

# Dig *Italia*

Anno III, Numero 2 - **2008**

Rivista del digitale nei beni culturali

ICCU-ROMA

# Per una riforma del diritto d'autore

**Ferdinando Tozzi**

*Avvocato, giurista esperto del Comitato Consultivo Permanente per il Diritto di Autore*

*È da tempo che, in relazione allo sviluppo delle nuove tecnologie – da un lato creatrici di nuove opere dell'ingegno e dall'altro capaci di assicurare una rinnovata veicolazione e riproducibilità delle altre, tradizionali, opere dell'ingegno – si è posta la problematica dell'applicabilità della legge sul diritto di autore come attualmente vigente in Italia. È da ritenere che si possa e si debba scongiurare ogni previsione di impossibilità ad applicare qualsiasi istituto della proprietà intellettuale nel contesto delle nuove tecnologie, che non impongono affatto la morte del diritto di autore. In un mondo globale di comunicazione interattiva è però fin troppo semplice cadere nell'inganno di ritenere i beni intellettuali liberamente disponibili, alla mercè di chiunque solo perché il più delle volte non hanno una loro consistenza materiale. La società deve aver ben chiaro che utilizzare abusivamente un'opera dell'ingegno equivale a utilizzare abusivamente un qualsiasi bene di proprietà altrui. Bisogna, quindi, che ci sia piena coscienza che ogni opera è frutto di lavoro e professionalità. È perciò doveroso salvaguardare il bene intellettuale che genera proventi economici che rappresentano la retribuzione dell'ingegno degli autori e, soprattutto, l'incentivo alla creatività e alla produzione culturale del nostro Paese; pena il fallimento del mercato. Nell'on-line la corretta accessibilità ai contenuti creativi (dunque i "servizi leciti") è giuridicamente limitata; ciò per diversi fattori tra i quali spicca l'indeterminatezza dei confini tra utilizzi leciti e illeciti delle opere d'autore. Per ottenere pertanto una normativa sul diritto di autore adeguata al nuovo contesto tecnologico è stato condotto uno studio finalizzato a modificare la l. 633/41 ed a raggiungere una rinnovata simmetria del sistema normativo, tra il diritto di autore nell'ambiente analogico e digitale. Il diritto di autore nel nuovo contesto tecnologico deve infatti, sempre di più, essere una norma regolatrice per un corretto accesso ai contenuti creativi nel Web.*

## 1. Il diritto di autore e le sue fonti

**A**ppare preliminarmente necessario un breve *excursus* sui tratti caratterizzanti la disciplina del diritto di autore e le sue fonti.

È anzitutto da evidenziare come nella sfera di applicazione della legge sul diritto di autore rientrino tutte le opere dell'ingegno umano aventi carattere creativo, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Dunque, non vi è un rapporto tra opere dell'ingegno più o meno creative e conseguentemente più o meno meritevoli di tutela. Pertanto, appurato il carattere creativo, seppur non qualificato, ogni opera dell'ingegno è tutelata.

A tal fine è anche da aver chiaro come, in relazione a un'opera, si usano distinguere tre componenti:

- l'idea;
- l'espressione dell'idea;
- il supporto materiale.

Il diritto d'autore non tutela le idee in quanto tali ma il modo in cui sono espresse, la loro forma.

In merito a quest'ultimo concetto si usa distinguere tra una forma interna e una forma esterna, la prima è il modo personale dell'autore di raggruppare, sviluppare e intrecciare idee; la seconda (forma esterna) indica l'elemento di un'opera immediatamente percepibile ai sensi ed esteriorizzato in uno dei mezzi espressivi, esemplificativamente elencati all'art. 2 della l. 633/41 (Legge sul diritto d'autore, da ora anche solo LDA) quali la cinematografia, la fotografia, la musica, il software, ecc. La forma dell'opera deve essere tenuta distinta da quella del supporto materiale su cui essa trova esteriorizzazione. Il diritto d'autore tutela infatti solo la forma non il suo supporto (carta, pellicola, file); salvo casi specifici come quelli in cui la forma di un'opera coincide con quella del supporto (si pensi alle creazioni della pittura, della scultura e dell'architettura). Oggetto del diritto d'autore è dunque un bene immateriale, distinto dal possesso (o anche dalla proprietà) del mero supporto (cartaceo, fisico, meccanico, magnetico, digitale) sul quale l'opera è fruibile, che, in quanto tale è di proprietà di chi lo acquista (avendone pagato il corrispettivo). Perciò il proprietario del supporto non ha alcuna titolarità a disporre dei diritti di autore, potendo soltanto esercitare le facoltà come consentite dal titolare e secondo la legge.

Il diritto dell'autore nasce al momento della creazione dell'opera, che il nostro codice civile identifica, in una «particolare espressione del lavoro intellettuale». Quindi, è dall'atto creativo che, incondizionatamente, il diritto si origina. Non vi è pertanto alcun obbligo di deposito<sup>1</sup>, di registrazione o di pubblicazione dell'opera (a differenza del brevetto industriale).

<sup>1</sup> Ai sensi e per gli effetti degli art. 103 e seg. LDA sono disciplinati alcuni *Registri di pubblicità e deposito delle opere*, in particolare, la Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) cura la tenuta di un registro pubblico speciale per le opere cinematografiche, presso il Ministero per i beni e le attività culturali (Mibac) vi è il registro pubblico generale per le opere protette ai sensi della legge sul diritto di autore medesima; sempre la SIAE cura la tenuta anche del registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore. La registrazione «fa fede, sino a prova contraria, della esistenza dell'opera e del fatto della sua pubblicazione» (art. 103 terzo comma LDA).

L'autore ha dunque, con la mera creazione (teoricamente anche solo orale), il diritto a sfruttare la propria opera in ogni forma e modo.

Vi è poi una usuale *summa divisio*, ricavabile dal dettato normativo, tra diritti patrimoniali e morali afferenti la persona dell'autore. Il diritto patrimoniale può essere ceduto, a titolo oneroso o gratuito, a terzi. L'autore può dunque sfruttare la propria opera in ogni forma e modo. Ciò che il diritto d'autore riconosce al creatore di un'opera sono una serie di facoltà esclusive fra cui il diritto di pubblicare, riprodurre, trascrivere, eseguire, rappresentare o recitare in pubblico un'opera<sup>2</sup>. Tutti i diritti dell'autore sono indipendenti<sup>3</sup> l'uno dall'altro, il che significa che l'esercizio di uno non esclude l'esercizio di tutti gli altri; inoltre tali diritti riguardano sia l'opera nel suo insieme, che in ciascuna delle sue parti. I diritti di utilizzazione economica dell'opera durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte.

Il diritto morale è invece irrinunciabile e indisponibile in quanto strettamente legato alla persona dell'autore, esso tutela l'attività in cui si materializza la creatività dell'autore e la sua personalità<sup>4</sup>.

Tra le più importanti innovazioni di questi ultimi anni, legate proprio al nuovo contesto tecnologico, vi sono le misure tecniche di protezione (cosiddette "mtp"). Queste sono disciplinate dagli artt. 102 quater e 102 quinquies LDA, introdotti, in attuazione della Direttiva 29/2001<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> La comunicazione al pubblico di un'opera dell'ingegno si articola in una comunicazione ad un pubblico presente ovvero tramite mezzi di diffusione a distanza, tra cui il satellite, il cavo e la stessa rete Internet: la cosiddetta messa a disposizione del pubblico in maniera che ciascuno possa avervi accesso nel luogo e nel momento scelti individualmente (*on demand*).

<sup>3</sup> Vedasi l'art. 19 della l. 633/41 che testualmente recita: «I diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti. Essi hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuna delle sue parti».

<sup>4</sup> Il diritto morale si specifica in una serie di facoltà, tra cui il diritto d'inedito, che è un'articolazione della libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 della Costituzione; il diritto alla paternità dell'opera, in ragione del quale l'autore gode del diritto di rivendicare di essere pubblicamente riconosciuto come l'artefice e all'inverso, che non gli venga attribuita un'opera non sua o diversa da quella da lui creata. L'usurpazione della paternità dell'opera costituisce plagio. Il vero autore può difendersi ottenendo per via giudiziale la distruzione dell'opera dell'usurpatore, oltre al risarcimento dei danni (in caso di opera anonima o pseudonimo) l'autore può rivelarsi, se vuole, quando meglio crede e di opporsi a qualsiasi modifica o ad ogni atto che possa pregiudicare il suo onore o la sua reputazione. Dopo la morte dell'autore mantengono tali diritti i discendenti, *iure proprio*; il diritto all'integrità dell'opera, che garantisce all'autore che l'opera non venga modificata senza il suo consenso; il diritto di ritirare l'opera dal commercio, cioè il cosiddetto "diritto di pentimento" che, per bilanciare gli opposti interessi, determina, se esercitato, per l'autore l'obbligo di corrispondere un indennizzo a coloro che hanno acquistato i diritti sull'opera stessa.

