

Una innovativa pronuncia in materia di tutela penale del diritto di autore: l'importazione di cartucce R4 per Nintendo DS non è illegale:

Tanto ha affermato il Tribunale Penale di Venezia in una recente sentenza depositata nel settembre 2014 a conclusione di un processo che ha visto assolto dei reati di introduzione nello stato di merce contraffatta, ricettazione e violazione degli artt. 474, 648 cp e 171 ter lett. F) - 102 quater della L. 633/41 sul diritto di autore un privato che aveva importato da Hong Kong una partita di dispositivi "R4 Revolution for Nintendo DS".

Come noto quantomeno agli appassionati di videogiochi, le c.d. cartucce R4 sono un dispositivo elettronico predisposto per interfacciarsi con le console per videogiochi prodotte dalla nota casa "Nintendo" mediante inserimento nell'apposita fessura presente nella *console*; detti dispositivi presentano a loro volta un alloggiamento per l'inserimento di una scheda di memoria (micro SD) cioè un supporto magnetico (reperibile ovunque e del tipo di quelli utilizzati per le macchine fotografiche digitali, i telefoni cellulari ecc. ecc.) all'interno del quale può essere registrato qualsiasi software, file di testo, file multimediale come fotografie, musica ecc. ecc. oltrech , ovviamente, cd. videogiochi "pirata". La questione in ordine alla legittimit  di questi dispositivi   da tempo dibattuta.

Da anni la NINTENDO ne sostiene la illiceit  nel presupposto che questi violerebbero le *"misure tecniche di protezione"* (MTP) volte ad impedire atti non autorizzati dal titolare dei diritti (ai sensi dell' art.6 c.3 della Direttiva 29/01/CE e art.102 quater c.1, legge n.633/1941) essendo dette MPT incorporate nella console Nintendo DS finalizzate a far s  che sulla console in questione possano essere utilizzati solo videogiochi originali Nintendo e, soprattutto, ad evitare che su detta console possano essere utilizzate c.d. copie pirata illegittimamente realizzate da terzi.

Sull'argomento constano svariati precedenti giurisprudenziali in ambito sia civile che penale che, per lo pi  hanno dato ragione alle tesi della casa costruttrice presso che con l'unica eccezione, sino ad oggi, di una pronuncia di segno contrario del 2009 del Tribunale del Riesame di Venezia relativa ad un precedente caso di cui lo scrivente ebbe ad occuparsi.

Nell'ambito specifico la pronuncia del Tribunale di Venezia qui in commento si pone pertanto come una assoluta novit .

La difesa nel caso concreto in esame   stata articolata sulla base delle seguenti argomentazioni.

In primo luogo, inapplicabilit  della disposizione contestata di cui artt.171 ter, lett. f e 102 quater . Dispone l'art. 171 ter lett. F bis) che *"  punito, se il fatto   commesso per uso non personale (...) chiunque a fini di lucro: (...) f-bis) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita*

o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art.102 quater ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure".

A sua volta, l'art.102 quater – cui è demandata dalla norma sopra esaminata la definizione e individuazione delle c.d. misure tecnologiche di protezione (MTP) – prevede che *"I titolari di diritti d'autore e di diritti connessi (...) 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. 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".*

In buona sostanza, il combinato disposto delle norme in parola è diretto a sanzionare la fabbricazione/importazione/vendita a fini di lucro di apparecchiature in grado di eludere le c.d. efficaci misure tecnologiche di protezione, le quali ultime consistono in quei dispositivi/accorgimenti destinati a impedire o limitare determinate operazioni non autorizzate dai titolari dei diritti d'autore, in buona sostanza cioè, la fruizione non legittimata dell'opera protetta.

Se non che, precisa sin dal principio l'art.102 quater, queste c.d. misure tecnologiche che qui vengono in considerazione sono quelle che possono essere apposte dai titolari di diritti d'autore *"sulle opere o sui materiali protetti"*.

A sua volta, la legge sul diritto d'autore n.633/1941, al capo I, rubricato **"Opere protette"**, artt.1 e 2, prevede espressamente che: *"Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Sono altresì protetti i programmi per elaboratore (...) nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore"*.

Prosegue l'art.2 specificando che *"In particolare sono comprese nella protezione: 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche religiose (...); 2) le opere e le composizioni musicali (...); 3) le opere coreografiche e pantomimiche (...); 4) le opere della scultura, della pittura, dell'arte, del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia; 5) i disegni e le opere dell'architettura; 6) le opere dell'arte cinematografica (...); 7) le opere fotografiche (...); 8) i programmi per*

elaboratore (...); 9) le banche di dati (...); 10) le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico".

