

TRIBUNALE BOLZANO

20 DICEMBRE 2005

GIUDICE: GOTTARI

PARTI: SONY COMPUTER

ENTERTAINMENT

EUROPE LIMITED

(avv. Sergio Spagnolo)

Diritti d'autore e connessi

- Misure tecnologiche di protezione
- Aggiramento e divieti di elusione
- Esclusione

Non configura il reato di cui all'art. 171-ter, lett. f-bis, l.

633/1941 l'attività di commercializzazione di schede di espansione che, installate in una console, consentono la lettura di giochi abusivamente duplicati, non essendo questo fine prevalente rispetto ad usi ulteriori e legittimi che le stesse favoriscono.

S VOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con decreto di citazione emesso dal P.M. presso il Tribunale di Bolzano, ... veniva tratto a giudizio avanti questo Giudice per rispondere del reato in rubrica a lui ascritto.

All'udienza del 27 settembre 2005 il Giudice, verificato che la parte offesa doveva individuarsi non già nella la Sony Computer Entertainment Italia, bensì nella Sony Computer Entertainment Europe Limited (titolare di una licenza esclusiva in ordine allo sfruttamento economico della console Playstation 2 in un'area geografica che comprende anche il territorio dello Stato italiano), respingeva l'eccezione relativa all'esclusione della Parte Civile, per i motivi meglio esposti in separata ordinanza alla quale si fa integrale richiamo.

Alla stessa udienza 27 settembre 2005 l'imputato formulava istanza di ammissione al giudizio abbreviato, condizionandola all'acquisizione di una consulenza tecnica (attinente alla funzionalità operativa della console Playstation 2 modificata) e della documentazione attestante la vendita del sito Internet ad altra società.

All'udienza del 20 dicembre 2005, depositata la documentazione indicata, l'imputato rendeva spontanee dichiarazioni, a seguito delle quali le parti formulavano le proprie conclusioni come da verbale.

La documentazione acquisita agli atti non ha posto in evidenza risultanze probatorie idonee a fondare la penale responsabilità del prevenuto ...

CONSIDERAZIONI IN FATTO. — La condotta contestata nel capo di imputazione è relativa nella sostanza all'elusione di misure tecnologiche di protezione, rimosse mediante l'inserzione di un modchip.

I fatti nella loro materialità sono pacifici, e non hanno neppure formato oggetto di contestazione da parte della Difesa.

Il presente processo è scaturito da una operazione di perquisizione e sequestro effettuata, in data 9 maggio 2003, dalla Polizia Tributaria di Venezia presso la videoteca « E-Motion » di Marostica gestita da tale Nel corso di tale operazione veniva rinvenuta e sequestrata, tra il resto, una fattura relativa all'acquisto di n. sette Playstation modificate, acquisto effettuato dal ... presso la società « ..., di cui ... è il rappresentante legale. La Polizia Tributaria di Venezia, su ordine della Procura della Repubblica di Bassano del Grappa, si recava quindi, in data 6 giugno 2003, presso la sede della Nel corso delle operazioni di perquisizione e sequestro è stato rinvenuto e sequestrato il seguente materiale: 38 « Playstation

2 » modificate; 3 « Playstation 1 modificate; 2.085 « mod chip » necessari per la modifica delle consolle « Playstation »; diverse fatture di vendita di « Playstation » modificate; diverse schede di lavorazione per l'inserimento dei « modechip » nelle consolle dei privati e di altre società di distribuzione, oltre alla « E-Motion » di Marostica sopra indicata (le ditte ... ed altre ancora).

CONSIDERAZIONI IN DIRITTO. — Non sfugge al Tribunale la complessa problematica giuridica sottesa all'installazione ed all'uso dei cd. « mod-chips », vale a dire chip in grado di modificare le consolle, affinché le stesse siano in grado di far « girare » tutti i tipi giochi, anche quelli prodotti illegalmente o provenienti da altri ambiti di mercato. Nel nostro ordinamento la norma di riferimento è l'art. 171-ter lettera f)-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633 (quale modificato dal D.Lgs. n. 68 del 9 aprile 2003, entrato in vigore il 29 aprile 2003), il quale, in attuazione di una direttiva comunitaria (la 2001/29/CE avente ad oggetto l'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione), così dispone: « (è punito chiunque) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. A sua volta l'art. 102-quater della legge sopra richiamata stabilisce che: « 1. I titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-bis comma 3 possono apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che 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. 2. Le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione ».

Il Pubblico Ministero ed il patrono di Parte Civile hanno sostenuto la piena applicabilità della fattispecie prevista dall'art 171-ter lett. f)-bis legge 633/41 alla condotta posta in essere dall'imputato ..., poiché l'installazione di un « modchip » alla consolle Playstation 2 di produzione Sony comporta di per sé l'elusione delle misure tecnologiche elaborate ed adottate dalla casa produttrice a protezione dei propri diritti di esclusiva.

Il problema che si pone è dunque quello di stabilire se la funzione primaria e prevalente dei modechips sia quella di consentire l'uso di copie pirata masterizzate, ovvero quella di meglio utilizzare la consolle.

Evidenziava in particolare la Difesa che il modchip può servire per plurimi scopi senz'altro leciti, quali leggere la copia di sicurezza del software che la legge italiana consente di procurarsi e leggere supporti di contenuto diverso da quello originariamente previsto, ma legali, così sfruttando tutte le capacità e potenzialità della Playstation come computer.

In sintesi, una volta verificato che l'imputato ha detenuto per la vendita e posto in commercio, attraverso il sito internet www.hardstore.com nonché installato chip in grado di modificare la console Playstation 2 prodotta dalla società Sony, affinché la stessa console fosse in grado di far « girare » tutti i tipi giochi — anche quelli prodotti illegalmente —, si pone la delicata questione giuridica di stabilire se tale comportamento integri o meno gli estremi del contestato reato.

Quanto alla modificabilità dei circuiti delle Playstation, va precisato che i produttori hanno inserito nelle macchine delle limitazioni, grazie alle quali esse sono in grado di leggere solo i supporti da loro stessi elaborati. Inoltre la distribuzione dei prodotti ha luogo in grandi aree territoriali (verosimilmente rispondenti a precise strategie di mercato, America, Asia, Europa ed Australia), e le Playstation distribuite in ognuna di esse non accettano i supporti prodotti per un'altra area territoriale. Ad esempio nel marzo 2000 Sony Computer ha immesso sul mercato giapponese la console Playstation 2, uno dei sistemi più ambiti e rivoluzionari del periodo nel composito mondo dei videogiochi. Sul mercato europeo la console giungeva solo nel novembre del 2000.

I supporti sono inoltre registrati in modo tale che una copia di essi non viene accettata dalla Playstation, la quale riconosce solo i dischi originali. Ciò, ad avviso della Difesa del ..., avviene in contrasto con la norma di legge italiana che consente ad ogni acquirente di software di eseguire una copia di sicurezza in caso di danneggiamento dell'originale (sul punto ci si soffermerà diffusamente infra). In presenza di tali limitazioni della console Playstation 2, i tecnici hanno dunque elaborato un chip (cd. « modchip » ovvero « converter chip »), dal costo non elevato (acquistabile con una somma di denaro modesta), avente la funzione di ripristinare tutte le potenzialità della macchina. In tal modo la console risulta idonea a leggere supporti originali provenienti da una altra area territoriale di mercato, a leggere giochi creati da produttori indipendenti o dallo stesso proprietario, in definitiva a funzionare come un vero e proprio computer, mediante l'aggiunta di alcuni accessori. In sostanza, il « modchip » o scheda di espansione va inserito nella console, ed opera interponendosi tra il lettore DVD della PS2 ed il microprocessore. All'atto del caricamento del disco la scheda di espansione genera il codice che autorizza il microprocessore ad eseguire qualsiasi tipo di software presente nei supporti inseriti nel lettore DVD/CDROM standard.

Prendendo posizione sulle accennate questioni, l'imputato, in sede di spontanee dichiarazioni, all'udienza del 20 dicembre 2005, ha dichiarato: « *Una delle richieste che ci è stata fatta era perché non era possibile accedere al sistema Playstation 2 e fargli fare delle altre funzioni che erano puramente legittime, senza ledere i diritti d'autore di nessuno, cioè la possibilità di avviare un sistema operativo libero su Internet, che c'è, si chiama Linux, insomma non c'era questa possibilità di riuscire a... Io faccio l'esempio del computer, è come se mi vendessero un computer e non mi danno la possibilità di riuscire ad installare un software alternativo che mi amplia la possibilità e mi permetta di programmare qualcosa di nuovo, di fare ..., cioè di inventarmi qualcosa di nuovo su questa console sempre nell'ambito del diritto di autore, senza ledere nessun diritto. A seguito di queste richieste, che noi valutavamo puramente legittime, perché al tempo, vedendo anche l'impianto normativo che c'era, non vedevamo impedimenti a questi tipi di utilizzi, avevamo richie-*

sto, prima di partire ed informarci relativamente a certi dispositivi che potevano ampliare l'utilizzo della consolle, una consulenza ai nostri avvocati circa la fattibilità della distribuzione di questo prodotto. Dopo un'analisi è emerso che effettivamente questo prodotto, se utilizzato in modi leciti, era pienamente distribuibile, vendibile in Italia, non c'erano delle limitazioni. Perché non potevo ampliare l'utilizzo dei giochi di importazione al cliente? Perché non potevo dare l'accesso alla consolle?... ».

Tornando alla legislazione vigente, e cercando di trarre le fila di tutte le articolate argomentazioni giuridiche esposte con dovizia di particolari dal Patrono di Parte Civile e dal Difensore dell'imputato (anche compendiate in analitiche memorie scritte), occorre ribadire che sono vietate le attrezzature e componenti destinati in via prevalente e principale alla elusione delle misure di protezione.

Come già precisato, la Pubblica Accusa e la Difesa della Parte Civile hanno sostenuto la piena applicabilità della fattispecie prevista dall'art. 171-ter lett. f)-bis L 633/41 alla condotta posta in essere dall'imputato, poiché l'installazione di un « modchip » alla consolle comporta di per sé l'elusione delle misure tecnologiche elaborate e adottate dalla casa produttrice Sony a protezione dei propri diritti di esclusiva. L'imputato si è invece difeso sostenendo che la finalità prevalente e principale dei « mod-chips » non è certamente quella di eludere i meccanismi di protezione.

Orbene le argomentazioni della Difesa dell'imputato, ad avviso dello scrivente Giudice, risultano conferenti ed impongono l'assoluzione del ... perché il fatto non sussiste.

NATURA DI PERSONAL COMPUTER DELLA PLAYSTATION 2. — Invero la Playstation 2 nella sostanza è un personal computer, possedendone tutte le caratteristiche. La stessa risulta composta da:

- Microprocessore 128 Bit CPU
- Memoria RAM pari a 32Mbyte
- Scheda Grafica con 4 Mbyte di RAM video
- Lettore DVD/CD 4x 24x
- Porte di comunicazione esterne,
 - 2 porte USB (Universal Serial Bus / Connettore Seriale Universale normalmente utilizzato per connettere Stampanti, Mouse, Tastiere e una indefinita quantità di accessori per Personal Computer)
 - 1 porta FIRE WIRE (Connettore standard per telecamere e periferiche PC veloci)
 - 2 Ingressi Controller
 - 2 Ingressi Memorycard
 - 1 Connettore DIGITAL AUDIO OTTICO
 - 1 Connettore Audio Video per il collegamento al televisore
- Alloggiamento EXPANSION BAY per installazione opzionale di un HARD DISK standard per computer
- Scheda di rete standard per Computer opzionale
- Scheda audio 48 canali 2Mbyte di ram.