<sup>5</sup> Invero la possibilità di introdurre le mtp era già prevista con i trattati dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI) sul diritto di autore e connessi del 1996, dal DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) statunitense. Per misure tecniche di protezione si intendono quelle protezioni tecnologiche che impediscono il compimento di attività sull'opera non autorizzate dai titolari dei diritti. A titolo esemplificativo si conoscono misure tecniche di protezione quali il *metering system* che registra i singoli utilizzi di un'opera, il *watermarking* ovvero una sorta di tatuaggio digitale dell'opera, le varie tecniche di crittografia, le tecniche che identificano l'opera e, monitorandone l'uso, corrispondono un compenso ai titolari, ed ancora altre in divenire.

Il “sistema” delle mtp si completa con la normativa a loro protezione, ovvero, in particolare, l’art. 171 ter LDA. Peraltro le difese e sanzioni civili e penali rappresentano anche la chiusura del sistema tutto del diritto di autore<sup>6</sup>.

Il diritto di autore ha una vocazione internazionale da una parte dovuta all’interesse dell’autore a che le sue opere siano il più possibile diffuse e conosciute e, dall’altra, all’esigenza di promozione e divulgazione della cultura a livello transnazionale, garantendo il libero flusso della conoscenza e delle informazioni<sup>7</sup>. Le opere dell’ingegno dunque tendono a circolare oltre i confini politici del paese in cui sono state create. Questa propensione è accentuata dallo sviluppo tecnologico degli strumenti di comunicazione di massa e dalle dinamiche tipiche dell’ambiente Web.

Appare allora opportuno un cenno alla normativa nazionale e internazionale, soprattutto comunitaria.

Il diritto di autore – oltre che nel Codice Civile e nella legge speciale<sup>8</sup> – trova indiretta tutela nella Carta Costituzionale in quanto la produzione e la pubblicazione di opere dell’ingegno rappresentano manifestazioni dello sviluppo della persona umana tutelate dall’art. 3 della Costituzione; il diritto di autore rappresenta poi una concretizzazione del principio di libertà di pensiero tutelata ai sensi degli artt. 21 e 33 della Carta Costituzionale; è inoltre normativa posta a tutela della diffusione e dello sviluppo della cultura secondo il dettato dell’art. 9 della Costituzione (nonché dell’art. 128 del Trattato CE)<sup>9</sup> oltre a rispon-

<sup>6</sup> Infatti al Capo III *Difese e Sanzioni giudiziarie*, vi è la Sezione I *Difese e sanzioni civili*, art. 156 e seg.; la Sezione II, *Difese e sanzioni penali* con gli art.171 e seg. Seguono le disposizioni sulla SIAE e sul Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d’Autore (CCPDA) nonché le disposizioni transitorie e finali.

<sup>7</sup> Vedasi Roberto Mastroianni, *Diritto Internazionale e Diritto di Autore*, Milano: Giuffrè, 1997, p. 1 e seg.

<sup>8</sup> Vedasi gli art. 2575 e seg. del *Codice Civile*; nonché la l. 22 aprile 1941 n. 633 *Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* («Gazzetta Ufficiale», n. 166, 16 luglio 1941).

<sup>9</sup> Le fonti del diritto di autore sono alquanto eterogenee, sebbene sarebbe auspicabile una uniformità transnazionale soprattutto in ragione della peculiarità dell’oggetto di tutela, le opere dell’ingegno – ormai spesso dematerializzate (senza cioè un *corpus mechanicum*) – che circolano sempre più velocemente e in modo capillare, grazie proprio all’*on-line*, senza conoscere, da questo punto di vista ostacoli e frontiere.

Opportuno partire dalla Convenzione di Berna del 1886 (prima stesura) che ha la finalità di assicurare una protezione minimale in materia di diritto di autore a tutti i Paesi unionisti. L’ultima revisione risale al 24 luglio 1971 (cosiddetto *Atto di Parigi*). Da citare anche il Trattato OMPI del 1996 sul diritto di autore e l’evoluzione tecnologica. Nell’UE, negli ultimi anni, si sono susseguite una serie di direttive sul diritto di autore. A partire dalla Direttiva 91/250 in materia di software (recepita in Italia con il d.lgs. 518/92), poi la Direttiva 92/100 che ha introdotto alcuni diritti esclusivi a favore degli autori e dei titolari di diritti connessi (recepita con d.lgs. 685/94). La Direttiva 93/83 sulla diffusione via satellite e cavo, la Direttiva 93/98 sulla armonizzazione dei termini di durata dei diritti di sfruttamento economico delle opere; ancora la Direttiva 96/9 sulle banche dati (recepita con il d.lgs. 169/99). La Direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre ‘98 sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli. Poi la Direttiva 2002/31 sul commercio elettronico fino a giungere alla Direttiva 2001/29 sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto di autore e dei diritti connessi nella Società dell’informazione, recepita in Italia con il d.lgs 68/2003.

dere alle esigenze dedotte agli artt. 41 e 35 della Carta Costituzionale<sup>10</sup>.

Venendo alla normativa internazionale, pur non volendosi effettuare un'elencazione del tutto esaustiva<sup>11</sup> va sicuramente menzionato il *Green Paper on Copyright and Related rights in the Information Society* della Commissione Europea del 19 luglio 1995. Con tale documento la Commissione ha evidenziato che per aversi un ottimale sviluppo della società dell'informazione, l'espansione dei nuovi prodotti e dei nuovi servizi presuppone una cornice disciplinare adeguata al nuovo contesto e soprattutto coerente a livello nazionale, Comunitario e internazionale. Il *Green Paper* evidenzia inoltre l'importanza di un equilibrato sviluppo della società dell'informazione quale presupposto dello sviluppo dell'economia europea.

La comunità internazionale ha poi adottato due trattati inerenti il diritto di autore nel nuovo ambiente digitale: il *WCT (Wipo Copyright Treaty)* e il *WPPT (Wipo Performers and Phonograms Treaty)* volti ad assicurare un significativo aggiornamento della protezione dei diritti d'autore nell'*on-line*<sup>12</sup>.

Negli ultimi anni il più rilevante provvedimento normativo comunitario è stato, ad avviso di chi scrive, la Direttiva 2001 n. 29<sup>13</sup> sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto di autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Con tale Direttiva si è cercato da un lato di adattare la legislazione sul diritto di autore agli sviluppi tecnologici e al cosiddetto "*digital market*" con un giusto bilanciamento tra diritti ed eccezioni e dall'altro di trasporre nella legge comunitaria le principali obbligazioni internazionali derivanti dai due menzionati trattati sul diritto di autore (*WCT* e *WPPT*).

La Direttiva 2001/29 definisce e inquadra il regime del diritto di autore per l'*off-line* ma anche e soprattutto per le opere digitali, dunque per l'ambiente *on-line*. Con la menzionata Direttiva il legislatore si è posto il principale obiettivo di affrontare le problematiche e i bisogni del diritto di autore nel Web e creare un sistema

<sup>10</sup> In particolare dall'art. 9 Cost. risulta possibile ricavare quattro principi quali compiti della Repubblica:

- promuovere lo sviluppo e la diffusione della cultura;
- promuovere la ricerca scientifica;
- tutelare il paesaggio ed il patrimonio artistico della Nazione;
- tutti i menzionati compiti sono attribuiti alla Repubblica.

L'art. 41 tutela l'iniziativa economia privata ponendo però un fine sociale: il benessere economico quale mezzo di sviluppo, l'economia al servizio della società e non l'individuo subordinato alle esigenze dell'economia. L'art. 35 è posto a tutela del lavoro infatti il primo comma recita testualmente «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni».

<sup>11</sup> Vedasi comunque a tal fine la precedente nota 9.

