'accesso del software incorporato nelle cartucce e di quello installato nella stampante²⁹.

Quanto qui rilevato a proposito delle “misure tecnologiche di protezione efficaci” vale anche per le “misure di protezione” previste dalla vecchia formulazione della lett. d), comma 1, dell'art. 171-ter. La mancanza in quest'ultima norma del riferimento all'efficacia della misura non altera i termini della ricostruzione qui proposta. Semplicemente, il sistema di riconoscimento tra console e supporto del videogioco svolge sia la funzione di impedire l'interoperabilità con apparecchi e supporti prodotti da altri sia la funzione di scoraggiare la copia non autorizzata, ma non impedisce quest'ultima e dunque non protegge il diritto di riproduzione.

6. Individuazione della disciplina rilevante e giudizio sulla finalità elusiva della tecnologia

Il giudizio sulla sussistenza dell'illecito si compone di una parte (di cui si è ora trattato) riguardante la misura (tecnologica) di protezione e di una parte concernente la tecnologia additata dello scopo elusivo.

Anche su questa seconda parte le argomentazioni della sentenza riportata non convincono.

Come si è già evidenziato, il criterio della finalità elusiva è stato declinato dal legislatore italiano in diverse formulazioni. Nel 171-bis, comma 1, si parla “di qualsiasi mezzo inteso unicamente” all'elusione, nel 171-ter, comma 1, lett. f-bis) ci si riferisce ad “attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità” elusiva “ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione” ed infine nella vecchia formulazione della lett. d) del comma 1 dell'art. 171-ter si indicano “sistemi atti ad eludere”.

La Cassazione ha messo fuori gioco la prima norma qualificando i videogiochi come opere multimediali. Ma non viene meno la necessità di operare un giudizio sulla

simply by using similar, but more creative, lock-out codes. Automobile manufacturers, for example, could control the entire market of replacement parts for their vehicles by including lock-out chips. Congress did not intend to allow the DMCA to be used offensively in this manner, but rather only sought to reach those who circumvented protective measures “for the purpose” of pirating works protected by the copyright statute. Unless a plaintiff can show that a defendant circumvented protective measures for such a purpose, its claim should not be allowed to go forward. If Lexmark wishes to utilize DMCA protections for (allegedly) copyrightable works, it should not use such works to prevent competing cartridges from working with its printer”.

²⁹ Nelle parole della corte: “[i]t is not Lexmark’s authentication sequence that ‘controls access’ to the Printer Engine Program. See 17 U.S.C. § 1201(a)(2). It is the purchase of a Lexmark printer that allows ‘access’ to the program. Anyone who buys a Lexmark printer may read the literal code of the Printer Engine Program directly from the printer memory, with or without the benefit of the authentication sequence, and the data from the program may be translated into readable source code after which copies may be freely distributed. [...] No security device, in other words, protects access to the Printer Engine Program Code and no security device accordingly must be circumvented to obtain access to that program code”. [...]

finalità elusiva. Tanto più se si tratta di dover decidere sulla successione di leggi penali del tempo per giungere a determinare (in base all'art. 2 c.p.) quale norma sia più favorevole al reo.

La vecchia formulazione della lett. d) del comma 1 dell'art. 171-ter può essere infatti intesa sia in un senso meno rigoroso dell'art. 171-ter, comma 1, lett. f-bis) traducendo “sistemi atti ad eludere” con “sistemi unicamente atti ad eludere” sia in un significato più rigoroso dell'art. 171-ter, comma 1, lett. f-bis) in base al quale anche quando si è in presenza di una mera (benché non prevalente) potenziale finalità elusiva si deve rilevare l'illecito. Se quest'ultima fosse ritenuta l'interpretazione corretta, allora la norma più favorevole al reo applicabile alla fattispecie sarebbe probabilmente l'art. 171-ter, comma 1, lett. f-bis)³⁰.

Prescindendo dal caso di specie e dalla vecchia formulazione della lett. d) dell'art. 171-ter, occorre ribadire quanto si è sostenuto in altra occasione a margine dell'art. 171-ter lett. f-bis)³¹, che è la norma con la quale fare attualmente i conti.

Quest'ultima è formulata in termini approssimativi ed ambigui. Tuttavia, alcune indicazioni possono essere date per assodate. La norma fa riferimento ad “[...] attrezzature, prodotti o componenti ovvero [...] servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure”.