Da ciò deriva che le potenzialità intrinseche del prodotto Playstation 2 sono identiche od equiparabili a quelle di un personal computer in grado di poter eseguire qualsiasi tipo di software che un programmatore può elaborare. Come si è visto, l'inserimento della scheda di espansione o modchip consente l'avvio di una diversa modalità operativa alternativa all'originale, che estende la lettura a tutti i software prodotti non solo dalla

Sony, ma da qualunque altro produttore. Del resto, la stessa Sony commercializza un kit per far girare Linux sulla Playstation 2. È noto al riguardo che Linux è un sistema operativo che in quanto tale funziona solamente su personal computer. Ricercando sul sito <http://it.Playstation.com> di proprietà di Sony Computer Entertainment Europe Limited (società che commercializza in Europa il prodotto tecnologico Playstation 2) è infatti possibile constatare che la stessa SONY vende e distribuisce un software Linux per Playstation 2. Si afferma testualmente che: « *Il kit Linux offre a programmatori e appassionati tutto ciò che serve per installare su Playstation 2 una distribuzione completa di Linux, grazie alla quale sarà possibile programmare la console e se lo si desidera, usare la PS2 come un vero e proprio PC* ». Oltre a ciò, per lo sviluppo di videogiochi per Playstation, la Sony rende disponibile un kit di sviluppo, vale a dire un insieme di hardware e software (un linguaggio di programmazione) che permette di realizzare i giochi per la console medesima. In sostanza, è in vendita ad opera della Sony un kit per programmare la Playstation 2. A tale proposito va anche segnalato che la stessa Sony, di fronte alla Comunità Europea che voleva imporre le tasse doganali previste per le consolle (i computer sono invece esenti da dogana) è ricorsa alla Corte Europea sostenendo che si tratta proprio di computer. La Corte Europea di Giustizia, in sede di appello, ha stabilito che effettivamente di computer si tratta (decisione del settembre 2003).

In sostanza ci si trova in presenza di produttori che mettono in vendita delle macchine che i clienti possono usare solo per alcuni scopi (si presume ad essi graditi), ma non per altri.

A fronte di tali argomentazioni non risulta di pregio la contraria asserzione della Parte Civile che la Playstation 2 non può essere considerata un computer.

NATURA DI SOFTWARE DEI VIDEOGIOCHI. — Si ribadisce che in materia di tutela del diritto di autore relativo ai programmi per elaboratore elettronico il D.L.vo n. 68 del 9 aprile 2003 — attuativo della direttiva comunitaria n. 29/2001 — ha introdotto alcune modifiche alla normativa contenuta nella legge 633/1941, prevedendo l'art. 102-*quater*, che ha riconosciuto la possibilità di utilizzare misure tecnologiche di protezione quali dispositivi di accesso, distorsione, cifratura, nonché la lettera *f)-bis* dell'art. 171-*ter*, che tutela le misure di protezione apposte a qualunque opera di ingegno o materiale protetto da diritti connessi.

Ora i prodotti informatici per consolle, vale a dire i videogiochi, vanno considerati a tutti gli effetti software. Ne deriva che nel caso di specie non può trovare applicazione la normativa introdotta dal D.L.vo n. 68/2003, che si riferisce esclusivamente ai fonogrammi ed ai videogrammi, bensì l'art. 171-*bis* della legge 633/41. La lett. *f)-bis* dell'art. 171-*ter* ha invece riscritto le condotte prima tipizzate dall'ultima parte della lettera *d*) (che oggi quindi è limitata alle condotte aventi per oggetto supporti privi del contrassegno S.I.A.E. o dotati di contrassegno contraffatto o alterato), ammettendo che il dispositivo di elusione possa avere anche altri usi legittimi che comunque, al fine di scriminare la condotta, devono risultare prevalenti rispetto a quello di eludere le misure di protezione. In sostanza, la disciplina normativa applicabile al caso in esame deve essere quella di cui all'art. 171-*bis* della legge 633/41 (sulla base della quale troverebbe applicazione la sanzione penale solo ed esclusivamente ove si con-

siderasse il modchip come mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori) e non invece quella di cui all'art. 171-ter (oggi contestato) applicandosi questa ultima disposizione normativa esclusivamente ai fonogrammi e videogrammi. Più nel dettaglio, la normativa comunitaria di cui alla direttiva 29/2001/CE è applicabile espressamente alle sole questioni riguardanti fonogrammi e videogrammi. Conseguentemente essendo i prodotti informatici per « console » da considerarsi giuridicamente come software, tale disciplina non può trovare applicazione nel caso di specie. In definitiva, considerare i videogiochi (sovente molto complessi ed elaborati da un computer potente a seguito di programmazione software molto elaborata) come semplice sequenza di immagini in movimento e suoni pare francamente riduttivo ed inappropriato.

COPIA DI BACK UP. — Altro scopo lecito cui può essere adibito il modchip è quello di permettere la lettura della copia di back up, vale a dire la copia di sicurezza del software che la legge italiana consente di procurarsi. Invero in tema di software è consentito al proprietario del supporto originale contenente il programma per elaboratore concesso in licenza (art. 64-ter n. 2 e 3 L.d.A.) il diritto di effettuare una copia di backup (copia masterizzata) dello stesso. Tale facoltà è espressamente prevista per il solo software (art. 64-ter cpv.), nel cui ampio genus rientrano pure i videogiochi, come sopra diffusamente specificato. In ogni caso, ai sensi dell'art. 71-sexies L.d.A. l'acquirente del videogioco può farne una copia per fini privati.

CONCLUSIONI. — Si è già più volte precisato che la scheda di espansione modchip opera aggiungendo un'informazione software atta a permettere alla Playstation 2 di eseguire altri software oltre a quelli distribuiti dalla Sony Computer Entertainment Europe Limited ampliando, quindi, le potenzialità della console. Tale scheda non può essere considerata come destinata in via prevalente o principale alla elusione delle misure di protezione del diritto d'autore contenute nei supporti dei giochi. La funzione primaria e prevalente del chip non è quella di consentire l'uso di copie « pirata », bensì di utilizzare la Playstation in tutte le sue potenzialità, in quanto, si rimarca ulteriormente, il chip serve: — a leggere dischi di importazione; — a leggere dischi prodotti da società diverse da quella che ha prodotto la Playstation; — a leggere la copia di sicurezza del software che la legge italiana consente di procurarsi; — a leggere supporti di contenuto diverso da quello originariamente previsto, ma sicuramente legali; — a consentire in definitiva di sfruttare tutte le potenzialità della Playstation come computer.

Ultima questione su cui occorre soffermarsi, e connessa a tutte le problematiche sopra esaminate, è se il produttore di una macchina possa inibirne un uso diverso da quello da lui voluto, tenuto conto del noto principio civilistico che chi è proprietario di un bene può goderne nel modo più ampio ed esclusivo. Ritiene il Giudicante che colui che acquista una Playstation, come ogni altro personal computer, possa modificarla, in quanto proprietario, ampliandone le funzionalità. L'acquirente per legge deve essere libero di disporre del bene nel modo più ampio ed esclusivo. In conclusione, il modchip facoltizza l'acquirente della macchina ad una serie di funzioni legittime (l'accesso al sistema da parte del legittimo proprietario

dell'hardware, nel rispetto del diritto d'autore, utilizzo di software legalmente acquistato all'estero nel pieno rispetto della legge sul diritto d'autore, lettura di software liberamente sviluppato da programmatori di tutto il mondo e messo a disposizione gratuitamente, esecuzione di una copia di sicurezza del supporto esercitando una facoltà prevista dalla legge).

Ad onor del vero, l'imputato era anche consapevole che una delle funzioni del modchip poteva essere *contra legem*, e causare problemi di uso illecito di questo apparato.

Per questo motivo i clienti della Hardstore venivano invitati a sottoscrivere delle liberatorie e comunque non è mai stata fornita alcuna informazione per usi illeciti. All'atto della perquisizione nei confronti del ... non è stato rinvenuto nulla di abusivamente riprodotto. Inoltre la Hardstore nel proprio sito internet prende le distanze in modo espresso dagli usi illeciti.

Ne consegue che si impone una pronuncia assolutoria perché il fatto non sussiste.

Stante la particolare complessità della stesura della motivazione, *ex art.* 544 comma 3 c.p.p. si è indicato in giorni 45 il termine per il deposito della sentenza.

P.Q.M. — Visto l'art. 530 c.p.p. assolve l'imputato ... dal reato a lui in rubrica ascritto perché il fatto non sussiste;

Restituzione dei beni ancora in giudiziale sequestro al passaggio in giudicato della sentenza;

Visto l'art. 544, comma 3 c.p.p. indica giorni 45 per il deposito della motivazione della sentenza.

**LE MISURE
TECNOLOGICHE DI
PROTEZIONE NELLA
DISCIPLINA DEL DIRITTO
D'AUTORE: PROBLEMI E
PROSPETTIVE DI RIFORMA**

1. IL CASO.

Il Tribunale di Bolzano torna a pronunciarsi su un caso cui sono sottese diverse problematiche giuridiche inerenti la materia dei diritti d'autore e connessi¹.

L'oggetto della contesa si riferisce alle misure tecnologiche di protezione².

L'acronimo MTP, secondo un primo generico significato, individua la generalità degli strumenti, variamente configurati, attraverso i quali i titolari dei diritti d'autore e connessi tentano di limitare ed impedire

¹ La sentenza è pubblicata anche nella rivista *Dir. dell'Internet*, 2003, 3, 269, con nota di 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*.

Il caso registra una pluralità di precedenti. Alcuni di questi si riferiscono a fatti

pressoché analoghi: Trib. Bolzano, 28 gennaio 2005, in *Dir. dell'Internet*, cit; Trib. Bolzano ord., 31 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 259, con nota di CHIAROLLA; ed in *Giur. it.*, 2004, 1452, con nota di RICOLEFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana*; ed in *Giur. Merito*, 2004, 552, con nota di

atti di fruizione non autorizzati³. Nel nostro ordinamento l'elusione a fine di lucro di tali dispositivi costituisce un reato⁴.

Ed è così che, nel caso di specie, al legale rappresentante di una società viene contestato il delitto di cui all'art. 171-ter, lett. f-bis⁵, L. 633/1941 (d'ora in avanti l.d.a.), per aver egli posto in commercio delle schede di

BIAN, *Modifica di « Playstation » e reato di commercializzazione d'opera modificata*; ed in *Dir. e Giust.*, 2004, 3, 79, con nota di IASELLI, *Non è reato taroccare la Playstation*. Tra i precedenti si registra una pronuncia non reperibile (essa è solo citata nella predetta ordinanza — 31 dicembre 2003 — del Tribunale di Bolzano in questi termini: Trib. Vicenza, 27 giugno 2003 nr. 53/03). Possono, inoltre, citarsi una serie di pronunce assimilabili a quella in commento: cfr. Cass. pen., 7 aprile 2004, Vullo, in *Foro it.*, 2004, II, 479, con nota di CASO, *Il (declino del) diritto d'autore nell'era digitale: dalle misure tecnologiche di protezione al « Digital Rights Management »*; Cass. pen., 2 luglio 2004, in *Diritto pen.*, 2005, 3, 324, con nota di GUERRA, *Pay-tv tra tutela giuridica delle misure di protezione e principio della « principale finalità elusiva »*; Trib. Vicenza, 30 settembre 1997, in *Foro it.*, 1999, voce *Diritto d'autore*, n. 214.

² In realtà, come emergerà nel prosieguo, svariati sono i temi suscitati dalla pronuncia del Tribunale di Bolzano, molti di essi già ampiamente dibattuti in occasione dei commenti alle precedenti decisioni in materia. Per fare alcuni esempi, si pensi a quello della qualificazione giuridica dei videogiochi che in questo lavoro trova solo un accenno (cfr. nota 19); a quello relativo alla copia di sicurezza del software che la legge italiana consente all'acquirente di procurarsi, ed al suo rapporto con le limitazioni che derivano dall'installazione di misure di protezione. A questi argomenti se ne aggiungono numerosi altri riferibili alle MTP: sul rapporto tra misure tecniche di protezione e contratto cfr. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, Cedam, 2004, la cui versione digitale (Trento, 2006) è disponibile in rete. Per una panoramica generale di tutti i problemi sollevati dai sistemi di protezione, anche in chiave comparatistica, cfr. TASSONE, *DRM e rifiuto di licenza nel caso Virgin v. Apple: questione di fair play?*, in *AIDA*, 2005, 276; FROSIO, *Copyright, internet e misure tecnologiche di protezione: è la macchina la risposta alla macchina?*, in *Cyberspazio e diritto*, 2004, IV, 357; MORETTI, *Misure Tecnologiche di protezione delle opere e tutela del*

« consumatore », in *IDA*, 2004, I, 43; SPEDICATO, *I Digital Rights Management Systems tra produzione e diffusione di opere dell'ingegno*, in *Cyberspazio e diritto*, 2004, V, III, 273; DE SANCTIS, *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni*, in *IDA*, 2003, I, 1 ss.; TRIPALDI, *Digital Rights Management: come affrontare la salvaguardia del copyright nell'era digitale*, 2002, 8, disponibile in rete all'indirizzo <http://www.borsaitaliana.it/opsmedia/pdf/11656.pdf>; CERINA, *Protezione tecnologiche delle opere e sistemi di gestione dei diritti d'autore nell'era digitale: domande e risposte*, in *Dir. ind.*, 2002, 588; FINOCCHARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, in *AIDA*, 2002, 280 ss.; MORELATO, *Strumenti informatici per la protezione del diritto d'autore*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001, 731; RICOLFI, *A Copyright for Cyberspace? The European Dilemmas*, in *AIDA*, 2000, 443; MARZANO, *Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità on line: il diritto d'autore risponde alle sfide di internet*, in *IDA*, 1998, 149 ss.