<sup>12</sup> L'*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* concluso a Marrakech il 15 aprile 1994, nell'ambito dell'Uruguay round dei negoziati General Agreement on Tariffs and Trade (GATT); il *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*, firmato a Ginevra il 20 dicembre 1996, entrambi ispirati dai principi posti dalla Convenzione di Roma del 1961.

<sup>13</sup> Negli USA è di sicuro rilievo il DMCA, in attuazione dei due Trattati WIPO (*WCT WPPT*), del 28 ottobre 1998.

armonico a livello europeo<sup>14</sup>, ciò anche incentivando le utilizzazioni delle mtp per garantire un uso lecito dei contenuti creativi. Il legislatore comunitario ha agito sul presupposto che lo sviluppo dell'ambiente *on-line* ha determinato nuovi modi di sfruttamento dei contenuti creativi ma ha anche ampliato le possibilità di diffusione della cultura, dunque – con un giusto bilanciamento tra la protezione dei diritti dei titolari e degli interessi degli utilizzatori – ha posto l'obiettivo di armonizzare il diritto di autore all'*on-line* tenendo conto della necessità di un alto livello di protezione che non leda però gli interessi pubblici all'accesso alla conoscenza. E così sembrerebbe esser stato rispettato l'originario obiettivo del Trattato di Lisbona<sup>15</sup>: far sì che l'Unione Europea, entro il 2010, divenga la più dinamica e competitiva economia del mondo. Il legislatore Comunitario appare dunque consapevole che un lavoro di adeguamento normativo del diritto di autore nella società dell'informazione sia un passo decisivo per alimentare la crescita dell'economia europea che non può prescindere dalla conoscenza. Pur avendo, l'adozione della Direttiva della società dell'informazione, sancito la conclusione di numerosi anni di discussioni e confronti in seno alla Commissione Europea sugli obiettivi da raggiungere dalla società in relazione all'emergere dell'ambiente digitale<sup>16</sup>, altra Direttiva di assoluto

<sup>14</sup> Basti citare il Considerando n. 4 che testualmente recita «Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro, nonché il considerando n. 31 che testualmente recita «deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno» o ancora il considerando n. 25 «Dovrebbe avviarsi all'incertezza giuridica relativa alla natura e al grado di protezione degli atti di trasmissione su richiesta, su rete, di opere protette dal diritto d'autore e di materiali protetti dai diritti connessi, prevedendo una protezione armonizzata a livello comunitario. Dovrebbe essere chiarito che tutti i titolari riconosciuti dalla direttiva hanno il diritto esclusivo di rendere accessibili al pubblico le opere protette dal diritto d'autore e i materiali protetti da altri diritti mediante trasmissioni interattive su richiesta (*on demand*). Tali trasmissioni sono caratterizzate dal fatto che i componenti del pubblico possono accedervi dal luogo e nel momento da essi individualmente scelto».

<sup>15</sup> Consiglio di Lisbona anno 2000. In tale sede è stato posto l'obiettivo della creazione di un clima favorevole per l'innovazione tecnologica come principio base per creare i presupposti per fare dell'UE la guida, a livello mondiale, dell'economia basata sulla scienza.

<sup>16</sup> Utile citare il seguente documento di studio dell'UE: commission of the European Communities, *DG Internal Market And Services Working Paper. First evaluation of Directive 2001/29/EC on the legal protection of databases*, 12 December 2005,

rilievo è stata successivamente la n. 48 del 2004 che ha provveduto al cosiddetto “*enforcement*” dei diritti di autore (attuata in Italia con il d.lgs 16 marzo 2006 n. 140). Ancora, nel 2005, la Commissione ha lanciato l’iniziativa “i2010 – A European Information Society for growth and employment”, quale cornice per affrontare, ancora una volta, le sfide dello sviluppo della società dell’informazione e dell’*on-line*<sup>17</sup>. Infine meritano sicura menzione la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo sui contenuti creativi *on-line* nel mercato unico, del gennaio 2008<sup>18</sup> nonché il, recente, *Green Paper Copyright in the Knowledge Economy*<sup>19</sup>.

## 2. Il diritto d’autore nel nuovo ambiente tecnologico

Fatto questo breve *excursus* su alcuni dei principi cardine del diritto di autore e sulle sue fonti essenziali, va dedotto come l’evoluzione e il progresso tecnologico hanno determinato la necessità di un’analisi della attuale normativa nel nuovo ambiente cosiddetto “digitale”.

È infatti da tempo che, in relazione allo sviluppo delle nuove tecnologie – da un lato creatrici di nuove opere dell’ingegno e dall’altro capaci di assicurare una rinnovata veicolazione e riproducibilità delle altre, tradizionali, opere dell’ingegno – si è posta la problematica dell’applicabilità della legge sul diritto di autore come attualmente vigente in Italia.

Ritiene chi scrive che detta normativa non è messa in crisi per la sfida portata dalle nuove tecnologie della telematica e del digitale; oggetto del diritto di autore sono infatti, ai sensi della legge, le opere dell’ingegno di carattere creativo «qualunque ne sia il modo o la forma di espressione»<sup>20</sup>, pertanto – in merito ai principi – nulla sembra mutare nel nuovo ambiente digitale.

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/databases/evaluation\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf), ove fra le altre si apprende che agli Stati membri è stata fissata la data del 22 dicembre 2002 come termine ultimo per implementare la legge nazionale, ma solo la Grecia e la Danimarca hanno osservato tale scadenza, molti degli stati membri hanno trasposto, nelle rispettive normative interne, le obbligazioni poste dalla Direttiva 2001/29 negli anni 2003 e 2004, mentre addirittura alcuni stati quali Francia e Spagna hanno utilizzato più tempo, giungendo al 2006.

<sup>17</sup> La Commissione ha intrapreso altre iniziative, fra cui vale la pena citare: l’High Level Group on Digital Rights Managements; l’*European charter for the development and the take-up of film online*; la i2010: Digital Libraries Initiative, per una biblioteca digitale europea; l’*Audiovisual Media Service Directive*, fino ad arrivare alla pubblica consultazione di cui alla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo sui contenuti creativi *on-line* nel mercato unico, a tal proposito vedasi il cap. 4 del presente lavoro.

<sup>18</sup> Il 3 gennaio 2008 la Commissione ha licenziato una Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni sui contenuti creativi *on-line* nel mercato unico, al fine di raccogliere pareri da tutte le “parti interessate”. Tale fase, che si è conclusa il 29 febbraio 2008, costituirà la base di lavoro per una proposta di Raccomandazione – da licenziare per il 2008 – del Parlamento Europeo e del Consiglio sui contenuti creativi *on-line* che riguarderebbe i seguenti aspetti: trasparenza (etichettatura) e interoperabilità dei DRM; incentivazione all’istituzione di regimi di licenza innovativi nel settore delle opere audiovisive; offerte lecite e pirateria.

<sup>19</sup> Vedasi il successivo cap. 2.

<sup>20</sup> Art. 1 l. 633/1941.

La normativa infatti contiene una previsione omnicomprensiva e aperta ad accogliere ogni nuova espressione creativa di un'idea.

Sono però le norme che rendono operativi detti principi – in quanto più specifiche e dunque più facilmente soggette a obsolescenza – a necessitare di un adattamento al rinnovato contesto delle nuove tecnologie, evitando però previsioni che possano risultare, in breve tempo, nuovamente obsolete.

È quindi da ritenere che si possa e si debba scongiurare ogni previsione di impossibilità ad applicare qualsiasi istituto della proprietà intellettuale nel contesto delle nuove tecnologie, che non impongono affatto la morte del diritto di autore.

Al contrario, le maggiori spinte innovative provengono proprio dall'irruzione delle nuove tecnologie, che hanno determinato uno stravolgimento dei modi di creare e fruire delle opere dell'ingegno.

Per tale ragione, il mercato – che è un sistema simmetrico di informazioni<sup>21</sup> – al momento non ha una allocazione simmetrica delle informazioni sui diritti e sul *discrimen* tra ciò che è lecito e illecito nell'ambiente *on-line*. Ci si deve allora chiedere come riequilibrare un sistema non armonico risolvendo il problema del diritto di autore nel Web e, conseguentemente, tutelando l'accessibilità alla conoscenza, salvaguardando i diritti degli autori.