Dall'esame dell'elenco delle opere oggetto di tutela legale si può dunque constatare che non figurano fra queste i "computer" o "hardware" o "console" che dir si voglia, e ciò in quanto tali strumenti non sono definibili come "opere dell'ingegno a carattere creativo" suscettibili della protezione garantita dalla legge n.633/1941 sul diritto di autore, essendo del resto altre le forme di garanzia previste per questi apparecchi, ovvero, meglio, per le soluzioni tecniche negli stessi contenute che, in quanto "invenzioni", sono oggetto di "brevetto" ovvero costituiscono "modelli di utilità", cioè diritti tutelati in forza delle Convenzioni Internazionali e leggi sulla proprietà industriale (in Italia, cfr. C.P.I. Codice della Proprietà Industriale, D.Lgs. n.30/2005) e non dalle norme sul diritto di autore.

Su questi presupposti, la tesi che stata sostenuta è che, dato per ammesso che le cartucce R4 permettano di eludere le MPT finalizzate a far sì che sulla console in questione possano essere utilizzati solo videogiochi originali Nintendo ed ad evitare che su detta console possano essere utilizzate c.d. copie pirata illegittimamente realizzate da terzi, deve rilevarsi che tali MTP sono in effetti escluse dall'oggetto della tutela assicurata dalle norme sul diritto d'autore di cui agli artt.171 *ter*, lett. *f-bis*) e 102 *quater* L. n.633/1941.

Diverso sarebbe infatti il ragionamento se le cartucce R4 servissero a eludere le MTP dei videogiochi commercializzati dalla Nintendo, questi sì certamente tutelabili e tutelati dalle norme del diritto d'autore, ad esempio consentendo di potersi utilizzare questi videogiochi su altre console diverse da quelle della Nintendo.

Con un secondo ordine di argomentazioni la difesa è stata volta a contestare la tesi che le cartucce R4 avrebbero la finalità prevalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.171 *ter*, lett. *f-bis*), L. n.633/1941 "di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art.102 *quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure" e ciò in considerazione della molteplicità di applicazioni dell'apparecchio Nintendo attraverso l'impiego delle cartucce in questione (visualizzare foto, filmati, immagini e *files* di testo; riprodurre musica; utilizzare il Nintendo come agenda elettronica e addirittura come PC portatile (grazie a un'apposita versione del sistema operativo *open source* - cioè liberamente accessibile e perfettamente legale - *LINUX*); avviare i c.d. *homebrew* (cioè *software* creati "in casa" e sicuramente legali) e i *software freeware* (cioè diffusi gratuitamente e altrettanto legali) o eventuali *software* creati dallo stesso proprietario dell'apparecchio Nintendo) dal che discende che il temuto utilizzo illecito delle cartucce, consistente nel far "girare" giochi Nintendo non originali, è del tutto

ipotetico ed eventuale e che l'illiceità di un simile comportamento – ove verificato in concreto – è unicamente ascrivibile al suo autore.

Senza contare che tale eventuale comportamento illecito non è in alcun modo attuabile direttamente mediante la cartuccia R4 in sé e per sé in quanto strumento inidoneo a tale scopo, rimanendo pertanto il fatto illecito integrato dalla condotta di chi provveda a copiare, diffondere e utilizzare illegalmente un videogioco "pirata", non nel mero possesso/utilizzo in sé della cartuccia R4, in quanto tali solamente impiegabili a rendere fruibile sulla *console* la lettura di qualsiasi *file* multimediale.

Ulteriori argomentazioni a sostegno della tesi difensiva sono state altresì prospettate sulla scorta della sentenza della Corte di Giustizia 23 gennaio 2014 pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano cui si è provveduto nell'ambito di una causa che contrapponeva una ditta italiana e la Nintendo Co. Ltd in merito proprio alla legittimità della commercializzazione da parte della prima di cartucce R4.

Dal complesso dei principi affermati dalla Corte è infatti possibile evincere le seguenti "indicazioni":

a) La protezione giuridica che gli Stati membri sono obbligati a prevedere è diretta a tutelare solo ed esclusivamente le «misure tecnologiche» di protezione destinate ad impedire atti non autorizzati dal titolare del diritto d'autore che, come chiarito al punto 25 della sentenza, possono essere solo quelli comportanti la illegittima riproduzione delle opere, la loro comunicazione al pubblico e la loro messa a disposizione del pubblico, nonché la distribuzione dell'originale o di copie delle opere.

b) Ulteriore fondamentale principio affermato dalla Corte è che *“una protezione giuridica nei confronti degli atti non autorizzati dal titolare dei diritti d'autore deve rispettare, conformemente all'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2001/29, interpretato alla luce del considerando 48 di quest'ultima, il principio di proporzionalità e non deve impedire i dispositivi o le attività che hanno, sul piano commerciale, una finalità o un'utilizzazione diversa dal facilitare la realizzazione di tali atti mediante l'elusione della protezione tecnologica. Infatti, la suddetta protezione giuridica è accordata esclusivamente alle misure tecnologiche che perseguono l'obiettivo di impedire o eliminare, per quanto riguarda le opere, gli atti non autorizzati dal titolare di un diritto d'autore menzionati al punto 25 della presente sentenza. Le suddette misure devono essere adeguate alla realizzazione di tale obiettivo e non eccedere quanto necessario a tal fine”*.