³ La definizione di MTP (Misure Tecnologiche di protezione) su proposta ritrae quella di DUSOLLIER, *Electrifying the Fence. The Legal Protection of Technological Measures for Protecting Copyright*, in *EIPR*, 1999, 285 ss. (ove vengono descritte le singole tecniche di protezione illustrate nel prosieguo del presente commento). Nella dottrina italiana v. CASO, *Digital Right Management*, cit., 5 ss.; FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, cit.. Appare necessario fare subito delle considerazioni sulla dicotomia DRMS (*Digital Rights Management Systems*) e MTP. Nel nostro ordinamento la categoria giuridica prevista è solo quella che va sotto l'acronimo MTP. I sistemi DRM inizialmente venivano considerati solo una metodologia applicativa delle misure tecniche di protezione (cfr., FINOCCHIARO, cit., 285). Oggi quando si parla di DRMS ci si riferisce ad un fenomeno in via di diffusione, strettamente connesso allo sviluppo della tecnologia. Un sistema di DRM diviene uno strumento attraverso cui il titolare dei diritti riesce a controllare l'utilizzo

espansione (dette *modchip* o *chip convertitor*) grazie alle quali la console Playstation (prodotta dalla Sony) riesce a realizzare una serie di funzionalità precluse all'utilizzatore dalla società produttrice, tra cui la riproduzione di supporti contenenti giochi abusivamente duplicati.

Il ragionamento svolto dal magistrato altoatesino conduce ad una pronuncia assolutoria: il fatto — cioè, l'asserita commercializzazione di un dispositivo avente una prevalente finalità elusiva di misure di protezione — viene ritenuto non sussistente.

Le argomentazioni offerte partono da una ricognizione della normativa chiamata in causa che viene individuata in tre disposizioni della legge sul diritto d'autore (art. 102-*quater*⁶, art. 171-*bis*⁷ e art. 171-*ter*, lett. *f-bis*).

che l'utente fa dell'opera, risolvendosi in una serie di clausole digitali alternative a quelle scritte. In altre parole, i DRMS sono sistemi che non si limitano più ad impedire all'utente la copia o altri utilizzi dell'opera, così realizzando una funzione destinata alla mera protezione del supporto tutelato, quanto piuttosto mirano a conformare l'uso dell'informazione. Detto in positivo, le nuove tecnologie digitali « consentono di predeterminare come, dove e quando l'informazione potrà essere fruita ». In questi termini, i due acronimi non possono considerarsi espressione dello stesso significato. Le parole e i rilievi evidenziati sono tratti da CASO, *Il (declino del) diritto d'autore nell'era digitale*, cit. Gli argomenti vengono poi sviluppati anche in CASO, « *Digital Rights Management* »: *il potere tecnologico ai confini tra contratto e norma*, in G. PASCUZZI, *Diritto e tecnologie evolute nel commercio elettronico*, Padova, Cedam, 2004, 43 ss. Il passaggio dalle misure tecniche ai sistemi DRM e le problematiche connesse a tali ultime evolute tecnologie vengono trattati in McCULLAGH-HOMSI, *Leave DRM Alone: a Survey of Legislative Proposals Relating to Digital Rights Management Technology and Their Problems*, Mich. St. L. Rev. 317 (2005); BECHTOLD, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, 52 Am. J. Comp. L. 323; BURK, *Anticircumvention Measure*, 50, UCLA L. REV., 1095, 2003; DUSOLLIER, *Electrifying the Fence. The Legal Protection of Technological Measures for Protecting Copyright*, cit.; SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anticircumvention Regulation need to be revided*, Barkley Tech. Law journal, XIV, I, 1999; COHEN, *Some Reflection on Copyright Management Systems and Laws designed to Protect them*, Berkeley Tech. L.J. 161 (1997).

⁴ Le norme di riferimento deputate a punire l'elusione a scopo commerciale dei dispositivi tecnici sono due: in ordine l'art.

171-*bis* e l'art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, L. 633/1941 (v. *infra*). Per un primo approccio alla disciplina penalistica del diritto d'autore, cfr. PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, Utet, 1999; PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, Padova, Cedam, 2006. In quest'ultima opera, sono indicative le ultime due sezioni che si riferiscono agli artt. 615-*ter* (che punisce l'illecito accesso ad un sistema informatico protetto da misure tecniche) e 615-*quater* (che punisce la detenzione abusiva di codici di ingresso e quant'altro idoneo a consentire l'ingresso in un sistema informatico protetto da misure tecniche) del Codice Rocco.

⁵ La norma di cui all'art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a. punisce chiunque « fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adottati o realizzati con la finalità di rendere possibili o facilitare l'elusione di predette misure... ». Per un commento si rinvia a UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, estratto da *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, Cedam, 2004, 390.

⁶ L'art. 102-*quater* l.d.a. è disposizione chiave in materia di MTP. Essa stabilisce che:

« 1. I titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-*bis*, comma 3, possono apporre sulle opere e sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi e i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati ad impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti.

Si dice che il riconoscimento normativo delle misure tecnologiche si è avuto nel nostro sistema con l'introduzione dell'art 102-*quater* l.d.a., norma che ha previsto la possibilità di utilizzare dispositivi a protezione di qualunque opera dell'ingegno, e che tali dispositivi sono tutelati dalla previsione di una fattispecie delittuosa *sub* art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a. La delineazione appena operata delle regole applicabili viene però subito contraddetta: si afferma, infatti, che poiché i videogiochi sono a tutti gli effetti dei programmi per elaboratore (e, dunque, non costituiscono una semplice « sequenza di immagini »), la norma applicabile al caso specifico non deve ravvisarsi in quella contenuta nel capo di imputazione — appunto, l'art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a. che « si riferisce ai soli fonogrammi e videogrammi » — bensì nell'art. 171-*bis* l.d.a. che riguarda l'elusione delle protezioni tecniche poste a tutela dei *software*.

Nonostante siffatto ragionato inquadramento delle disposizioni, il procedimento di sussunzione — con discutibile coerenza⁸ — involge la norma (art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a.) che, in base all'impostazione seguita dal Tribunale, sarebbe applicabile ai soli fonogrammi e videogrammi, con la conseguenza che l'interrogativo chiave del processo diviene quello di verificare se o meno l'installazione del *modchip* nel caso specifico avesse una prevalente finalità elusiva.

Ciò viene escluso sulla base dell'individuazione di una serie alternativa di finalità asseritamente lecite (lettura della copia di *back up*; riproduzione di giochi provenienti da un'area territoriale differente da quella da cui si è acquistata la console⁹; installazione di un sistema operativo alternativo ecc.)¹⁰, che degrada a fine solo marginale quello elusivo.

2. Le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo antiaccesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione.

3. Resta salva l'applicazione delle disposizioni relative ai programmi per elaboratore di cui al capo IV sezione VI titolo I».

Un primo commento della disposizione, corredato da una serie di richiami ad ulteriori studi, possono essere letti in UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, cit., 276.

⁷ L'art. 171-*bis*, comma 1, l.d.a. recita:

« Chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla società italiana degli autori e degli editori, è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa

da euro 2.500,00 a euro 5.000,00. La stessa pena si applica se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa di 15.000,00 euro se il fatto è di rilevante gravità ».

Per un commento della previsione considerata cfr. UBERTAZZI, *La Legge sul diritto d'autore*, cit., 372; MONTELEONE, *Note a margine del novellato art. 171-bis* della recente legge italiana sul diritto d'autore, in *Cyberspazio e diritto*, 2000, I, IV, 499.

⁸ A tal riguardo è importante sottolineare come nessun ostacolo impediva di qualificare diversamente l'ipotesi di reato in base al disposto dell'art. 521, comma 1, c.p.p. così come modificato dalla L. n. 144 del 2000.

⁹ La misura tecnologica adottata dalla Sony è espressione di una precisa strategia di mercato adottata dalla società produttrice, che ha suddiviso il mondo in quattro zone di mercato (America, Asia, Europa e Australia). In forza di tale suddivisione, le Playstation distribuite in America non possono leggere supporti provenienti da al-

Per questi motivi viene deciso il proscioglimento dell'imputato, sottolineando che una tale pronuncia risponde di fatto ad una istanza di giustizia, posto che nella fattispecie la installazione delle misure tecniche considerate — trascendendo il fine proprio per cui viene ritenuta lecita — sarebbe consistita in una restrizione unilateralmente imposta dal produttore al diritto proprietario, come tale incompatibile con le norme di diritto comune.

È intuitivo scorgere quanti temi vengono sollevati dalle argomentazioni del Tribunale. L'indagine, per evidenti motivi, terrà conto dei più rilevanti che, in definitiva, verranno individuati nelle tematiche che assumono uno spessore più generale. Dopo una breve parentesi su alcune questioni preliminari, la cui trattazione si rende indispensabile per comprendere appieno tutte le questioni analizzate dal Tribunale, l'attenzione verrà concentrata sulla categoria generale delle misure tecnologiche di protezione, delineando una sistematica della normativa in materia; l'ul-

tre zone di mercato, in virtù della diversità dei codici contenuti nei videogame. Inoltre, per rafforzare la strategia, la Sony ha previsto differenti modi di collegamento al televisore a seconda del luogo in cui viene commercializzata la console. Mentre, per esempio, in America il collegamento al proiettore avviene mediante sistema NTSC, in Europa si usa il metodo PAL o SECAM.

¹⁰ Rilevi critici sulla liceità delle attività elencate in sentenza sono evidenziati da 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.; RICOLFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana*, cit.; CHIAROLLA, cit. A proposito della copia di back up cfr. RICCIO, *Privati della copia privata? A proposito di una recente sentenza della cassazione francese*, in *Diritto dell'internet*, 2006, 3, 237. Circa la lettura di dischi importati cfr. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in ABRIANI-COTTINO-RICOLFI, *Diritto industriale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, Cedam, 2001, 335 ss.; sui restanti usi RICOLFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, modchips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana*, cit. Di là dall'analizzare l'intrinseca liceità dei singoli ulteriori utilizzi consentiti dal chip, operazione questa che si è voluta tralasciare richiedendo un significante dispendio di argomentazioni che dilungano di molto l'analisi, qui vuole sottolinearsi che l'elencazione fornita deve considerarsi solo rappresentativa: viene in mente di considerare un utilizzo della scheda di espansione —

verosimilmente lecito — non citato nella pronuncia e legato ad un possibile uso della console fuori dallo spazio di mercato in cui la stessa è stata acquistata. Ebbene, in questa ipotesi l'utilizzatore dell'*hardware* non potrebbe fare uso di dischi acquistati nell'area territoriale ove si è trasferito se non attraverso l'aggiornamento mediante il *chip* delle MTP predisposte dalla Sony. L'alternativa sarebbe quella di acquistare una nuova Playstation prodotta nell'area territoriale di destinazione. Si generano, al riguardo, seri dubbi sulla legittimità della pratica del frazionamento del mercato operata dalla Sony. Su questi temi, cfr. RICOLFI, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. Ind.*, 2001, 1, 149; ROMANO, *Discussione di alcune relazioni in tema di Opere dell'ingegno e Antitrust*, in *AIDA*, 2001, 253. Sugli effetti che l'impiego di DRMS può avere dal punto di vista della normativa antitrust, cfr. TASSONE, *DRM e rifiuto di licenza nel caso Virgin v. Apple: questione di Fair Play?*, cit. Lo studio prende le mosse da un recente caso sottoposto al *Conseil de la Concurrence* francese in cui la *Virgin* aveva lamentato la mancata concessione da parte della *Apple* di una licenza per l'utilizzo di un sistema DRM (dal nome ambiguo *Fair Play*) che impediva al lettore Mp3 *iPod* la riproduzione di file musicali diversi da quelli scaricati o acquistati dal programma *iTunes* (*iTunes* ed *iPod* sono prodotti dalla *Apple*). L'Autorità francese ha escluso che con questa pratica si sia configurato in capo alla *Apple* un abuso di posizione dominante sul presupposto della non essenzialità della risorsa contesa (cioè il DRM *Fair Play*). L'accesso al DRM in questione non è stato, infatti, ritenuto essenziale al fine di concorrere nel mercato della musica.

tima parte del lavoro sarà dedicata ad un rapido sguardo alle problematiche suscitate nell'ordinamento statunitense dai dispositivi di protezione.