Per cercare di affrontare tali problematiche – e dunque garantire accessibilità ai contenuti autoriali e incentivare l'offerta lecita avvalendosi dei vantaggi legati alle nuove tecnologie – pare opportuno, preliminarmente, preparare il terreno su cui dovrà poi svilupparsi la pianta della legalità e quindi del legittimo utilizzo della proprietà intellettuale. La società tutta deve infatti far propri i principi del buon vivere civile e, quindi, nello specifico comprendere che la tutela dell'opera intellettuale e la remunerazione (morale e patrimoniale) delle attività intellettuali sono valori irrinunciabili.

In un mondo globale di comunicazione interattiva è infatti fin troppo semplice cadere nell'inganno di ritenere i beni intellettuali liberamente disponibili, alla mercè di chiunque solo perché il più delle volte non hanno una loro consistenza materiale. La società deve aver ben chiaro che utilizzare abusivamente un'opera dell'ingegno equivale a utilizzare abusivamente un qualsivoglia bene di proprietà altrui.

Bisogna, quindi, che ci sia piena coscienza che ogni opera è frutto di lavoro e professionalità. Solo l'etica può avvicinare le coscienze sociali con una rinnovata diffusa consapevolezza di una esigenza di tutela dei legittimi titolari dei diritti sulle opere dell'ingegno.

È perciò doveroso salvaguardare il bene intellettuale che genera proventi economici che rappresentano la retribuzione dell'ingegno degli autori e, soprattutto, l'incentivo alla creatività e alla produzione culturale del nostro Paese; pena il fallimento del mercato.

<sup>21</sup> Ermanno Bocchini, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova: CEDAM, 2001, p. 13 e seg.

È altresì necessario che nell'*on-line* venga fatta chiarezza su ciò che è vietato e che il mercato ne sia correttamente informato in modo che tutti gli operatori abbiano piena consapevolezza del *discrimen* tra uso lecito e illecito di contenuti creativi<sup>22</sup>. In particolare è necessario tentare di risolvere il problema legato all'offerta lecita e alla pirateria.

Nell'*on-line*, ad avviso di chi scrive, la corretta accessibilità ai contenuti creativi (dunque i "servizi leciti") è giuridicamente limitata; ciò per diversi fattori tra i quali spicca l'indeterminatezza dei confini tra utilizzi leciti e illeciti delle opere d'autore.

Fino a che, nell'*on-line*, non sarà chiaro – tecnicamente e giuridicamente – quali siano le azioni che ciascun utente può liberamente compiere, quale sia dunque e conseguentemente l'offerta lecita e, *a contrario*, quale attività costituisca pirateria, non sarà possibile risolvere efficacemente alcuna problematica del diritto d'autore nel rinnovato contesto tecnologico. Tale ragionamento trova peraltro le sue radici anche nel concetto penalistico di colpevolezza intesa come rimproverabilità dell'azione al soggetto che la ha posta in essere<sup>23</sup>; il consumatore deve sapere, essere informato, sui suoi diritti nell'*on-line*. Invero anche dalla mancanza di determinatezza dei confini tra usi leciti e illeciti deriva il fenomeno della cosiddetta "pirateria altruistica" – grave quanto la pirateria "commerciale" – caratterizzato dalla volontà dei privati di diffondere e scambiare opere *on-line* non a scopo di lucro, ma per informazione e studio.

Peraltro, soprattutto in ragione delle spinte Comunitarie vi sono stati, negli ultimi anni, numerosi interventi che hanno di certo contribuito a un adeguamento della l. 633/41 alle nuove necessità di una società e di un'economia molto diverse da quelle degli anni del Secondo conflitto Mondiale, epoca in cui detta norma fu concepita.

Ed è proprio il legislatore Comunitario, con la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo sui contenuti creativi *on-line* nel mercato unico, del gennaio

<sup>22</sup>Vedasi in proposito il documento *DG Internal Market And Services Working Paper* cit., ove testualmente recita: «the lack of legal certainty would ruin the efforts for a favorable environment which stimulates creativity and investment». Ancora, bisognerà con sempre maggior impegno, utilizzando le nuove tecnologie, creare strumenti che permettano l'accessibilità piena, a favore dei soggetti diversamente abili, alle opere dell'ingegno e quindi alla cultura. Sarà opportuno valutare nuove e più incisive misure antipirateria, rafforzando la cooperazione internazionale. È inoltre interessante riportare il considerando n. 25 che statuisce: «Dovrebbe avviarsi all'incertezza giuridica relativa alla natura e al grado di protezione degli atti di trasmissione su richiesta, su rete, di opere protette dal diritto d'autore e di materiali protetti dai diritti connessi, prevedendo una protezione armonizzata a livello comunitario. Dovrebbe essere chiarito che tutti i titolari riconosciuti dalla direttiva hanno il diritto esclusivo di rendere accessibili al pubblico le opere protette dal diritto d'autore e i materiali protetti da altri diritti mediante trasmissioni interattive su richiesta ("*on demand*"). Tali trasmissioni sono caratterizzate dal fatto che i componenti del pubblico possono accedervi dal luogo e nel momento da essi individualmente scelti».

<sup>23</sup>Secondo la "teoria della coazione psicologica" del Feurbach, nessuno può essere punito se non è posto in grado di conoscere prima quali siano le azioni penalmente rilevanti e quali, invece, quelle lecite.

2008<sup>24</sup>, a sostenere che lo sviluppo di servizi leciti presuppone che si affronti e risolva il problema della pirateria *on-line* e si chiariscano i confini tra lecito e illecito<sup>25</sup>, nonché – coerentemente – a invocare una riforma della legge. Infatti si sostiene come, per trarre il massimo beneficio dai mutamenti portati dalla tecnologia si debbano perseguire tre obiettivi, tra i quali spicca la volontà di aggiornamento normativo, e in particolare:

- garantire che i contenuti europei contribuiscano nella misura del possibile alla competitività europea e favoriscano la disponibilità e la diffusione dell'ampia diversità della creazione di contenuti europei e del patrimonio linguistico e culturale dell'Europa;
- aggiornare o chiarire le eventuali disposizioni giuridiche che ostacolano inutilmente la diffusione *on-line* dei contenuti creativi *on-line* nell'UE, riconoscendo al contempo l'importanza dei diritti di autore per la creazione;
- incoraggiare il ruolo attivo degli utilizzatori nella selezione, diffusione e creazione di contenuti, soggetti che dovranno esser sempre più consapevoli (che hanno cioè il diritto/dovere di essere informati sui loro diritti), responsabili e dunque non più consumatori passivi.

Ancora, sempre la Commissione Europea ha licenziato nel luglio 2008 il citato *Green Paper Copyright in the Knowledge Economy*<sup>26</sup>; tale documento è rilevante soprattutto perché esemplifica alcune problematiche legate al diritto di autore nell'attuale contesto tecnologico; in particolare, esso si articola in due parti, una prima che riguarda la problematica generale delle eccezioni ai diritti esclusivi come disciplinate dalla Direttiva 2001/29, l'altra parte che riguarda le eccezioni e limitazioni maggiormente rilevanti per la diffusione della conoscenza e come debbano evolversi nell'era del digitale. In particolare è interessante evidenziare come detto *Green Paper* sottolinei la necessità di promuovere la libertà di movimento della conoscenza e dell'innovazione quali "*fifth freedom*" nel mercato unico caratterizzato dalla cosiddetta "*knowledge economy*" che sta a indicare tutte le attività economiche che si basano non più sulle risorse naturali ma su quelle intellettuali, il capitale umano e la conoscenza.

<sup>24</sup> Vedasi cap. 1. Peraltro, nella sua introduzione, la Comunicazione chiarisce come: «la disponibilità e l'impiego della banda larga e le maggiori possibilità di accedere ai contenuti e ai servizi creativi ovunque e in qualsiasi momento offrono delle nuove opportunità stimolanti. Per i consumatori questo si traduce in nuovi modi per accedere, se non addirittura per condizionare, i contenuti creativi presenti nelle reti mondiali, come internet, sia da casa. Per le imprese significa poter offrire servizi e contenuti nuovi e sviluppare nuovi mercati. [...] le soluzioni più appropriate si tradurranno in crescita occupazione e innovazione in Europa».