La finalità non dovrebbe essere valutata in astratto né con riferimento ad eventuali dichiarazioni che accompagnano la produzione della tecnologia. Quel che conta è il fatto che la finalità trovi riscontro nell'uso elusivo. Questo era il ragionamento svolto, nell'ambito della dottrina della responsabilità indiretta per violazioni del *copyright* della quale la tutela delle MTP è una (pur lontana) derivazione, dalla Corte Suprema statunitense in *Sony Betamax* del 1984³².

La norma parla di prevalenza o principale finalità elusiva, il che significa *a contrario* che se – per ipotesi – gli usi elusivi eguagliano quelli legittimi, la produzione deve essere considerata lecita.

D'altro canto, la norma non specifica se il criterio della prevalenza delle finalità e dunque degli usi attenga a parametri quantitativi (prevalenza del numero) o a parametri qualitativi (prevalenza sotto il profilo della rilevanza). Anche in questo caso un'interpretazione orientata alla conseguenze ed assistita dalla comparazione può aiutare a giungere alla soluzione corretta.

³⁰ Il giudizio sulla norma più favorevole fa effettuato in concreto, v., ad esempio, Cass., sez. I, 2 ottobre 2003, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Sport*, n. 105, secondo la quale “[l]’individuazione, tra una pluralità di disposizioni succedutesi nel tempo, di quella più favorevole al reo, va eseguita non in astratto, sulla base della loro mera comparazione, bensì in concreto, mediante il confronto dei risultati che deriverebbero dall’effettiva applicazione di ciascuna di esse alla fattispecie sottoposta all’esame del giudice”.

³¹ CASO, “*Modchips*” e diritto d’autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, cit., 23 ss. della versione in linea.

³² *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), riprodotta in traduzione italiana in *Foro it.*, 1984, IV, 351, con nota di G. PASCUZZI, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla «Supreme Court»*.

La norma va interpretata nel senso di evitare che la sua applicazione abbia effetti anticompetitivi³³. Il produttore che detiene fette significative del mercato (a monte) di apparecchi hardware non può mettere in atto pratiche che gli consentano, attraverso l'abuso del diritto d'autore, di elevare barriere sul mercato (a valle) del software (opera dell'ingegno) interoperabile con il medesimo apparecchio. Una pratica di questo genere danneggia la concorrenza e lo sviluppo tecnologico dei due mercati collegati.

La ricostruzione attenta della dottrina della *contributory liability* da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti ha permesso lo sviluppo competitivo del mercato dei videoregistratori e la diffusione degli stessi apparecchi.

Rileggendo a distanza di più di vent'anni la motivazione di quella famosa sentenza si comprende perché la corte abbia affermato: “[p]er risolvere la questione non è necessario esplorare tutti i potenziali [!] usi della macchina e determinare se essi possano o no costituire una trasgressione. Piuttosto bisogna solo considerare se sulla base dei fatti accertati dalla Corte distrettuale un numero significativo di detti usi possa essere non illegale. Inoltre al fine di risolvere questo caso non è necessario dare una precisa quantificazione dell'ammontare dell'uso commercialmente significativo, perché un uso potenziale del Betamax chiaramente soddisfa questo modello, comunque lo si intenda: il *time-shifting* (TS) domestico per uso privato”.

Senza dubbio la tutela delle MTP ha dissennatamente modificato lo standard Sony Betamax parlando di prevalenza della finalità elusiva. Ma alcuni passaggi del ragionamento di Justice Stevens³⁴ – l'estensore dell'*opinion* di maggioranza in Sony Betamax – conservano intatta la loro pregnanza. Dire che non si possono esplorare tutti gli usi potenziali di una macchina e che basta un solo uso potenziale a salvare il produttore della tecnologia equivale ad affermare che il parametro quantitativo riveste un'importanza relativa.

Tornando all'attuale contesto italiano, la lezione di Sony Betamax può risultare utile nel giudicare la sussistenza o meno della prevalente finalità elusiva.