2. LE PRINCIPALI TIPOLOGIE DI MISURE TECNOLOGICHE E IL PROBLEMA DELL'INDIVIDUAZIONE DEL BENE PROTETTO ALLA LUCE DEI TIPI E DELLE MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DELLE MTP.

Due sono le questioni preliminari che meritano di essere premesse allo studio svolto.

La prima concerne l'individuazione dell'opera protetta dalla misura tecnica in questione; la seconda attiene alla sua qualificazione giuridica.

L'occasione si rivela utile per riempire di contenuti la definizione di misure tecniche offerta in precedenza.

Tradizionalmente le stesse vengono distinte in misure antiaccesso e misure anticopia¹¹. Le prime mirano a consentire l'accesso solo a soggetti autorizzati, controllandone il primo o i successivi attraverso un codice d'ingresso. Le tecniche che possono essere utilizzate per questo fine sono varie: a titolo puramente esemplificativo si possono menzionare il *watermarking*, la crittografia, il *metering systems*, l'ECMS (*Electronic Copyright Management Systems*) ed infine le tecniche DRMS (*Digital Rights Managements Systems*)¹².

Le misure anticopia, a loro volta, limitano il numero di copie — talvolta escludendolo in maniera assoluta — che può essere effettuato di un'opera. Un esempio è costituito dall'SCMS (*Serial Copy Management System*)¹³.

¹¹ Bisogna subito avvertire che la classificazione che suddivide le misure tecniche in misure antiaccesso ed anticopia non è tecnicamente ineccepibile. Infatti, all'interno della categoria delle misure anticopia vengono ricomprese anche tutte quelle misure il cui fine non è legato alla tutela e limitazione della possibilità di copiare il supporto. L'espressione è, dunque, riduttiva e fuorviante (cfr. CASO, *Digital Rights Management*, cit., 139). Ciononostante questa impostazione è presente in tutte le esperienze legislative nazionali ed adoperata, per comodità, dalla maggior parte della dottrina.

Per rilievi di carattere generale sul tema cfr. VINJE, *Copyright Imperilled?*, in *EIPR*, 1999, 192 ss.; DUSSOLIER, *Electrifying the Fence*, cit.; FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, cit., 284.

¹² La tecnica del *watermarking* aggiunge una sorta di tatuaggio digitale all'opera, il quale può essere visibile o invisibile, identificando sia l'opera che il titolare dei diritti (cfr. LAL, *Digital Copyright and Watermarking*, in *EIPR*, 1999, 171; CUNECATTI, *Aspetti legali dell'opera multimediale*, Milano, Giuffrè, 223; CASO, *Digital Right Management*, cit., 17). Attraverso

l'applicazione di tecnologie crittografiche la fruizione dell'opera è consentita solo a chi sia in possesso della chiave di decifrazione (sulla tecnica della crittografia cfr. TRIPALDI, *Digital Rights Management: come affrontare la salvaguardia del Copyright nell'era digitale*, cit., 14; STALLINGS, *Crittografia e sicurezza delle reti. Standard, tecniche, applicazioni*, Milano, Giuffrè, 2004). Il *metering system* è una tecnica che consente la registrazione di tutti gli utilizzi di un'opera, mentre le tecniche ECMS identificano il supporto protetto monitorandone l'utilizzo. Infine, ci sono le tecniche DRM che sono considerate le più evolute. Attraverso le stesse, si è detto, i titolari possono realizzare un controllo più efficace dell'opera, controllo che di fatto si risolve in una limitazione dell'utilizzo consentito al fruitore. Per una panoramica completa sul funzionamento e sulle problematiche sollevate dai sistemi DRM si rinvia a CASO, *Digital Rights Management*, cit.; McCULLAGH-HOMSI, *Leave DRM Alone: a Survey of Legislative Proposals Relating to Digital Rights Management Technology and Their Problems*, cit.; BECHTOLD, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, cit.

¹³ Sulle misure anticopia in generale e

L'applicazione di una tecnica o dell'altra dipenderà dalla natura dell'opera protetta. Così, se l'opera è un *file* di testo, potranno applicarsi tecniche crittografiche sul contenuto, quali la firma digitale, per assicurare l'integrità del testo o l'autenticazione dell'autore o del destinatario dell'opera. Ed ancora, se l'opera è un'immagine o una composizione musicale si potranno applicare il *digital watermark* o il *fingerprint*, o utilizzare strumenti antidigitalizzazione.

Come si vede, la protezione di un'opera è quasi sempre garantita dall'utilizzo congiunto di plurime misure tecniche: è proprio quanto avviene nel caso considerato¹⁴.

Il dispositivo applicato dalla Sony non solo agisce su un duplice livello — operando sia sulla console che sul supporto contenente il gioco — ma si avvale di più tecniche di protezione. Volendola ridurre a misura unitaria bisognerebbe qualificarla al tempo stesso misura antiaccesso ed anticopia¹⁵.

In presenza di queste caratteristiche l'interrogativo circa l'individuazione del bene protetto diviene di non facile soluzione.

L'alternativa è quella di considerare l'interazione tra il dispositivo applicato alla console ed i codici incorporati nei singoli supporti mobili o quale misura di protezione dei videogiochi, o quale strumento di controllo dell'uso della console (in questo caso assimilabile ad un sistema DRM) o, infine, misura di tutela di entrambi. A seconda della scelta operata dovrebbero affrontarsi tematiche differenti¹⁶.

sui sistemi SCM cfr. ORLANDI, *Disciplina della riproduzione e dispositivi anticopia*, in AIDA, 1999, 32; CLARK, *The Answer to the Machine is the Machine*, in HUGENHOLZ, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Law International, 1996, 139.

¹⁴ Per alcuni dettagli tecnici sul modo in cui opera il sistema di protezione applicato sulla Playstation e su come il medesimo viene « aggirato » dal *chip convertitor* cfr. <http://www.modchip.it>. Il funzionamento della misura è anche illustrato da RICOLFI, *Videogiochi che passione*, cit. In sostanza, la misura si avvale di una duplicità di codici contenuti nel videogioco che individuano sia l'originalità del gioco e sia l'area in cui lo stesso viene commercializzato. Il gioco viene riprodotto solo quando il *Boot ROM* contenuto nella console verifica la rispondenza dei predetti codici ai codici che esso è deputato ad accettare.

¹⁵ La misura tecnologica descritta, infatti, realizza plurimi obiettivi protettivi: evita la duplicazione abusiva dei videogiochi rendendo inutilizzabile un *compact disk* illecitamente riprodotto; restringe le modalità di utilizzo della Playstation che, a livello *hardware*, possiede tutti i requisiti di un PC; ostacola la commercializzazione di dischi di importazione, così favorendo

le politiche commerciali della società produttrice.

¹⁶ Per esempio, nell'ipotesi in cui il dispositivo in esame venisse inquadrato quale misura incidente sulla console dovrebbero svilupparsi e commentarsi le argomentazioni sostenute dal Tribunale nella parte finale della motivazione, ove l'installazione delle MTP e le limitazioni che ne derivano vengono ritenute in conflitto con il diritto proprietario sulla console. Si dovrebbe, in altre parole, analizzare il rapporto tra le limitazioni introdotte per mezzo dei dispositivi tecnologici e il diritto di proprietà. Cenni sul punto possono rinvenirsi in RICOLFI, *Videogiochi che passione! Console proprietarie, mod-chip e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana*, cit., 1456. L'A. rileva che, di primo acchito, considerazioni di questo genere sembrano confondere il piano del diritto civile generale con quello del diritto dei beni immateriali. Concetti validi nel primo ambito non trovano applicazione quando il bene sia una *res incorporalis*. D'altro canto, viene sottolineato che la modificazione del *software* della console (dato che in alternativa di questo si può parlare) amplia le funzionalità della piattaforma senza ampliare il numero dei fruitori della stessa e, dunque, non interferisce con le facoltà esclusive riconosciute dalla legge al titolare del

Il Tribunale ritiene che la misura applicata sia diretta ad accertare l'autenticità dei supporti contenenti videogame¹⁷, spostando l'indagine sulla qualificazione giuridica di tale opera dell'ingegno.

In motivazione si legge che, escludendosi la natura di semplice sequenza di immagini, « i prodotti informatici per console vanno considerati a tutti gli effetti *software* ». Nonostante tale conclusione non sia sostenuta da alcun ragionamento, non è difficile individuare le fonti da cui trae fondamento¹⁸.

programma negli artt. 64-bis e seguenti l.d.a.

¹⁷ Questa è appunto l'opinione seguita. Occorre evidenziare, tuttavia, che molti elementi — quali le accennate considerazioni conclusive sul rapporto tra misure tecnologiche e diritto di proprietà — inducono a ritenere che tale scelta non si sia risolta in una presa di posizione definitiva. Il dubbio su quale sia il supporto su cui influisce la misura tecnica applicata dalla Sony non viene, dunque, risolto una volta per tutte dal Tribunale di Bolzano. Analoghe considerazioni valgono per le precedenti pronunce. Anche in dottrina la scelta non pare essere definitiva: in RICOLFI, *Videogiochi che passione!*, cit., si legge « Anche se, per raggiungere questo scopo, la misura di protezione deve operare sia sul versante della console che su quello del videogioco, il dispositivo pare avere la finalità non già di proteggere il programma operativo della console quanto quella di impedire usi non autorizzati del videogioco ».

¹⁸ Ed infatti, la tesi della natura di *software* dei videogiochi è molto seguita sia in dottrina che in giurisprudenza. Tra le tante cfr. Pret. Roma, 5 dicembre 1987, in *Riv. pen. economia*, 1989, II, 56, con nota di PASTORE; Trib. Monza, 19 gennaio 1995, in questa *Rivista*, 1996, 74, con nota di PICCOLO; Cass. pen., sez. III, 4 luglio 1997, n. 8236, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1998, 28; Trib. Genova, 26 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, II, 716, con nota di FRIGNANI-GANDIN; Cass. pen., sez. III, 26 marzo 1999, n. 1204, in *Diritto d'autore*, 1999, 489. A questa fanno da *pendant* altre due differenti impostazioni. Quella che, facendo leva sulla genericità della locuzione « sequenza di immagini in movimento », riconduce i programmi per elaboratore a questa categoria di opere dell'ingegno. In questo senso cfr. Trib. Torino, 17 ottobre 1983, in *Riv. dir. ind.*, 1983, II, 479, con nota di SENA; Pret. Milano, 18 ottobre 1985, in *Dir. informatica*, 1986, 182, con nota di RISTUCCIA; Cass. pen., 26 aprile 1999, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 22. Infine, quella a cui si è deciso di aderire e che riconosce la natura com-

plexa dei videogiochi escludendo la riconducibilità all'una o all'altra delle categorie di opere descritte. Tra i vari sostenitori dell'indirizzo cfr. Cass. pen. 24 maggio 1999, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 22, con nota di CHIMIENTI, *I videogiochi sono opera dell'ingegno tutelati dalla legge sul diritto d'autore*; RICOLFI, *Videogiochi che passione!*, cit., 1454; GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, 1997, Padova, Cedam, 142; UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, estratto da *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., 388. Le argomentazioni a sostegno della natura complessa dei videogiochi sono differenti. In questa sede, conviene solo evidenziare due punti chiave: anzitutto quello per cui si ritiene non assorbente la previsione di cui all'art. 5, comma 1, lett. b), del D.P.C.M. 11 luglio 2001, n. 338 che qualifica i « programmi destinati alla lettura ed alla fruizione su apparati specifici per videogiochi, quali Playstation o console comunque denominati » come programmi per elaboratore, in quanto la norma circoscrive detta qualificazione solo « ai fini dell'applicazione del comma 1 dell'art. 181-bis » l.d.a. Inoltre, la dottrina e la giurisprudenza non hanno mancato di evidenziare che, anche con riferimento alla disciplina del c.d. bollettino SIAE, cui l'inciso in questione fa riferimento richiamando l'art. 181-bis l.d.a., sussistono differenze tra i videogiochi e *software*. In questo senso, cfr. Cass., 29 aprile 1999, in *Dir. ind.*, 1999, 367; Cass., 15 giugno 1998, n. 1511, in *AIDA*, 1999, 582 con osservazioni di CHIAVANO. L'altro rilievo attiene proprio alla struttura dei videogame che si scompongono in un *software* ed in una serie di immagini, suoni ed effetti tutti « mossi » dal programma. Così configurati i giochi sembrerebbero sussumibili alla categoria delle « opere multimediali », espressione questa di nuovo conio e che sembra essere più di ogni altra adatta a riferirsi ai giochi per console (cfr. UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, estratto da *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., 388).