<sup>25</sup> Vedasi l'art. 2.3 della Comunicazione intitolato *Interoperabilità e trasparenza dei sistemi di gestione digitale dei diritti*.

<sup>26</sup> Tale documento tratta in particolare delle problematiche legate ad una serie di eccezioni e limitazioni ai diritti di autore. L'organismo comunitario richiede commenti entro il 30 novembre 2008.

Al contempo il citato documento ribadisce come un alto livello di protezione dei diritti di autore sia cruciale per lo sviluppo della creatività; dunque un sistema rigoroso ed efficiente di protezione è necessario per garantire la giusta remunerazione agli autori e incentivarne l'ulteriore produzione.

Alla luce di quanto sopra si delinea chiaramente la necessità di una normativa sul diritto di autore adeguata al nuovo contesto tecnologico, in modo da garantire spazi liberi per la comunicazione tra privati che nella società dell'informazione si svolge soprattutto attraverso l'*on-line*. Serve altresì una adeguata e chiara informazione ed educazione dei consumatori e operatori sui loro diritti e doveri. Solo così il nuovo agorà culturale che è divenuto l'*on-line* potrà effettivamente svilupparsi, e dunque la cultura, l'informazione e la ricerca trovare nuovo slancio, con una piena libertà di accesso alla conoscenza e, parimenti, una effettiva tutela dei titolari dei diritti; da ciò potrebbe derivare anche un maggiore sviluppo dell'economia e dunque una maggiore competitività del sistema Italia ed Europa, a beneficio di tutti, imprenditori, titolari e utenti. È però di certo necessario che l'adeguamento normativo al rinnovato ambiente tecnologico avvenga in un'ottica non di sterile difesa, ma, di valutazione delle possibilità che le nuove tecnologie possono offrire per una più ampia diffusione della cultura e delle informazioni e per un più proficuo sviluppo del mercato nazionale e transnazionale.

### **3. Il lavoro del Comitato Consultivo Permanente per il diritto di Autore: studio per una riforma della l. 633/1941**

Anche per i motivi fin qui esposti<sup>27</sup> si è ritenuto di procedere ad uno studio volto ad individuare una proposta per una eventuale riforma della l. 633/41.

In ragione di quanto sopra, in seno al Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore<sup>28</sup>, il Presidente, professor Alberto Maria Gambino, ha istituito nell'ottobre 2007 alcuni gruppi di lavoro, cui hanno partecipato oltre un centinaio di esperti per approfondire e individuare gli ambiti di intervento più urgenti per adeguare la normativa sul diritto di autore al rinnovato ambiente tecnologico.

I lavori – frutto di un serio e serrato confronto, condotto con un metodo interdisciplinare e trasversale attraverso l'accostamento di cattedratici e operatori dei vari settori dell'industria culturale e dei consumatori – sono poi confluiti in un documento che ha fatto emergere, in maniera compiuta sotto forma di emendamento al

<sup>27</sup> Oltre che in ragione della Legge 28 novembre 2005, n. 246, ove si prevede, all'art. 14 comma 14, l'adozione di decreti legislativi «che individuano le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali si ritiene indispensabile la permanenza in vigore»; nonché al successivo comma 15, ove si prevede che i decreti legislativi «provvedono altresì alla semplificazione o al riassetto della materia che ne è oggetto [...] anche al fine di armonizzare le disposizioni mantenute in vigore con quelle pubblicate successivamente alla data del 1° gennaio 1970».

<sup>28</sup> Il Comitato Consultivo permanente per il diritto di autore è organo consultivo presso il Ministero per i beni e le attività culturali; è previsto dalla legge sul diritto di autore ex art. 190 e seg. Presidente, dal luglio 2007, è il professor Alberto Maria Gambino.

testo della l. 633/41, i punti di vista dei menzionati soggetti, titolari dei diritti, consumatori e utenti.

Il documento di proposte per una riforma del diritto di autore è stato poi consegnato al Ministro per i beni e le attività culturali, il 18 dicembre 2007<sup>29</sup>.

In particolare, nel corso dei lavori di studio, si sono andate delineando, tra le molte, due principali linee.

L'una, che pone gli interessi dei titolari del diritto in posizione di assoluta preminenza, e valorizza gli investimenti sottesi all'industria culturale, di qui puntando all'irrigidimento delle prerogative dell'istituto, sia attraverso il riconoscimento delle esigenze dei nuovi autori, delle nuove tipologie di opere e dei nuovi diritti, sia eventualmente l'inasprimento dell'apparato sanzionatorio, anche attraverso il ricorso allo strumentario penale.

L'altra, invece, privilegia una traiettoria nella quale la ricompensa attribuita all'autore configuri uno "scopo-mezzo", funzionale al perseguimento di più ampi obiettivi di "benessere sociale" nell'interesse, in ultima analisi, dei consumatori-utenti. Poiché queste linee, insieme alle altre che sono state tracciate nel corso dei lavori, sono confluite nel documento presentato al Ministro, il Comitato ha conseguito l'obiettivo che si prefiggeva consistente, appunto, nel dare voce alle diverse e non sempre raccordabili anime che ravvivano il dibattito sulla riforma dell'istituto.

Ad avviso di chi scrive sono fondamentalmente due i piani di lettura del lavoro di studio per una riforma della legge sul diritto di autore in Italia. Da un lato vanno comprese alcune delle linee caratterizzanti il diritto di autore come emerse dai lavori di riforma; dall'altro vanno enucleate, tra le molte (tutte degne di menzione), alcune proposte concrete di riforma frutto dei lavori medesimi.

Pertanto, in tale ottica (in merito al primo piano di lettura) ciò che soprattutto preme affrontare è lo "stato di salute" del diritto di autore; ciò attraverso un utile esemplificazione rappresentata dal tema delle eccezioni e limitazioni, quali strumenti di demarcazione tra il lecito e l'illecito<sup>30</sup>.

Le eccezioni sono invero una essenziale "valvola di sfogo" del sistema del diritto di autore e conseguentemente elemento portante per un mercato equilibrato e simmetrico.

<sup>29</sup> Il documento è consultabile sul sito <http://www.dirittodautore.it>.

<sup>30</sup> Vedasi anche il già citato considerando n. 31 della Direttiva 2001/29, che testualmente recita «deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno».

Esse sono infatti destinate a consentire utilizzazioni altrimenti vietate – stante il regime di esclusiva – in funzione di interessi costituzionalmente garantiti, tra cui quello all’informazione, alla libera discussione, alla ricerca e all’accesso alla cultura. Le eccezioni sono fondate su interessi costituzionalmente garantiti di rango pari o prevalente a quelli degli autori; sono usi dell’opera dell’ingegno che, durante il periodo di vigenza dell’esclusiva, sono sottratti al controllo del titolare dei diritti, limitandone lo *ius excludendi omnes alios*.

Tali diritti, di cui agli artt. 65 e seg., fanno dunque eccezione alla regola generale che riserva all’autore la facoltà esclusiva di riproduzione e in quanto tali devono essere interpretati restrittivamente e comunque non analogicamente.

Si usa distinguere<sup>31</sup> tra eccezioni e limitazioni che tutelano interessi generali e altre che tutelano interessi per “usi privati”.

Fra le prime<sup>32</sup> vengono in rilievo le deroghe all’esclusiva finalizzate alla didattica, alla discussione, alla critica, all’insegnamento o alla ricerca scientifica, ovvero alla pubblica informazione; fra le seconde<sup>33</sup> rileva soprattutto l’art. 68 LDA in materia di fotocopie di opere letterarie nonché le norme previste in materia di copia privata, le eccezioni in favore dei portatori di handicap e quelle che consentono la riproduzione delle emissioni radiotelevisive in ospedali pubblici e istituti di prevenzione e pena. In alcuni casi l’utilizzazione dell’opera è libera e gratuita<sup>34</sup>, in altri casi il diritto esclusivo è degradato a diritto a compenso; comunque, il titolare dei diritti è tenuto ad adottare misure idonee a garantire l’accesso all’opera dell’ingegno protetta da misure tecnologiche di protezione ai sensi dell’art. 102 quater LDA, da un lato per consentire l’esercizio di alcune eccezioni<sup>35</sup>, dall’altro per consentire l’effettuazione di una copia privata anche solo analogica per uso personale<sup>36</sup>. In alcuni casi le eccezioni e limitazioni operano con riferimento a tutte le opere dell’ingegno<sup>37</sup> in altri l’utilizzazione è libera solo per talune categorie<sup>38</sup>.