Quanto sopra è fondamentale. Premesso che le misure tecnologiche godono di tutela in tanto in quanto siano finalizzate ad impedire gli atti non autorizzati dal titolare del diritto di autore che sono esclusivamente quelli prima menzionati, dette misure non possono pertanto impedire il compimento di qualsiasi atto diverso. Ne consegue che non godono di tutela giuridica le misure tecnologiche di protezione che siano finalizzate ad impedire il compimento di atti diversi da quelli sopra citati.

Nel caso specifico, ne consegue che nel momento in cui la cartuccia 4R è utilizzata per consentire sulla console Nintendo attività diverse da quelle che il titolare del diritto di autore ha diritto di vietare, l'elusione delle dette misure tecnologiche non può integrare alcun illecito.

c) Altra importante affermazione della Corte è quella per la quale *“La valutazione dell'ambito della protezione giuridica di cui trattasi non dovrebbe essere svolta in funzione della peculiare destinazione delle console, come prevista dal titolare dei diritti d'autore”*. La Corte dunque conferma che la protezione giuridica non si estende sino ad garantire il titolare del diritto a che le proprie console vengano utilizzate solo ed esclusivamente per visionare i videogiochi dalla stessa commercializzati, come invece da questa preteso.

d) Afferma infine la Corte che al fine di stabilire se un determinato dispositivo possa considerarsi illecito o meno necessiterebbe acquisire *“la prova dell'uso che i terzi effettivamente ne fanno”* e ciò al fine di determinare *“con quale frequenza gli apparati vengono effettivamente utilizzati per consentire l'uso di copie non autorizzate di giochi Nintendo, e con licenza Nintendo, sulle console Nintendo, nonché la frequenza con cui tali apparati sono utilizzati a fini che non violano il diritto d'autore sui giochi Nintendo o con licenza Nintendo”*.

Trasportata questa considerazione sul piano penalistico, sono di tutta evidenza le conseguenze che ne derivano: solo la dimostrazione che nel caso concreto che vi sia stato uso illegittimo delle cartucce R4 può implicare un conseguente giudizio di illiceità.

La Corte conferma che le misure tecnologiche di protezione apposte sulla console Nintendo non godono di alcuna protezione giuridica nel momento in cui queste sono violate per il compimento di atti diversi da quelli che il titolare del diritto di autore può legittimamente pretendere che vengano tutelati.

Anche perché il possessore della console ha il diritto di utilizzarla, come sempre è la Corte a confermare, anche per finalità diverse da quelle cui la Nintendo l'ha destinata.

Il Tribunale di Venezia ha fatto buon governo delle argomentazioni sopra riportate.

In primo luogo il Tribunale ha dato atto – anche a seguito degli esperimenti operati nel corso del dibattimento – come effettivamente la cartuccia R4 si presti ad innumerevoli utilizzi pratici diversi da quello – illecito – di violare i diritti di autore riferibili al software prodotto dalla Nintendo (i videogiochi), escludendo alla luce di tanto che al dispositivo in questione possa attribuirsi la prevalente finalità illecita sanzionata dalla norma incriminatrice.

In secondo luogo, il Giudice, in applicazione dei principi desumibili dalla pronuncia della sentenza 23.01.2014 della Corte di Giustizia sopra ricordata, ha valutato che le MPT apposte sulla console Nintendo, per quanto suscettibili di rientrare in quelle tutelate, *“non appaiono affatto corrispondere ai requisiti, anche di*

proporzione, ricavabili dalla citata pronunzia" in quanto "concretamente risultate tali da impedire in modo assoluto qualsivoglia espansione alle potenzialità dell'apparecchio".

In buona sostanza il Tribunale, pare aver completamente ribaltato i termini della questione, ritenendo, in applicazione dei principi delineati dalla Corte, che fossero piuttosto le MPT in questione apposte da Nintendo sui propri dispositivi ad essere se non illegittime, quantomeno ingiustificate, in quanto non rispondenti al principio di proporzionalità.

- avv. Massimo Camilli -

Studio Avv. Massimo Camilli