In questa sede, non conviene soffermarsi sulle varie tesi sostenute circa la natura dei videogiochi, quanto piuttosto individuare le ragioni per cui deve ritenersi non corretta la qualificazione di tali supporti quali *software*.

Non può, difatti, sostenersi tale argomento in base ad un semplice riscontro: se da un lato non vi è dubbio che per consentire alla console di proiettare in modo interattivo le immagini, i suoni ed i testi che li compongono i videogiochi impiegano un *software*, dall'altro non deve confondersi il programma di cui l'opera si avvale con il risultato creativo finale¹⁹.

Questa considerazione assume carattere assorbente per il prosieguo del presente commento.

In ordine logico, infatti, non rimane che determinare l'ambito applicativo delle previsioni di cui agli artt. 171-*bis* e 171-*ter* (tra le quali verrà individuata quella applicabile ai videogiochi). Per far ciò, diviene necessaria una ricostruzione del processo storico-legislativo culminato nelle disposizioni tuttora vigenti, che ha interessato la normativa sulle protezioni tecnologiche.

3. LA NORMATIVA SULLE MISURE TECNICHE DI PROTEZIONE: AMBITO APPLICATIVO E RATIO LEGIS.

Questo approfondimento appare necessitato anche alla luce delle affermazioni sostenute dal Tribunale di Bolzano le quali, sebbene trovino una esimente nella farraginosità delle disposizioni normative riferibili alla categoria delle misure tecnologiche, non possono essere condivise²⁰.

Deve anzitutto premettersi che, diversamente da quanto sostenuto, il riconoscimento legislativo dei dispositivi di protezione può farsi senza dubbio risalire alla direttiva 91/250/CE ed al correlativo decreto di recepimento sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore. Nel nostro ordinamento viene introdotta una norma che punisce « la rimozione arbitraria e la elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un programma per elaboratori » (art. 171-*bis* l.d.a.)²¹.

¹⁹ Le parole sono tratte da UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, estratto da Commentario breve al diritto della concorrenza, cit., 388.

²⁰ È sicuramente utile ricostruire schematicamente l'iter argomentativo seguito dal Tribunale: esso, alla luce degli argomenti fin qui trattati, risulterà sicuramente più comprensibile. Questo in breve: si ritengono gli artt. 171-*bis* e 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a. applicabili alle condotte elusive di MTP poste a tutela rispettivamente dei *software* e dei fonogrammi e videogrammi; i videogame sarebbero qualificabili quali *software* ma ciononostante viene ritenuta applicabile la seconda delle due norme, che — come si dirà — è meno favorevole all'imputato. Come si vede, alcuni passaggi risentono di qualche imprecisione.

²¹ L'art. 171-*bis* l.d.a., introdotto nella legge sul diritto d'autore dal d. Lgs. 518/1992 (pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 306 del 31 dicembre 1992 n. 306, S.O. n. 138), nel suo secondo periodo da attuazione all'art. 7 della direttiva 91/250/CE ove si richiedeva agli Stati membri di adottare « appropriate misure » nei confronti di chi avesse messo in circolazione o avesse detenuto a scopo commerciale « qualsiasi mezzo unicamente inteso a facilitare la rimozione o l'elusione di dispositivi tecnici eventualmente applicati a protezione di un programma ». Sull'art. 171-*bis* si rinvia a PARODI-CALICE, *Responsabilità penali e internet*, Milano, Giuffrè, 2001; PICA, *Reati informatici e telematici*, in *Dig. pen., Agg.*, 521 (l'autore esprime, tra l'altro, dubbi sull'opportunità della fattispecie); RISTUCCIA-ZENO ZENCOVICH, *Il software nel-*

Il concetto di misura tecnica di protezione, inizialmente concepito come strumento inteso ad ostacolare l'abusiva duplicazione di *software* (in sostanza, assumendo le vesti di una misura anticopia), viene dunque utilizzato dal nostro legislatore ancor prima dell'intensificarsi del dibattito internazionale su questo tema²².

Di fatto²³, però, l'origine delle norme sulle misure tecniche di protezione deve individuarsi nei trattati WIPO (*World Intellectual Property Organization*), adottati il 20 dicembre 1996²⁴.

Entrambe le fonti sovranazionali contengono espliciti riferimenti alle misure tecniche di protezione, non più intese come misure anticopia aventi una finalità prevalentemente difensiva, ma quali strumenti atti a perseguire una serie variegata di obiettivi, garantendo al titolare dei diritti un controllo sull'opera a lui riferibile.

L'iniziativa della WIPO influenzerà il legislatore comunitario nell'adozione della direttiva 2001/29/CE (altrimenti nota come EUDC), sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione²⁵.

la dottrina, nella giurisprudenza e nel D.Lgs. 518/1992 — Con sessantacinque decisioni di giudici italiani, II ed., Padova, Cedam, 1993.

²² La dottrina è concorde nel ritenere che la disposizione in oggetto abbia, infatti, riconosciuto normativamente solo una sottocategoria delle misure tecniche di protezione, ovvero le misure anticopia (cfr. FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazione sul regime dei diritti*, cit., 284; DOUSSOLIER, *Electrifying the Fence*, cit., 286). Questa considerazione appare corroborata da un rapido *excursus* storico che mette in risalto come la norma, travasando le condotte già previste dal nostro legislatore con la l. 406/1981 per la pirateria fonografica, si inserisca nel filone delle disposizioni votate alla repressione delle condotte di illecita duplicazione del *software*. La previsione considerata offre una tutela di tipo anticipatorio, ossia atta a scongiurare anche solo l'illecita possibilità di duplicazione abusiva del supporto (in questo senso CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore, aggiornato con la direttiva 2001/29/CE e con il D.Lgs. 68/2003*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2004; PARODI-CALICE, *Responsabilità e internet*, cit., 234).

²³ Per completezza deve ricordarsi che il nostro legislatore ha utilizzato l'espressione « misure di protezione » anche prima dell'adozione del D.Lgs. 68/2003. Si allude all'art. 16 della l. 248/2000, che alla lettera d) dell'art. 171-ter l.d.a. introduceva l'inciso indirizzato a punire chiunque « pone in commercio, vende, noleggia o cede a qualsiasi tipo sistemi atti ad eludere, a decodificare o a rimuovere le misure di

protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi ».

²⁴ Ci si riferisce al *WIPO Copyright Treaty* ed al *WIPO Performance and Phonographs Treaty*. Sulle ragioni che hanno portato all'adozione delle disposizioni dei due trattati qui considerati, cfr. WIPO, *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues*, parr. 123-125.

Fanno riferimento alle misure tecnologiche, con disposizioni equivalenti, l'art. 11 del *WIPO Copyright treaty* e l'art. 18 del *WIPO Performance and Phonographs Treaty* che richiedono agli Stati contraenti di fornire una protezione giuridica adeguata e rimedi incisivi contro l'elusione di misure tecnologiche efficaci utilizzate dagli autori dell'opera per l'esercizio dei diritti riconosciuti dal Trattato o dalla Convenzione di Berna, misure che impediscano gli atti non autorizzati dagli autori o permessi dalla legge. Queste disposizioni — a differenza della direttiva 29/2001/CE e del D.Lgs. 68/2003 — non definiscono le misure tecnologiche di protezione, né quelle ritenute efficaci. Cfr. DUSOLLIER, *Electrifying the Fence*, cit. 287 ss.; REINBOTH-VONLEWISKI, *The Wipo Treaties 1996: Ready to Coming into Force*, in *EIPR*, 2002, 199; RICOLEFI, *A Copyright for Cyberspace*, cit., 443.

²⁵ Un esplicito richiamo ai trattati WIPO è contenuto nel considerando n. 61 della direttiva 2001/29/CE (pubblicata sulla G.U. delle Comunità europee del 22 giugno 2001, n. L. 167), mentre una serie di altri articoli e considerando si riferiscono alle misure di protezione (tra gli altri: considerando 39, 47, 49 e 50 ed artt. 6 e 7). Un utile e rapido commento alle nor-

Nel nostro ordinamento, la possibilità di adottare misure tecniche di protezione delle opere dell'ingegno viene riconosciuta dall'art. 102-*quater* l.d.a. La norma, usando una tecnica già nota²⁶, definisce le misure tecniche di protezione esplicitandone le funzioni e consentendo ai titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi e del diritto *sui generis* sulle banche dati l'installazione di quelle ritenute efficaci, ossia delle misure che, per impedire o limitare atti di utilizzo non autorizzati, usano una delle tecniche individuate nel capoverso.

Il legislatore non solo consente l'apposizione di tali misure, ma inoltre protegge la loro adozione contro atti di elusione o rimozione, finalizzati alla commercializzazione, idonei a permettere un utilizzo abusivo delle opere che le misure tecniche intendono tutelare. La disposizione chiamata a realizzare questo obiettivo viene inserita alla lett. *f-bis* dell'art. 171-*ter* l.d.a.²⁷.

Il sistema così descritto si compone di tre essenziali previsioni contenute nella l. 633/1941²⁸: l'art. 102-*quater* che riconosce la legittimità della installazione di misure tecniche di protezione apposte su qualsiasi tipo di opera; l'art 171-*ter*, lett. *f-bis*, che punisce le condotte elusive delle misure di cui alla precitata clausola; ed infine, l'art 171-*bis* che, in quanto norma riferibile ai *software*, viene mantenuta in vigore dall'ultimo comma dell'art. 102-*quater*.

Delineato così il complesso della normativa riferibile alle misure tecniche, occorre ora specificare l'intima portata delle singole disposizioni. Al termine di questa operazione potranno cogliersi con maggiore incisività quelli che sono i dubbi evidenziati in merito alle valutazioni operate dal Tribunale di Bolzano.

me della direttiva, con specifico approfondimento dei fini perseguiti dal legislatore comunitario con l'introduzione della disciplina sulle misure tecniche, è dato in FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazione sul regime dei diritti*, cit., 280 ss.

²⁶ Ci si riferisce a quella utilizzata per definire le firme elettroniche nella direttiva 1999/93/CE. Su questa materia cfr. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, nel *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 2000. Il nostro legislatore non ha mutato indirizzo — optando per l'utilizzazione della medesima tecnica definitoria — nemmeno con il recente Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 82/2005). Un commento alla nuova disciplina sulle firme elettroniche è approntato da GENTILI, *I documenti informatici: validità ed efficacia probatoria*, in *Diritto dell'internet*, 3, 2006, 297.

²⁷ Un commento della disposizione può rinvenirsi in STILO, *L'art. 171-ter* l. n. 633 del 1941: dal D.Lgs. 685 del 1994 al D.Lgs. n. 68 del 2003, disponibile in rete

alla pagina: http://www.crimine.info/public/crimineinfo/articoli/171_ter_2000.htm#n7.

²⁸ Si è scelto di non appesantire la presente analisi evitando di richiamare altre norme riferibili alle misure tecniche (come i citati artt. 615-*ter* e 615-*quater* del codice penale). Si pensi all'art 71-*quinques* (che prevede alcune esenzioni alla disciplina delle misure tecniche) o all'art. 174-*ter* che pure fanno riferimento alle protezioni tecnologiche. Si consideri, inoltre, che volendo delineare un quadro completo della normativa applicabile bisognerebbe richiamare anche altre disposizioni che non si riferiscono esplicitamente alle MTP. Per esempio, dovrebbe analizzarsi il rapporto tra l'art. 171 l.d.a., norma incriminatrice di natura generale, e le singole norme punitive riferibili alle misure tecniche (il problema non si pone con gli artt. 171-*bis* e 171-*ter* le cui previsioni sono fatte salve dal comma primo dell'art. 171 l.d.a.). Appare, in definitiva, più conveniente concentrare l'analisi solo sulle tre richiamate previsioni.

Rilievo preliminare deve accordarsi alla considerazione per cui gli artt. 171-*bis* e 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a. non sono norme sovrapponibili, nel senso che ognuna di esse è deputata a regolare una materia distinta.