Perché si possa parlare di eccezioni è necessario che la disciplina operi a favore della generalità dei consociati.

Al momento però non vi è equilibrio tra la disciplina delle eccezioni e limitazioni in

<sup>31</sup> Vedasi *ex multis*, Luigi Carlo Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova: CEDAM, 2007, p. 1674 e seg.

<sup>32</sup> Vedasi dunque gli art. 70 comma 1 e 2 nonché 65 e 66.

<sup>33</sup> Vedasi gli art. 71 *sexies*, *septies* e *opties*; 71 bis; art. 71 quater.

<sup>34</sup> Vedasi gli art. 65, 66, 67, 69, 70, 71, da 71 bis a 71 quater.

<sup>35</sup> Vedasi gli art. 55, 68 co. 1, 69 co. 2, 70 co. 1, 71 bis e quater e 71 quinquies co. 2.

<sup>36</sup> Vedasi l’art. 71 *sexies* comma 4; nonché il successivo cap. 3.

<sup>37</sup> Vedasi art. 67, 70, 71 bis, 71 ter.

<sup>38</sup> Vedasi gli art. 69 per gli esemplari a stampa, 71 per i pezzi musicali, 71 *sexies* e *opties* per i fonogrammi e videogrammi, 68 che trova applicazione alle opere letterarie. Nella maggior parte dei casi fanno eccezione al diritto di riproduzione ex art. 13, tuttavia il 69 limita il diritto di prestito (18 bis) il 71 il diritto di esecuzione (15) il 70 anche di elaborazione creativa (4 e 18), in molte ipotesi in cui poi è concessa la riproduzione è consentita anche la comunicazione al pubblico (65, 66, 70 e 71 bis).

ambiente *on-line* e *off-line*<sup>39</sup>, dunque non vi è simmetria tra ciò che è lecito e ciò che è illecito in ambiente *on-line* e *off-line* a discapito proprio della corretta accessibilità ai contenuti creativi e della certezza della norma.

La ragione che ha determinato tale disarmonia è legata al fatto che gli articoli 65 e seg. della legge n. 633 del '41 presuppongono vincoli impliciti di carattere materiale con uno stretto legame con le tecnologie reprografiche. La realizzazione di copie di opere letterarie, musicali, audiovisive era all'epoca della redazione della LDA costosa in termini di tempo e di risorse. Le copie comunque realizzate risultavano qualitativamente inferiori rispetto agli originali e difficilmente potevano avere un uso in concorrenza con lo sfruttamento del titolare del diritto.

L'avvento delle nuove tecnologie, con lo sviluppo del digitale e di Internet consente, invece, anche ai privati la realizzazione di copie identiche agli originali e la comunicazione delle stesse ai terzi in forma telematica senza costi apprezzabili in termini di tempo e di risorse economiche.

Pertanto, le nuove sfide tecnologiche al diritto di autore<sup>40</sup> sono state poste proprio dalla convergenza tra informatica e telecomunicazioni. L'informatica consente la riproduzione digitale delle opere, le telecomunicazioni consentono il trasferimento dei dati, il tutto in maniera capillare e a costi sempre decrescenti.

Tale convergenza tra informatica e telecomunicazioni è stata recepita sul versante della definizione delle facoltà che competono ai titolari dei diritti – vedasi, *ex multis*, l'art. 16 LDA, sui mezzi di diffusione a distanza che include anche «la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente» – ma non altrettanto su quello delle eccezioni e limitazioni.

Peraltro è proprio l'inadeguatezza della disciplina del diritto d'autore a fronte del mutato scenario tecnologico all'origine dell'approvazione della Direttiva 2001/29<sup>41</sup> sul diritto di autore nella società dell'informazione. Però, per l'*on-line*, con riferimento alle eccezioni e limitazioni, il legislatore internazionale, comunitario e nazionale – presumibilmente temendo un'estensione indiscriminata di utilizzazioni dell'opera al di fuori del controllo del titolare dei diritti – ha esercitato una vera e propria opzione negativa o comunque certo facoltativa. Ha, in pratica, limitato le eccezioni alle utilizzazioni tradizionali, infatti, salva l'unica eccezione obbligatoria<sup>42</sup> al

<sup>39</sup> Vedasi *Commentario Breve* cit., p. 1817, nonché e soprattutto p. 1679 sub VIII; Bruno Tassone, *Drm e rifiuto di licenze nel caso Virgin v. Apple: questione di fair play?*, «AIDA», XIV (2005), p. 376- 390.

<sup>40</sup> Vedasi cap. 2.

<sup>41</sup> Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Vedasi a tal proposito il cap. 1 del presente lavoro.

<sup>42</sup> Vedasi l'art. 5 della Direttiva 2001/29 che testualmente recita: «Eccezioni e limitazioni. 1. Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la

diritto di riproduzione – per taluni atti temporanei privi di rilievo economico ed eseguiti al solo scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o l'utilizzo, legittimo, di un'opera o altri materiali – tutte le altre eccezioni sono facoltative.

Probabilmente, nel timore che le eccezioni potessero rappresentare una grave breccia nella gestione dei diritti di autore, il legislatore si è orientato su di una risposta negativa e certo non precisa.

trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali. 2. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: a) le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati; c) gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto; d) le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni; la conservazione di queste registrazioni in archivi ufficiali può essere autorizzata, se hanno un eccezionale carattere documentario; e) le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale, quali ospedali o prigioni, purché i titolari dei diritti ricevano un equo compenso. 3. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti: a) allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito; b) quando si tratti di un utilizzo a favore di portatori di handicap, sempreché l'utilizzo sia collegato all'handicap, non abbia carattere commerciale e si limiti a quanto richiesto dal particolare handicap; c) nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore; d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico; e) allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario; f) quando si tratti di allocuzioni politiche o di estratti di conferenze aperte al pubblico o di opere simili o materiali protetti, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore; g) quando si tratti di un utilizzo durante cerimonie religiose o cerimonie ufficiali organizzate da un'autorità pubblica; h) quando si utilizzino opere, quali opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici; i) in caso di inclusione occasionale di opere o materiali di altro tipo in altri materiali; j) quando l'utilizzo avvenga per pubblicizzare un'esposizione al pubblico o una vendita di opere d'arte, nella misura in cui ciò sia necessario alla promozione dell'avvenimento, escludendo qualsiasi altro uso commerciale; k) quando l'utilizzo avvenga a

Preso atto che, nel nuovo ambiente tecnologico, le attività di riproduzione *on-line* non necessitano più neppure dei supporti e degli apparecchi, si è esercitata un'opzione di "congelamento"<sup>43</sup> e pertanto libere e lecite restano soprattutto le utilizzazioni – ormai in gran parte del tutto obsolete – *off-line*.

Ciò che è lecito *off-line* rischia di essere atto di pirateria o comunque costituire un illecito *on-line*.

Basti considerare come, venendo alla normativa nazionale, solo con riferimento alle utilizzazioni delle opere *on-line* sia esclusa la rimozione delle mtp dell'opera dell'ingegno; infatti, ai sensi dell'art. 71 quinquies comma 3 LDA, si prevede che

«i titolari dei diritti non sono tenuti agli adempimenti di cui al comma 2 in relazione alle opere o materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelti individualmente, quando l'accesso avvenga sulla base di accordi contrattuali».

Lo stesso accade per quanto previsto dall'art. 71 sexies comma 3:

«la disposizione di cui al comma 1 non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle m.t.p. di cui all'art. 102 quater ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali».

Inoltre, solo con riferimento alla valutazione della liceità delle utilizzazioni *on-line* il legislatore ha adottato il cosiddetto "*three steps test*" di cui all'art. 71 nonies

scopo di caricatura, parodia o pastiche; l) quando si tratti di utilizzo collegato a dimostrazioni o riparazioni di attrezzature; m) quando si utilizzi un'opera d'arte consistente in un edificio o un disegno o il progetto di un edificio con lo scopo di ricostruire quest'ultimo; n) quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni di cui al paragrafo 2, lettera c), di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza; o) quando l'utilizzo avvenga in taluni altri casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni o limitazione, purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità, fatte salve le altre eccezioni e limitazioni contenute nel presente articolo. 4. Quando gli Stati membri possono disporre un'eccezione o limitazione al diritto di riproduzione in virtù dei paragrafi 2 e 3 del presente articolo, essi possono anche disporre un'eccezione o limitazione al diritto di distribuzione di cui all'articolo 4 nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa. 5. Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

<sup>43</sup> Lillà Montagnani, *Dal peer to peer ai sistemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione on-line*, «Diritto di Autore», vol. 78, 2007, n. 1, p. 1-57; Marco Ricolfi, *Internet e le libere utilizzazioni*, «AIDA», V (1996), p. 115 e seg.