Degli usi dei *modchips* discussi nelle pronunce bolzanine ve ne è uno che ha maggiore rilevanza degli altri. Si tratta della possibilità di utilizzare la Playstation come un vero proprio computer – con buona pace dell'“etichetta doganale” affibbiata dalla pronuncia del Tribunale di primo grado CE citata dalla sentenza in epigrafe – aggirando le limitazioni di funzionalità predeterminata dalla casa di produzione. Questo uso (o se si preferisce, questa finalità) del *modchip* è sicuramente prevalente rispetto ai potenziali usi in violazione del diritto d'autore, poiché abilita l'apparecchio ad una serie infinita – e dunque rilevante anche sul piano del parametro quantitativo – di usi (potenziali) legittimi quali possono essere gli usi di un computer. D'altra parte, tra questi usi

³³ La necessità di evitare l'abuso in senso anticoncorrenziale della tutela giuridica delle MTP sembra essere un dato al centro delle attenzioni del Gruppo di lavoro diritto d'autore e nuove tecnologie costituito dal Comitato consultivo permanente per il diritto di autore allo scopo di elaborare proposte di riforma sugli aspetti della legge sul diritto d'autore legati alle nuove tecnologie. V., in particolare, le proposte di modifica dell'art. 102-*quater* contenute nel Documento di sintesi versione 1.0 (11 novembre 2007) disponibile all'URL: < <http://www.ictlex.net/wp-content/20071111nuovetec1.pdf>>.

³⁴ Non a caso Justice Stevens ha una formazione antitrust (lo ricorda P. SAMUELSON, *The Generativity of Sony v. Universal: The Intellectual Legacy of Justice Stevens*, 74 *Fordham Law Review* 1831 (2006)), disponibile su SSRN all'URL: <<http://ssrn.com/abstract=925127>>.

legittimi figura la possibilità di far funzionare videogiochi per Playstation prodotti da case diverse dalla Sony, possibilità che costituisce la premessa per aprire il mercato a valle della produzione della console.

A fronte di questo uso pienamente legittimo e degli altri (infiniti) che ne derivano, possono forse riscontrarsi alcuni usi in violazione del diritto d'autore³⁵, ma tanto non basterebbe a far scattare la sanzione penale.

Un'interpretazione come quella avanzata si pone in sintonia con il citato "considerando" n. 48 della dir. 29/2001 e consente inoltre di riavvicinare l'art. 171-ter, comma 1, lett. f-bis) al più razionale art. 171-bis, comma 1, nonché di garantire una maggiore consonanza con il principio di legalità in materia penale (art. 14 disp. prel. c.c., e art. 1 c.p.)³⁶.

³⁵ Per una discussione degli altri possibili usi v. FERRARI, *L'incerto cammino della tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: recenti orientamenti in materia di modifica di consoles per videogiochi*, cit., il quale, a proposito della disabilitazione della funzione dei codici regionali, sottolinea che "la modifica delle *consoles* permetterebbe la lettura di videogiochi originali, ma di importazione. Le case produttrici frazionano il mercato mondiale in aree geografiche di commercializzazione e, soprattutto, introducono sistemi di protezione tali per cui i videogiochi vengono letti dalla macchina solo se acquistati nella medesima 'area commerciale' in cui anche la macchina è stata acquistata. I *mod-chips* permetterebbero di aggirare questo artificioso frazionamento, rendendo possibile la lettura di tutti i videogiochi, a prescindere dalla loro provenienza. A questo argomento il giudice del gennaio 2005 oppone l'art. 17 della l. 633/41, il quale sancisce l'illiceità di importazioni di opere dell'ingegno da aree geografiche esterne alla Comunità Europea: da ciò discenderebbe che sulle *consoles* europee non possano essere 'fatti girare' che dischi europei. Il rilievo convince solo in parte. Il primo comma dell'art. 17 vieta sì l'importazione, ma solo quando essa abbia fini di distribuzione o di messa a disposizione al pubblico. Se io mi reco negli Stati Uniti e là acquisto un videogioco per uso personale, non mi si potrà certo opporre che lo introduco in Italia a fini di distribuzione o di messa a disposizione del pubblico; d'altro canto mi sarà impossibile leggere il disco acquistato oltreoceano proprio per le misure di protezione adottate dai produttori. La tesi per cui i *mod-chips* consentirebbero, legittimamente, di leggere dischi prodotti in altre aree è, seppur parzialmente, fondata". L'autore inoltre rileva circa il diritto di effettuare una copia di riserva quanto segue: "[...] La realtà è che la norma di cui all'art. 71 *sexies* va letta nel suo complesso e, quindi, anche con riferimento al quarto comma. È qui che cominciano ad emergere i veri problemi: l'art. 71 *sexies* è una norma mal congegnata, i cui commi si contraddicono l'uno rispetto all'altro. La soluzione a questa sorta di cortocircuito non è semplice e tocca uno dei punti nevralgici che i DRM sottopongono alla riflessione giuridica. Ritenerne che debbano comunque prevalere le misure di protezione rispetto ai diritti dell'acquirente significa rinunciare alla funzione regolativa e di bilanciamento dei diversi interessi in gioco che fino ad oggi il diritto d'autore ha svolto. Significa, in altri termini, affidare un mandato in bianco ai produttori di opere digitali perché, attraverso le misure di protezione, gestiscano come loro meglio aggrada i contenuti delle opere. Il potere regolativo della legge finisce, così, per essere sostituito dal potere regolativo della tecnologia".