Scartato il criterio che suddivide l'ambito applicativo delle stesse in base alla funzione svolta dai dispositivi protetti²⁹, quello adottabile fa perno sulla natura dell'opera su cui le ridette misure vengono apposte.

Assumendo che l'art. 102-*quater* è disposizione che consente l'installazione di misure tecnologiche di protezione su qualunque opera dell'ingegno, allo stesso modo dovrà dedursi che l'elusione punita dall'art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, sarà quella dei dispositivi applicati sulle stesse opere cui fa riferimento l'art. 102-*quater*.

Rimarranno fuori dalla previsione dell'art. 171-*ter* l.d.a. le condotte elusive di dispositivi applicati a protezione dei *software* perché punite dall'art. 171-*bis*, disposizione quest'ultima speciale rispetto alla successiva di carattere generale³⁰.

²⁹ In sostanza, in base a questa impostazione, l'art. 171-*bis*, in quanto norma deputata a punire l'elusione delle misure anticopia, diverrebbe disposizione riferibile solo a questo tipo di misure tecniche mentre l'elusione delle misure antiaccesso sarebbe punita dall'art. 171-*ter*. La tesi, che trova equivalenti nelle legislazioni straniere in cui ritroviamo norme differenti destinate a punire l'elusione di misure anticopia ed antiaccesso, è subito smentita sia dalla lettera dell'art. 102-*quater* — che si riferisce ad entrambe le tipologie di misure — richiamata dall'art. 171-*ter*, sia dai rilievi che a breve verranno esposti.

³⁰ Tale conclusione merita di essere illustrata ed esplicitata in ogni suo passaggio. Anzitutto, bisogna chiarire il dato imprescindibile da cui la stessa muove: quello per cui l'art. 102-*quater* consente l'installazione delle misure tecniche su qualsiasi opera dell'ingegno. Ne dà conferma la stessa formulazione della norma, che esordisce — con una formula generalissima — riferendosi ai « titolari di diritti d'autore o di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-*bis* comma 3 ». Non si comprenderebbe, tra l'altro, l'esclusione di una qualunque categoria dalla previsione considerata. Ed allora, se così è, quando l'art. 171-*ter* si riferisce all'elusione di quelle misure tecnologiche che l'art. 102-*quater* consente di installare su qualsiasi opera, deve concludersi che il bene giuridico tutelato dalla lett. *f-bis* attiene alla generalità delle opere dell'ingegno (alla luce di tanto, non si capisce perché il Tribunale ritiene applicabile l'art. 171-*ter* ai soli fonogrammi e videogrammi, tesi questa condivisa anche da parte della dottrina, v. di BIAN, *Modifica di « Playstation » e reato di commercializzazione d'opera modificata*, cit.;

CHIAROLLA, cit. In altre parole, l'art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a. diviene norma di carattere generale predisposta alla punizione delle condotte elusive di dispositivi tecnici. Rimane da individuare l'ambito di applicazione dell'art. 171-*bis*. Ebbene, la dottrina prevalente ritiene che detta norma sia mantenuta in vigore dall'ultimo comma dell'art. 102-*quater* che, però, fa salve solo le disposizioni del capo IV sezione VI del titolo I della l.d.a. in cui l'art. 171-*bis* non è ricompreso (tra i tanti cfr. UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, estratto da *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., 276; RICOLOFI, *Videogiochi che passione*, cit., 1454). Tale tesi è confermata dalla lettura del considerando n. 50 della direttiva 29/2001/CE che stabilisce che sono « impregiudicate le disposizioni specifiche di protezione previste dalla direttiva 91/250/CEE ». Emergono, dunque, ancora una volta alcune imprecisioni addebitabili al nostro legislatore. Ciò posto, diviene agevole dedurre che la disciplina in tema di elusione di dispositivi va rinvenuta in entrambe le disposizioni di cui agli artt. 171-*ter* e 171-*bis*. Tali norme sono legate da un rapporto norma generale-norma speciale (a nulla vale il rilievo per cui la previsione di carattere generale sarebbe sopravvenuta a quella speciale operando in questo caso il noto brocardo *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*, cfr. SPEDICATO, *Misure Tecnologiche di protezione e videogiochi. Brevi note sul caso Paystation*, in *Quaderni di informatica giuridica e diritto dell'informatica*, disponibile all'indirizzo Url: <http://www.telejus.it/idea/mosra.php>). Questa soluzione, condivisa dalla dottrina maggioritaria, trova conferma nel dettato del considerando n. 50 che, nel prosieguo, espres-

L'aver individuato il corretto rapporto intercorrente tra le due norme penali non è di poco conto. Alla luce di quanto detto risulta, infatti, immediata la risoluzione del dilemma relativo alla norma applicabile nella fattispecie concreta. Ma la corretta padronanza della normativa esaminata consente di sciogliere ulteriori interrogativi legati al caso, come quello attinente al differente funzionamento delle due ripetute previsioni.

Ed infatti, se da un lato l'applicazione dell'art. 171-*bis* è subordinata alla circostanza che la condotta sia *unicamente* preordinata alla elusione di dispositivi di protezione, dall'altro la punibilità delle condotte di abusiva fruizione dell'opera scatta, ai sensi dell'art. 171-*ter*, quando il fine perseguito sia *in via prevalente* quello elusivo³¹.

Il ventaglio delle nozioni offerte consente, a questo punto, di portare a compimento il discorso sulla pronuncia annotata.

Concludendo, non ci si può sottrarre dal sottolineare alcune imprecisioni del ragionamento decisivo su più livelli: quello della individuazione della normativa applicabile e del suo ambito di estensione e quello del corretto utilizzo delle categorie trattate.

Più ragionata sarebbe risultata l'applicazione dell'art. 171-*bis* l.d.a. sul presupposto della qualificazione del supporto tutelato quale *software*. Siffatta impostazione (che però non si condivide, considerata la non sussumibilità alla categoria dei programmi per elaboratori dei videogiochi e la conseguente operatività per tali opere del divieto di cui all'art. 171-*ter*, lett. *f-bis*, l.d.a.) avrebbe reso sicuramente più agevole il proscioglimento dell'imputato sulla scorta dell'individuazione anche di un unico fine legittimo, ulteriore rispetto a quello elusivo. In questo modo, ragioni di giustizia sostanziale avrebbero trovato una risposta più immediata e meno criticabile³². Difatti è proprio su quest'ultimo piano che la decisione diviene ampiamente giustificabile. Tra le righe della stessa può leg-

samente esclude dall'ambito applicativo della direttiva « la tutela delle misure tecnologiche usate in relazione ai programmi per elaboratore » disciplinata « esclusivamente » dalla direttiva 91/250/CEE. Il diverso atteggiarsi della tutela dei dispositivi tecnologici, come precisato dallo stesso legislatore comunitario, si fonda sul rilievo per cui la protezione delle misure tecniche applicate ai *software* « non dovrebbe [...] 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'art. 5, par. 3, e dell'art. 6 della direttiva 91/250/CEE ». In sostanza, la diversità della disciplina tiene conto dell'utilizzo concesso al fruitore del *software* che si caratterizza per essere di gran lunga più esteso rispetto a quello concesso alle altre categorie di opere dell'ingegno. Il problema è affrontato in RICOLFI, *A Copyright for the Cyberspace?*, cit., 443 e 462 nota 41.

³¹ Quindi, mentre il divieto contenuto

nell'art. 171-*bis* opera solo quando l'elusione non abbia altro fine che quello elusivo (detto in positivo, basta che sia configurabile anche un solo fine legittimo per rendere inapplicabile la sanzione), quello previsto dall'art. 171-*ter* scatta anche quando vi siano uno o più fini leciti, ma questi non siano prevalenti rispetto a quelli elusivi di misure di protezione. Tale ultima disposizione implica, dunque, un pregiudiziale giudizio comparativo tra finalità elusive e finalità lecite. La disciplina normativa non offre chiarimenti sulle modalità di tale giudizio di comparazione: se cioè lo stesso deve basarsi sul dato numerico (come nel caso che ci occupa) o su un altro differente, che per esempio tenga conto del rilievo economico del fine perseguito.

³² In questa ipotesi, poteva discutersi solo della qualificazione dei videogiochi quali *software* constatando, tuttavia, che detta operazione — pur se non condivisa — rientrava nell'esercizio di scelte discrezionali rimesse al Tribunale.

gersi una reazione anticipata ad effetti (dannosi), attesi da una normativa sulle misure tecniche che appare ingiustificatamente schierata.

Gli interessi più incisivamente protetti divengono, alla luce della tutela delle misure di protezione, quelli dei titolari dei diritti sulle opere. L'equilibrio tra le confliggenti esigenze in materia di diritto d'autore è irreversibilmente messo in pericolo dalla legittimazione dei meccanismi di protezione.

Tale scenario, solo avvertito nel nostro sistema, si è già manifestato agli occhi del giurista: il riferimento è ad ordinamenti differenti dal nostro ed alle discussioni ivi animatesi, cui diviene imprescindibile accennare per rivelare i pericoli legati alla strada intrapresa.

4. DALLE MISURE TECNICHE AI SISTEMI DRMS: PROBLEMI E PROPOSTE DI SOLUZIONE IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA.

Ai fini della presente analisi comparatistica verrà preso in esame il solo sistema statunitense³³. Tale scelta è legata ad una duplice constatazione: le differenti esperienze nazionali in materia di misure tecnologiche, soprattutto in ambito europeo, sono di recente fattura contrariamente alla collaudata normativa americana che, inoltre, offre spunti di riflessione di gran lunga più interessanti e già sottoposti al vaglio dei formanti dottrinale e giurisprudenziale³⁴. Un simile atteggiarsi della discussione

³³ La scelta non appare forzata. La discussione sulla proprietà intellettuale, in ogni suo aspetto, sviluppatasi negli Stati Uniti è senza dubbio la più interessante ed articolata. Non a caso è stato sostenuto che «l'immenso dibattito nordamericano sulla proprietà intellettuale è, agli occhi di un osservatore esterno che abbia la forza di coglierne almeno uno specchio, una lezione di acume giuridico e di autentico dialogo tra diversi saperi e differenti metodologie» (CASO, *Digital Rights Management*, cit., 144, nota 44).

³⁴ Sarebbe opera vana quella di citare l'intera dottrina sviluppatasi nel nuovo continente sui temi riferibili alle misure tecniche. Appare più utile rinviare a quelle opere che offrono un utile compendio della generalità dei temi affrontati. Si rinvia, pertanto, a McCULLAGH-HOMSI, *Leave DRM Alone: a Survey of Legislative Proposals Relating to Digital Rights Management Technology and their Problems*, cit.; BECHTOLD, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, cit.; CASO, *Digital Rights Management*, cit., 131.

Come detto, le regole continentali sulle misure tecniche sono sicuramente più giovani delle complementari disposizioni nordamericane. In ambito europeo, il termine ultimo entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto dare implementazione ai

disposti dell'EUDC era il 31 dicembre 2002. A quella data soltanto la Grecia e la Danimarca avevano aderito. Solo nell'anno successivo un disegno di legge tedesco veniva approvato dalla Camera bassa del Parlamento l'11 aprile (è entrato in vigore solo a luglio 2003). Sul fronte francese, sempre nel 2003, veniva rilasciato solo un disegno di legge in via non ufficiale. In Francia la regolamentazione delle misure tecniche la si è avuta solo di recente — 30 giugno 2006 — con l'adozione di un progetto di legge «*Relatif au Droit d'Auteur et aux Droits Voisins dans la Société de l'Information*» che tratta delle misure tecniche nel *Chapitre IV* (il testo è disponibile alla pagina <http://www.assemblee-nationale.fr/12/ta/ta0596.asp>). Per un primo commento, cfr. PUGLIESE, *Tutela del copyright e interoperabilità. Necessità di conciliare adeguatamente interessi contrapposti e costituzionalmente rilevanti*, disponibile all'Url. http://www.computerlaw.it/public/pugliese_interoperabilita.pdf.

La legge francese è stata interpretata come un atto di reazione ad inaccettabili strategie di mercato adottate da alcune Major, strategie che hanno diretta incidenza sulla interoperabilità nell'uso delle opere dell'ingegno, e segnatamente di quelle contenute in supporti digitali (l'attenzione è subito rivolta ad alcuni prodotti *Apple* come

dovrebbe, in ambito europeo, fare i conti con l'eterogeneità delle soluzioni proposte dalle singole legislazioni nazionali che hanno dato corso ai principi contenuti nella direttiva 29/2001/CE in maniera talvolta così differente da rendere impraticabile l'individuazione di una linea comune³⁵.