«le eccezioni e limitazioni disciplinate al presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelti individualmente,, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere e degli altri materiali ne arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari».

Dunque le nuove tecnologie ci pongono innanzi a una serie di sfide e di problematiche, legate proprio al passaggio all'ambiente digitale, che costituisce un cambiamento notevole per cittadini, per i consumatori e per il mercato e che ha creato enormi disarmonie.

Appare palese come vi sia uno squilibrio del sistema del diritto di autore legato anche a un peculiare regime delle eccezioni per l'*on-line*, ove non è chiaro il confine tra la pirateria e l'uso lecito di un'opera; ed è probabilmente anche questa asimmetria, questa disciplina delle eccezioni e limitazioni "a due teste" (*on-line/off-line*) a contribuire a un sistema squilibrato e rendere difficilmente risolvibile il problema della pirateria a detrimento dell'offerta lecita e dell'accessibilità.

Come anticipato, lo sviluppo di servizi leciti presuppone che si affronti e risolva il problema della pirateria digitale e dei confini tra lecito e illecito *on-line*.

Pertanto, uno degli obiettivi comuni per tentare di risolvere le menzionate problematiche e dunque garantire che la cultura nel Web sia accessibile in modo pieno e legittimo e le problematiche del diritto di autore nel contesto dell'*on-line* siano risolte, risiede nel ricondurre a sistema anche la normativa delle eccezioni e limitazioni nel Web. Non certo trasponendo, *sic et simpliciter*, la disciplina delle eccezioni e limitazioni dall'*off-line* all'*on-line* ma perseguendo un adattamento che, garantendo la conformità dell'uso effettivo a quello dichiarato, possa fare chiarezza sui diritti disponibili e incentivare l'offerta lecita.

Proprio in questo senso le mtp<sup>44</sup> – in relazione alle quali non si ignorano le implicazioni sul piano della libertà di informazione e della concorrenza<sup>45</sup> – possono svolgere un ruolo di primaria importanza, garantendo che le eccezioni restino tali e che nessuno ne abusi; con un giusto bilanciamento tra l'interesse dei titolari ad avere il controllo dell'opera e quello dei consumatori a ridurre al minimo la portata monopolistica dell'esclusiva. Tutto ciò al fine di conservare la libertà di accesso alla conoscenza e al contempo determinare un incentivo dell'offerta lecita a discapito dei fenomeni di pirateria.

<sup>44</sup> Le mtp sono disciplinate dagli art. 102 quater e 102 quinquies LDA; articoli introdotti, in attuazione della Direttiva 29/2001, nel 2003. Invero la possibilità di introdurre le mtp era già prevista con i trattati OMPI sul diritto di autore e connessi del 1996, dal DMCA statunitense.

<sup>45</sup> Le mtp sono fondamentali per lo sviluppo del mercato dei contenuti *on-line* ma, perché l'effetto delle mtp sia positivo è necessario che essi si basino su standard aperti, interoperabili che consentano la facilità di fruizione al consumatore e livelli tecnici di sicurezza che li rendano concretamente efficaci.

Quanto sopra troverà concreto sviluppo solo quando sarà possibile avere un *corpus* omogeneo di previsioni normative a tutela degli autori e a garanzia dei diritti di accesso alla conoscenza per i fruitori.

Pertanto, appare chiaro come le problematiche legate alla disciplina delle eccezioni e limitazioni rappresentino la migliore esemplificazione delle problematiche relative al diritto di autore in generale, inteso cioè quale sistema di regole che necessitano di un adeguamento alle nuove tecnologie, al rinnovato ambiente socio-economico<sup>46</sup>.

Volendo considerare un'altra situazione che ben esemplifica la asimmetria della legge sul diritto di autore rispetto all'avvento delle nuove tecnologie, delineando dunque la *ratio* degli studi di riforma, si ritiene di analizzare cosa accade per la copia privata<sup>47</sup>, in cui forti sono ormai gli squilibri tra la disciplina legata a sfruttamenti di opere dell'ingegno tramite le "nuove" o le "vecchie" tecnologie.

Infatti, lo sviluppo della tecnologia digitale anche in tal caso ha rivoluzionato il sistema della copia privata avendo offerto nuovi strumenti per effettuare la copia (basti pensare all'mp3, ai *music phones*, alle nuove tecniche per l'audiovisivo, ecc.) che il legislatore dovrebbe prendere in considerazione. Al contrario, allo stato, anche per la copia privata – che proprio nel nuovo ambiente tecnologico, può e deve rappresentare uno strumento di riequilibrio del mercato e di tutela dei diritti degli autori – pare esservi una disarmonia dovuta al mancato adeguamento normativo al rinnovato contesto tecnologico, essendo infatti, detto compenso, applicato prevalentemente a strumenti di copia ormai obsoleti. Il nostro legislatore ha cioè,

<sup>46</sup> D'altronde le asimmetrie nella disciplina del diritto di autore sono da eliminare anche secondo il legislatore UE; basti citare la direttiva 2001/29, in particolare nei suoi considerando – da leggersi in combinato disposto – 5 e 35. Infatti in quest'ultimo considerando è scritto che: «in taluni casi di eccezioni o limitazioni i titolari di diritti dovrebbero ricevere un equo compenso affinché siano adeguatamente indennizzati per l'uso delle loro opere o dei materiali protetti». Il considerando 5 aggiunge che: «Lo sviluppo tecnologico ha moltiplicato e diversificato i vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento. Anche se non sono necessari nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale, ed allora si dovrebbero adattare e integrare le normative attuali sul diritto d'autore e sui diritti connessi per rispondere adeguatamente alle realtà economiche, quali le nuove forme di sfruttamento». Dalla loro lettura congiunta appare chiara l'esigenza di adeguare la normativa alle nuove tecnologie ed alle nuove forme di sfruttamento.

<sup>47</sup> Va anzitutto evidenziato come l'art. 71 sexies LDA qualifica l'attività di copia privata, cioè di riproduzione di opere tutelate su supporto vergine, come lecita a condizione che essa sia effettuata:

- privatamente;
- solo per fonogrammi e videogrammi;
- da una persona fisica;
- senza scopo di lucro e fini direttamente o indirettamente commerciali (anche solo risparmio di spesa);
- nel rispetto delle mtp.

Va specificato che la copia privata, per legge, può essere effettuata su qualsiasi supporto dunque anche di tipo digitale. Il compenso per copia privata – quale "equo compenso" per i titolari di diritti di autore – è dovuto da chi fabbrica o importa nello stato gli apparecchi di registrazione e i supporti vergine.

fino a oggi, adottato un criterio non sufficientemente adeguato a far sì che vi sia una effettiva apertura alle nuove tecnologie<sup>48</sup>.

Pertanto, anche alla luce di tutto quanto sopra, il diritto di autore nel nuovo contesto tecnologico deve, sempre di più, essere una norma regolatrice per un corretto accesso ai contenuti creativi.

L'efficacia e l'utilità del suo impatto sarà inversamente proporzionale agli spazi normativi indeterminati e dunque all'arbitrio del singolo<sup>49</sup> e direttamente proporzionale alla continuità sistematica in armonia con le evoluzioni tecnologiche.

Solo in tal modo si potrà migliorare l'accessibilità alle opere dell'ingegno e avere un diritto di autore che – pur mantenendo intatta la sua funzione di tutela dei diritti – non sia di ostacolo ma di incentivo a un equilibrato sviluppo della cultura e dell'innovazione nel Web.

Continuando nell'analisi di alcuni aspetti di ordine generale sottesi ai lavori di riforma, come emersi dunque dall'analisi della ratio degli studi per la riforma della legge sul diritto di autore, è da analizzare il fenomeno cosiddetto della "commercializzazione del diritto di autore".