³⁶ Cfr., sia pure a proposito della diversa fattispecie della produzione di *splitty* per la distribuzione del segnale della TV satellitare su più televisori, la motivazione di Trib. Trento 3 maggio 2004, cit., nella quale si rileva che "la disposizione deve essere interpretata tenuto conto del principio di legalità, sulla base del suo chiaro tenore letterale, con esclusione di qualsiasi estensione analogica. Inoltre, ai fini della corretta determinazione dell'ambito applicativo della disposizione, deve considerarsi l'intenzione del legislatore 'attuativo' che, in assenza di elementi di segno contrario, deve ricostruirsi necessariamente con riferimento agli scopi e limiti della disciplina comunitaria come individuati nel preambolo della direttiva 2001/29/Ce. Sul piano dell'interpretazione letterale il dato rilevante è costituito dall'adozione del criterio della 'principale finalità di elusione' considerato nella sua oggettiva funzione, criterio chiarito nella sua portata dal punto 48 del preambolo il quale precisa che la protezione giuridica contro dispositivi e prodotti diretti all'elusione delle misure tecnologiche non dovrebbe comunque vietare i dispositivi o le attività che hanno 'finalità commerciale significativa' od una 'utilizzazione diversa dall'elusione' della protezione tecnica. Ne consegue che, laddove l'attrezzatura sia suscettibile di una utilizzazione diversa

7. Conclusioni

La tutela legislativa delle MTP e delle informazioni sul regime dei diritti si sovrappone al *copyright* tradizionale alterandone la natura ed integrando una protezione differente.

Si tratta in buona sostanza di una delega ad ordinamenti privati dell'uso della forza tecnologica a fini di autotutela privata, che si regge su una disciplina di attività tecnologiche che ha necessariamente pesanti implicazioni sul piano della concorrenza nonché su quello della libertà di pensiero. Per certi versi, dunque, rappresenta un ritorno al passato, assomigliando (sotto questo aspetto) ai privilegi librari – gli antecedenti del diritto d'autore moderno – concessi dai sovrani europei ai primi stampatori per l'esercizio in monopolio della propria attività. A differenza però dei privilegi librari che riguardavano solo la stampa, la tutela delle MTP è una regolamentazione di attività tecnologiche che affida all'incertezza di un criterio come quello della “prevalente finalità elusiva” il governo – nel nostro ordinamento, presidiato dal diritto penale – di più tecnologie poste alla base di mercati connessi ma differenti.

Gli effetti indesiderati dell'applicazione di queste norme possono essere gravissimi. Non a caso, oltre i nostri confini il vento legislativo e giurisprudenziale sembra girare verso un atteggiamento di maggiore diffidenza verso la tutela giuridica delle MTP. Ma in terra nostrana si respira un'aria stantia nella quale riprendono forma i fantasmi di un'epoca che pensavamo esserci lasciata definitivamente alle spalle.

dalla elusione e cioè di una utilizzazione che non sia diretta a ledere il bene protetto dalla misura tecnologica, ovvero possa assumere una finalità commerciale significativa, la detenzione ai fini di commercializzazione non potrà considerarsi idonea ad integrare, neppure in astratto, gli estremi del reato, poiché l'attrezzatura non può essere definita quale prodotto realizzato con 'principale finalità di elusione' della misura tecnologica”.