In America le disposizioni dei trattati WIPO sono state introdotte — con alcuni significanti correttivi — nel titolo 17 dell'USC (*section 1201 e seguenti*), da una legge federale denominata *Digital Millenium Copyright Act*³⁶.

Disposizione di riferimento dell'intera normativa sulle misure tecnologiche è la *section 1201*, la quale si compone di più sottosezioni che predispongono una serie di divieti di elusione, riferibili distintamente alle misure antiaccesso ed a quelle anticopia, a contenuto non speculare.

La legge prevede, infatti, un generale divieto di elusione solo per le misure antiaccesso³⁷, mentre per entrambe una serie di c.d. *antitraffick provisions* che vietano attività solo preparatorie dell'aggrimento, come lo sviluppo o la distribuzione di tecnologie progettate per questo fine³⁸.

il software iTunes il quale permette sia di gestire i file musicali scaricati o comunque copiati sul proprio PC, che di acquistare direttamente sull'omonimo sito singoli brani musicali in formato digitale a prezzi vantaggiosi. La particolarità sta nel fatto che i file musicali sono codificati in modo da poter essere letti solo da un particolare lettore, denominato iPod). Ebbene, la legge francese prevede che chiunque utilizzi tecnologie di protezione su file commercializzanti deve consentirne l'interoperabilità ed impedire che le stesse possano ostacolare l'uso dell'opera o del contenuto protetto (all'art. 13 del *Chapitre IV* si legge: « Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en oeuvre effective de l'interoperabilité, dans le respect du droit d'auteur »).

³⁵ Si pensi, per fare solo un esempio, che mentre in Paesi quali la Germania, il Regno Unito e l'Italia la legge protegge indistintamente sia le misure di controllo dell'accesso che quelle anticopia, in Danimarca si ritiene che i divieti antielusivi non possano applicarsi all'aggrimento e/o manomissione di dispositivi tecnologici antiaccesso. Come riportato da GASSER-GIRSBERGER, *Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States. A genie Stuck in the Bottle?*, The Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School, Berkman Publication Series No. 2004-10, November 2004, pur in assenza di un dato testuale normativo esplicito, un riferimento all'inapplicabilità dei divieti alle misure antiaccesso è contenuto nella relazione esplicativa della legislazione danese. Ciò, notano gli Autori, nel solco della posizione espressa dai Paesi scandinavi durante i la-

vori preparatori della direttiva 29/2001/CE in favore dell'esclusione delle tecnologie antiaccesso dall'ambito di applicazione dell'art. 6. Tale impostazione poggia sulla considerazione per cui le restrizioni automatiche all'accesso non impediscono soltanto violazioni del diritto d'autore, ma anche atti perfettamente leciti. In questo senso la legislazione danese può considerarsi sicuramente più sensibile ai diritti dei fruitori delle opere.

³⁶ Il percorso che ha portato all'adozione del DMCA può essere letto in CASO, *Digital Rights Management*, cit., 134 nota 25. Per un commento alla normativa ed ai problemi che essa solleva cfr. NIMMER, *Puzzles of the Digital Millenium Copyright Act*, 46 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 401 (1999); GINSBURG, *Il Digital Millenium Copyright Act ed il Sonny Bono Copyright Term Extension Act: due novità dagli Stati Uniti*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1999, 626 ss.

³⁷ Ed infatti, la prima parte della *section 1201* (intitolata « *Violations Regarding Circumvention of Technological Measures* ») introduce un generale divieto di elusione di misure tecnologiche che controllino efficacemente l'accesso ad un'opera protetta da copyright.

³⁸ § 1201 (a) (2): « No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumvention a technological that effectively controls access to a work protected under this title;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circum-

L'osservanza di tali precetti è garantita dalla previsione di sanzioni di duplice natura. Al titolare dei diritti, infatti, è riconosciuta un'azione legale di natura privatistica volta all'ottenimento di un'ingiunzione che inibisca l'ulteriore distribuzione della tecnologia elusiva, cui si affianca la possibilità per il giudice civile di emettere una sentenza di condanna al risarcimento del danno. A carico del trasgressore, invece, sono previste severe sanzioni penali che culminano nella comminatoria dell'imprigionamento³⁹.

Il sistema si chiude con la previsione di una pluralità di eccezioni — biblioteche, crittografia, esigenze nazionali ecc. — cui non si applicano i divieti descritti e con una disposizione che attribuisce alla *Library of Congress* il compito di redigere una relazione periodica sulle eventuali restrizioni alle libere utilizzazioni di alcune categorie di opere tutelate dal *copyright*. All'esito di tale relazione l'organo redigente, iniziando un apposito procedimento amministrativo, può sottrarre una o più categorie di opere dall'applicazione delle norme sulle misure di protezione introducendo nuove esenzioni⁴⁰.

L'impianto legislativo statunitense sulle misure tecnologiche appena descritto è stato oggetto di aspre critiche: si sono sottolineate difficoltà di coordinamento con il sistema del *copyright* ed il novero delle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione⁴¹, evidenziando profili di incostituzionalità della normativa.

vent a technological measures that effectively controls access to a work protected under this title;

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing measures that effectively controls access to a work protected under this title.

§ 1201 (b) (1): «No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that:

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof; or

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent protection afforded by a technological that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof;

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing protection afforded by a technological that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof».

Sulla differente tutela offerta ai due tipi di misure di protezione riflettono LEMLEY-MENELL-MERGES, *Intellectual Property in*

the New Technological Age, on need to be Revised, 14 *Berkeley Tech. L.J.* 745. La differente disciplina sembra dovuta all'intenzione del legislatore di non disarmare gli utenti dalla possibilità di compiere atti giustificabili mediante *fair use* su materiali ai quali gli stessi possono legittimamente accedere. Tuttavia, è stato osservato (CASO, *Digital Right Management*, cit., 139 nota 33), «se questa era effettivamente l'intenzione vi è da rilevare che l'utente medio, anche in considerazione del divieto di commercializzare tecnologie di elusione, potrebbe non disporre degli strumenti per fruire del *fair use*».

³⁹ Cfr. sec. 1203-1204 del titolo 17 USC.

⁴⁰ Sulle eccezioni alle norme in materia di misure tecnologiche cfr. SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: why the Anticircumvention Regulation need to be Revided*, cit.; McCULLAGH-HOMSI, *Leave DRM Alone: a Survey of Legislative Proposals Relating to Digital Rights Management Technology and their Problems*, cit.

⁴¹ Cfr. SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: why the Anticircumvention Regulation need to be Revided*, cit.; McCULLAGH-HOMSI, *Leave DRM Alone: a Survey of Legislative Proposals Relating to Digital Rights Management Technology and their Problems*, cit.; LEMLEY-MENELL-MERGES, *Intellectual Pro-*

Tra le questioni affrontate, si segnala quella in merito alla compatibilità delle previsioni considerate con la clausola del *fair use* contenuta nella sec. 107 del titolo 17 dell'USC. Il dubbio è in quale modo il libero utilizzo rimanga applicabile alle opere protette da misure tecnologiche. Il problema è stato affrontato escludendo la natura di principio di rilievo costituzionale del *fair use*, e concludendo nel senso che le disposizioni sulle misure tecniche non impediscono il libero utilizzo dei materiali protetti⁴². Nel medesimo caso, inoltre, è stata analizzata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute nella sec. 1201 alla luce del principio del *free speech*⁴³. Lo scrutinio che ne è seguito, pur qualificando il *software* come *speech*, ha escluso che la tutela del medesimo possa estendersi oltre che al contenuto alle sue funzioni⁴⁴.

Oltre che per queste importanti riflessioni che pongono l'accento su tematiche rilevanti a livello costituzionale, il contesto statunitense diviene interessante per una molteplicità di casi pratici, taluni assimilabili alla

perty in the New Technological Age, on need to be Revised, cit.). Si segnala, per la dottrina italiana, NIVARRA, *La tutela del diritto d'autore in Internet*, in *Itinerari del diritto d'autore*, 2001, 97, 111, secondo il quale le norme adottate dal Congresso si risolvono in un « consistente anticipo del momento a partire dal quale scatta la tutela dell'esclusiva » che « rompe in modo irreversibile quell'equilibrio tra due esigenze tradizionalmente riconducibili al *Copyright Clause* — da un lato il giusto riconoscimento morale e materiale dei meriti dell'autore, dall'altro la diffusione delle opere protette tra il pubblico e tutto ciò allo scopo di promuovere "the growth of learning and culture for the public welfare" ».

⁴² Cfr. *Universal City Studios, Inc. et al. v. Corley*, 273 F. 3d 429 (Ct. App. 2nd Circ. 2001) relativa alla pubblicazione di alcuni codici riferibili al programma denominato DeCSS finalizzato alla rimozione del sistema crittografico CSS posto a protezione dei supporti DVD. La tesi perorata dal convenuto riteneva le MTP violative del *first amendment*, sotto il profilo del *fair use* impedendo le stesse la possibilità di svolgere una serie di attività conformi alla normativa. La Corte non ha condiviso tale asserto. Anzitutto, la Corte ha sottolineato che giammai la Corte Suprema si è espressa nel senso della rilevanza costituzionale del *fair use*. Inoltre, l'adozione di misure di protezione, nel caso di specie come in ogni altro, non deve considerarsi ostativa al libero utilizzo dell'opera essendo possibili numerose attività anche in presenza dei dispositivi di protezione (copiatrice analogica del supporto, registrazione di un brano mediante microfono esterno *et similia*). Concludendo, il « *fair use* has never been held to be a guarantee of access to co-

pyrighted material in order to copy it by the fair user's preferred technique or in the format of the original ». L'illegittimità costituzionale della sec. 1201 è stata trattata diffusamente anche in casi successivi a quello considerato, come *Unites States of America v. Elcom et al.*, 203 F. Supp. 2d 1111 (D. Ct. N.D. Cal. 2002) — più avanti illustrato — e *321 Studios v. Metro Goldwin Mayer Studios, inc. et al.*, 307 F. Supp. 2d 1085 (D. Ct. N.D. Cal. 2004).

⁴³ Il principio, come noto, è contenuto nel primo emendamento della Costituzione Americana, ove viene enunciato che « il Congresso non potrà adottare nessuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione, o per proibire il libero culto; o per limitare la libertà di parola o di stampa; o il diritto che hanno i cittadini di riunirsi in forma pacifica e di inoltrare petizioni al governo per la riparazione dei torti subiti ».

⁴⁴ Viene sostenuta, infatti, la natura di *speech* del programma in questione da cui si fa discendere l'assunto per cui le *antitraffick provisions* limitano di fatto la libertà costituzionale ad esso riferibile. Ancora una volta non viene condivisa la tesi difensiva. Il *software* viene ritenuto sì riconducibile al principio costituzionale, ma con alcune precisazioni. Esso, infatti, si compone di un contenuto (codice sorgente e codice oggetto) e delle funzioni che realizza. Ed allora, la tutela riguarderà solo il contenuto, ovvero sia il linguaggio e le informazioni veicolati dal programma. Il che equivale a dire che i dispositivi di protezione, che limitano le funzionalità del programma, non si pongono in contrasto con il principio costituzionale in parola. Per un utile analisi del caso cfr. FERRARI, *L'incerto cammino sulle misure tecnologiche di protezione*, cit.

pronuncia municipale annotata. Dar notizia di alcuni di essi consente di misurare i limiti di una normativa troppo orientata a favore della protezione delle misure tecniche.

Di frequente nelle Corti americane è stata discussa l'opportunità di punire condotte elusive di dispositivi di protezione: gli esiti di questi giudizi sono variegati. La distribuzione di un *software* che consentiva la lettura di giochi abusivamente duplicati e di altri di importazione (caso analogo a quello affrontato dal Tribunale di Bolzano) è stata ritenuta, senza il minimo dubbio, violativa della sec. 1201⁴⁵. In un'altra vicenda, tale conclusione è stata esclusa ritenendo i divieti antielusivi inapplicabili ad un programma che consentiva il funzionamento di una stampante solo con ricariche distribuite dalla stessa società produttrice dell'*hardware*⁴⁶. Un'altra importante sentenza⁴⁷ — con rilievi sul piano penale — sottolineando la problematica coabitazione delle regole a tutela delle misure di protezione ed il *reverse engineering*, ha portato all'arresto di un programmatore che aveva sviluppato un *software* in grado di aggirare i meccanismi di protezione dei libri in formato elettronico *e-book* dell'*Adobe*.

Il reale impatto della disciplina statunitense sui dispositivi di protezione, inoltre, può cogliersi tenendo conto anche di tutte quelle controversie non sfociate in provvedimenti giudiziari definitivi: il caso del Prof. Felten rappresenta un ottimo esempio dell'effetto deterrente prodotto dalla normativa descritta sulla ricerca scientifica e nello specifico su quella crittografica⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. *Sony Computer Entertainment of Americ, Inc. v. Game Master*, 87 F. Supp. 2d 976 (N. D. Cal 1999).

⁴⁶ *Lexmark Int'l, Inv. V. Static Control Components Inc.*, No. 02-571-KSF, 2003 U.S. Dist. Lexis 3734 (E.D. ky. Feb. 27, 2003). Un'altro caso più volte citato è *The chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technology, Inc.*, 381 F. 3d 1178 (Ct. App. Fed. Circ. 2004) preso in considerazione in FERRARI, *L'incerto cammino delle misure tecnologiche di protezione*, cit., 274.

⁴⁷ Ci si riferisce alla già citata *Unites States of America v. Elcom et al.*, 203 F. Supp. 2d 1111 (D. Ct. N.D. Cal. 2002). Il programmatore russo arrestato (Dmitry Sklyarov) è stato detenuto negli Stati Uniti per cinque mesi nel 2001. A Sklyarov fu alla fine concesso il ritorno in patria, ma non cessò di essere perseguita la *Elcom* società russa alle cui dipendenze il programmatore lavorava.

⁴⁸ Il Professor Edward Felten ed una squadra di ricercatori delle Università di Princeton e Rice furono minacciati di una azione legale nei loro confronti per violazione della sec. 1201 per aver partecipato con successo ad una sfida pubblica promossa da un gruppo industriale — SDMI — di sistemi di sicurezza, che aveva garantito un ricco premio a chi avesse trovato il

metodo per rimuovere un sistema di *watermark* posto a protezione della musica digitale. L'impresa riuscì al Prof. Felten ed alla sua *equipe* che decisero di pubblicare la loro scoperta. Siccome l'articolo descriveva le vulnerabilità riscontrate nella tecnologia di protezione con la quale la SDMI intendeva proteggere la musica digitale, esso dalla stessa società venne considerato contrario alle disposizioni della sec. 1201. Il DMCA tra le tante eccezioni, ne contiene una riferita alle ricerche crittografiche — sec. 1201 g) — come quella riuscita al gruppo guidato dal Prof. Felten, ma per come essa è configurata difficilmente diviene operativa. Infatti, perché l'eccezione operi è richiesto che i ricercatori debbano fare il possibile per ottenere l'autorizzazione del detentore del *copyright* prima di effettuare la ricerca, che non è detto possa essere pubblicata. Ben si comprende, quindi, come il sistema delineato si risolva in un circolo vizioso di tutela del solo titolare del *copyright*, anche quando lo stesso, come nel caso considerato, abbia autorizzato pubblicamente la sperimentazione crittografica. È chiaro che in questo caso la SMDI versava in torto, ma ciononostante un atteggiamento quale quello da essa tenuto è suscettibile di produrre un effetto deterrente ingiustificato. Tanto non è avvenuto nel caso di specie ove a seguito di

Bastano questi soli accenni a comprendere l'ampiezza dei contenuti da cui è contraddistinta la *Case Law* statunitense. Il bilancio che ne scaturisce è preoccupante: la legge sta colpendo il *fair use*, la libertà di espressione all'interno della comunità scientifica, il fisiologico funzionamento delle dinamiche concorrenziali, il legittimo accesso alle reti digitali ed altro ancora⁴⁹.

Le esenzioni previste si sono dimostrate non solo numericamente insufficienti, ma per certi versi non operative. Di fronte a questa situazione non sono mancati suggerimenti provenienti da più parti: in dottrina si è proposto l'inserimento di una clausola di esenzione generale sul modello della « *contributory or vicarious liability for copyright infringement* »⁵⁰.

A questi appelli si sono aggiunti altri di segno opposto che premono per l'inasprimento delle misure a tutela dei diritti dei titolari⁵¹.

Il dibattito è tuttora in corso e sembra non pervenire a soluzioni condivise. Al contrario si generano nuovi interrogativi, quale il rapporto tra sistemi di DRM e contratto, che inaspriscono la situazione contingente⁵².

Queste problematiche migrano verso il vecchio continente, ove si inizia ad avvertire il peso delle questioni accennate. In questo scenario si deve tuttavia registrare una quasi totale sordità ai suggerimenti provenienti d'oltreoceano: si pensi che negli Stati Uniti l'esigenza di un allargamento delle esenzioni alla disciplina sulle misure tecniche era già stata avvertita e denunciata quando, in contemporanea, i legislatori europei offrivano con estrema leggerezza soluzioni al problema indifferenti a queste istanze⁵³.

È evidente che l'impostazione deve mutare e che bisogna dare una accelerazione alla discussione: un maggiore interessamento al fenomeno ed una chiarezza nelle scelte operate sono risultati auspicati. Solo a questo livello potrebbero essere rinvenute soluzioni accettabili a problemi che si introducono nel nostro quotidiano senza trovare ostacoli.

Occorrerebbe riguardare la normativa sulle misure tecniche alla luce di principi che assumono rilevanza, oltre che a livello costituzionale, sul piano della concreta utilità sociale. In questi termini, potrebbero invo-

un'iniziativa giudiziaria al Prof. Felten è stato riconosciuto il diritto alla pubblicazione — sebbene parziale — del proprio lavoro. Ma la tenacia e competenza ascrivibili allo scienziato non sono caratteristiche comuni alla generalità dei fruitori di opere dell'ingegno. Il caso del Prof. Felten è riportato in BERGER, *Linux Maven Bruce Parens: DMCA Outlaw?*, disponibile all'indirizzo <http://www.infoworld.com/article/hn/xml/02/07/23/hnperns.xml>.

⁴⁹ Cfr. CASO, *Digital Right Management*, cit., 142 nota 40.

⁵⁰ Cfr. SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anticircumvention Regulation need to be Revisited*, cit.; BESEK, *Anti-circumvention Laws and Copyright: a Report from the Kernochan Center for Law, Media and the Arts*, 27 *Colum. J. L. Arts* 385 (2004).

⁵¹ Cfr. McCULLAGH-HOMSI, *Leave*

DRM Alone: a Survey of Legislative Proposals Relating to Digital Rights Management Technology and their Problems, cit.

⁵² Il dibattito nordamericano sul rapporto tra sistemi DRM e contratto è illustrato e commentato con attenzione da CASO, *Digital Rights Management*, cit., 131 ss.

⁵³ Un esempio è costituito proprio dall'esperienza italiana ove il nostro legislatore non solo non si è preoccupato minimamente di prendere in considerazione quanto avveniva negli Stati Uniti, ma addirittura ha lasciata inattuata la disciplina comunitaria in materia di esenzioni prevista dall'art. 6 della direttiva 29/2001/CE. Basti confrontare tale disposizione con l'art. 71 *quinques* l.d.a. Cfr. UBERTAZZI, *La legge sul diritto d'autore*, estratto da *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., 167-168.

carsi assiomi come quello della funzione sociale della proprietà intellettuale⁵⁴.

Questi richiami paiono auspicati da una disposizione della direttiva 29/2001/CE, rimasta pressoché inattuata nel nostro ordinamento. Si tratta del considerando n. 48 che introduce, in materia di misure tecniche, il c.d. principio di proporzionalità⁵⁵.

L'esigenza posta in risalto con il riconoscimento di tale principio è quella del contemperamento tra diritti riferibili a due opposti centri di interesse: gli utilizzatori ed i titolari.

La risposta del nostro sistema, contenuta nell'art. 171-ter, let. f-bis, l.d.a. che come detto impone un giudizio di comparazione caso per caso tra finalità elusive e non (*scilicet*: tra diritti degli utilizzatori e quelli dei titolari), pare essere insufficiente⁵⁶. L'utilizzo di questo strumento rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudicante, infatti, potrebbe rivelarsi inoperante proprio perché relazionato alla coscienza del singolo⁵⁷.

⁵⁴ Si è osservato che è oramai dato inconfutabile quello dell'assottigliamento dei confini tra la proprietà di cui al terzo libro del codice civile e la proprietà dei beni immateriali. Tale postulato comporta senza dubbio l'estendibilità alla seconda categoria di principii, anche costituzionali, valevoli in materia dominicale. Cfr., RESTA, *L'appropriazione dell'immateriale*, in questa *Rivista*, 2004, 21 ss.; in *Parole chiave*, vol. 30, 2003, 189-216. In questo scenario sono molteplici i principi costituzionali chiamati in gioco: per citarne alcuni si può fare riferimento alla tutela della libertà della iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 della Costituzione Repubblicana che, per esempio, legittimerebbe la libertà delle Major di adottare discrezionali strategie di mercato; al principio della solidarietà sociale, espresso in plurime disposizioni della Carta costituzionale, e richiamato dallo stesso articolo 41, ove è previsto che l'iniziativa economica non debba essere svolta in pregiudizio dell'utilità sociale ed in modo da arrecare danno, tra l'altro, alla libertà.

⁵⁵ Secondo il considerando n. 48 la protezione giuridica dei dispositivi di protezione deve essere accordata dagli Stati membri « senza tuttavia impedire il normale funzionamento delle attrezzature elettroniche ed il loro sviluppo tecnologico ». Il principio, dunque, si riferisce espressamente alla ricerca sulla crittografia, vero nemico delle misure tecniche. Non è facile tuttavia astrarre da tale limitazione. Basti considerare che si richiede tale proporzionalità proprio dove questa è più difficilmente realizzabile: è evidente l'esigenza che il riconoscimento di siffatto principio sottende. Ed è proprio su questo principio

che viene modellata la garanzia dell'interoperabilità cui fa riferimento il legislatore francese. Quest'ultimo riconoscimento consente di sviluppare una significativa considerazione: è evidente che nell'ordinamento francese si è avvertita l'esigenza di racchiudere la tutela delle misure tecniche entro determinati confini, che sono quelli dei diritti degli utenti al libero utilizzo dell'opera. In altre parole, l'esperienza legislativa d'oltralpe ci dimostra che mentre qualche anno fa l'unica esigenza che muoveva i parlamenti a legiferare in tale ambito era quella della lotta alla pirateria, oggi ci si è accorti che, dietro questa scusante, si nascondono precise strategie di mercato che vanno combattute. Sul c.d. principio di proporzionalità cfr. FINOCCHIARO, *Misure Tecnologiche di protezione e informazione sul regime dei diritti*, cit., 301.

⁵⁶ Parte della dottrina, al contrario, ha sottolineato l'utilità del giudizio di comparazione previsto dall'art. 171-ter. Esso « offre uno strumento duttile che consente di effettuare un bilanciamento tra esigenze di protezione e diritti dei fruitori delle opere digitali. Automatismi che attribuiscono piena o nessuna tutela all'utilizzo delle misure tecnologiche di protezione paiono controproducenti: più corretto sembra valutare caso per caso quali siano le finalità per cui si è deciso di eludere il sistema di protezione ». Cfr. FERRARI, *L'incerto cammino della tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione*, cit., 275.

⁵⁷ Si pensi, che un identico caso è stato risolto in maniera opposta da due magistrati appartenenti allo stesso Tribunale: uno non ha ritenuto la finalità elusiva prevalente (ci si riferisce alla sentenza qui annotata), l'altro ha adottato una soluzione

Si è chiamati, dunque, ad intervenire in questa materia escogitando meccanismi in grado di favorire in maniera effettiva un equilibrio, ora più che mai messo in allarme.

La scelta francese rappresenta un primo passo in questa direzione. La chiave di volta, tuttavia, non è rappresentata da leggi isolate⁵⁸, bensì da una armonizzazione delle stesse più o meno estesa ed ispirata a logiche antitetiche rispetto a quelle da cui è stata animata l'adozione dei testi normativi tuttora vigenti.

MICHELE DELLA CHIESA

antitetica (Trib. Bolzano, 28 gennaio 2005, in *Diritto dell'internet*, cit.).

⁵⁸ L'isolata esperienza francese potrebbe non condurre a risultati apprezzabili. Nel caso del binomio *iTunes-iPod*, infatti, il divieto (operante solo in Francia)

alle limitazioni dell'interoperabilità non necessariamente costringerebbe la *Apple* a rinunciare al mercato francese. Nulla vieta, infatti, alla *Apple* di vendere ai francesi i suoi prodotti tramite siti Internet registrati in altri Paesi.