Sintomatico è quanto statuito dal legislatore con il d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518<sup>50</sup> ove ha formalmente inserito, con gli artt. 64-bis e seg. LDA, nella tutela del diritto d'autore, come opere letterarie, i programmi per elaboratore, garantendo protezione sia alla forma letteraria comprensibile all'uomo, cosiddetta "sorgente", che a quella prettamente digitale "codice oggetto"<sup>51</sup>. La tutela, che prescinde dalla forma in cui il software è espresso, è stata estesa anche al materiale preparatorio<sup>52</sup>

<sup>48</sup> L'art. 39 d.lgs 68/2003 testualmente recita: «1. Il compenso di cui all'art. 71 septies della legge 22 aprile 1941, n. 633, è fissato fino al 31 dicembre 2005, e comunque fino all'emanazione del decreto di cui allo stesso art. 71 septies, nelle seguenti misure: a. supporti audio analogici: 0,23 euro per ogni ora di registrazione; b. supporti audio digitali dedicati, quali minidisc, CD-R audio e CD-RW audio: 0,29 euro per ora di registrazione. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore; c. supporti digitali non dedicati, idonei alla registrazione di fonogrammi, quali CD-R dati e CD-RW dati: 0,23 euro per 650 megabyte; d. Abrogata; e. supporti video analogici: 0,29 euro per ciascuna ora di registrazione; f. supporti video digitali dedicati quali DVHS, DVD-R video e DVD-RW video: 0,29 euro per ora, pari a 0,87 euro per un supporto con una capacità di registrazione di 180 minuti. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore; g. supporti digitali idonei alla registrazione di fonogrammi e videogrammi, quali DVD Ram, DVD-R e DVD-RW: 0,87 euro per 4,7 gigabyte. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore; h. apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale audio o video: 3 per cento dei relativi prezzi di listino al rivenditore; h bis. Abrogata».

<sup>49</sup> Basti citare esemplificativamente il considerando n. 22 della Direttiva 2001/29: «La diffusione della cultura non può essere veramente promossa se non proteggendo rigorosamente i diritti e lottando contro le forme illegali di messa in circolazione di opere culturali contraffatte o riprodotte abusivamente».

<sup>50</sup> In attuazione della direttiva n. 91/250/E.U.

<sup>51</sup> Il codice oggetto consiste in impulsi elettrici comprensibili solo dall'elaboratore e che necessitano di un'operazione di "decompilazione".

<sup>52</sup> Per materiale preparatorio deve intendersi solo ciò che ha pur sempre una sua compiutezza sul piano dell'organizzazione e della comunicazione delle informazioni in esso contenute.

che è alla base del programma (non però alle idee e ai principi sottesi).

La creazione del programma è titolo d'acquisto originario del diritto d'autore. L'inserimento dei programmi per elaboratore nel novero delle opere dell'ingegno sta a dimostrare, anche ad avviso di chi scrive<sup>53</sup>, un fenomeno abbastanza recente che caratterizza il diritto d'autore: la sua "commercializzazione". Appare infatti chiaro come definire gli algoritmi – elementi essenziali del software – come l'equivalente delle parole con le quali il poeta o lo scrittore creano la propria opera letteraria, o delle pennellate dell'artista o delle scale musicali del compositore sia una vera e propria forzatura. Ma è pur vero che il giurista deve confrontarsi con la realtà, per cui non può che accogliere quanto stabilito dalla legge: il software, comprensivo del codice oggetto e del materiale preparatorio (che abbia una sua compiutezza sul piano dell'organizzazione e della comunicazione) è tutelato secondo le norme del diritto d'autore all'unica condizione che i programmi siano originali quali risultato della creazione intellettuale dell'autore<sup>54</sup>.

La protezione del diritto d'autore è rivolta non alle idee ma alla forma espressiva, i contenuti rimangono essenzialmente esclusi; sono però proprio i contenuti intrinseci a costituire l'essenza del software (appunto quale sequenza di istruzioni, serie di impulsi elettrici non comprensibili all'uomo ma solo alla macchina). Sembra mancare insomma una vera e propria forma espressiva, eppure il legislatore comunitario e poi nazionale ha garantito una tutela addirittura alla stregua di un'opera letteraria considerando il meccanismo della decompilazione quale attività creativa<sup>55</sup>.

Considerazioni simili possono essere fatte per le banche dati, come tutelate ai sensi e per gli effetti dell'art. 102 bis LDA; ove tale norma disciplina il diritto – definito "sui generis" – del costituente della banca di dati, per proteggere prodotti, prestazioni e beni non necessariamente collegabili a un'attività creativa e al solo fine di remunerare l'investimento economico del costituente medesimo.

Pertanto, anche in tal caso, il legislatore prende atto di una situazione di fatto del nostro mercato e dunque riconosce il diritto del costituente di vietare operazioni di estrazione o reimpiego della totalità o di parte sostanziale della banca di dati, ciò indipendentemente dal fatto che essa sia tutelabile ai sensi del diritto di autore. Il bene tutelato non è dunque l'estrinsecazione creativa di un'idea ma l'investimento rilevante (la cui individuazione è peraltro rimessa al caso specifico secondo parametri sostanziali e variabili)<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Ben più autorevolmente dello scrivente vedasi il fondamentale lavoro in proposito: Giovanni Cavani, *Oggetto della tutela*, in: Luigi Carlo Ubertazzi, *La legge sul Software*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 1-22.

<sup>54</sup> Vedasi art. 64 bis e seg. LDA.

<sup>55</sup> Vera e propria *fiction iuris* visto che le "scelte creative" sono già tutte prestabilite.

<sup>56</sup> Sullo stesso solco si inserisce, ad avviso di chi scrive, il nuovo art. 78 quater inserito nella LDA dal d.lgs 169/99.

Quanto sopra dedotto sta a testimoniare che si è ormai realizzata una mutazione della tutela d'autore evolutasi verso la garanzia *tout-court* dei risultati del lavoro e degli investimenti altrui, tenendo in poco conto la comunicabilità e la formalizzazione di tali risultati.

Un "nuovo diritto d'autore", divenuto un onnicomprensivo contenitore dove riversare nuove tipologie di risultati industriali alla base dei quali sia rinvenibile un'attività genericamente creativo-intellettuale. È questo dunque il fenomeno della "commercializzazione", una tendenza generale, diffusa, a proteggere con il diritto d'autore creazioni diverse dalla classica opera letteraria, scientifica, artistica; tendenza che porta a una progressiva trasformazione della nostra disciplina e della nostra stessa filosofia sul diritto d'autore in un qualcosa di più simile al copyright anglosassone.

D'altronde, tornando alla disciplina del software, è la stessa direttiva n. 91/250 che afferma, apertamente, come in quanto "i programmi per elaboratore hanno un ruolo sempre più importante in una vasta gamma di industrie" e ancora in ragione del fatto che "per creare programmi per elaboratore è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie, mentre è possibile copiarli a un costo minimo rispetto a quello necessario per produrli autonomamente", tali programmi devono ricevere tutela, in quanto si devono tutelare gli investimenti di risorse umane e economiche.

#### 4. Alcune proposte di riforma

Per un primo e necessariamente sommario *excursus* sui contenuti degli studi volti a far emergere delle proposte di riforma è da segnalare come dal lavoro – indirizzato principalmente verso un adeguamento dell'attuale dettato normativo alle nuove tecnologie – fra le altre, è stata sollevata l'esigenza di valutare se ridefinire gli ambiti dei diritti esclusivi alla luce delle nuove forme di accesso e condivisione delle opere, soprattutto musicali, quali il cosiddetto "file sharing" e il "peer-to-peer"; ancora, come anticipato, grande attenzione hanno ricevuto le tematiche relative alle eccezioni e limitazioni sempre nell'ottica di adeguamento all'ambiente digitale (si pensi, *ex multis*, alle biblioteche digitali, alla copia privata, alla reprografia, alla possibilità per i soggetti affetti da handicap ad accedere alle opere dell'ingegno, ecc.); sono altresì state affrontate le problematiche sulla circolazione nelle reti digitali dei "contenuti" (opere dell'ingegno) e il connesso tema della interoperabilità e delle informazioni sui diritti, necessarie per un corretto equilibrio del mercato e della concorrenza nonché per la tutela del consumatore; sono poi state individuate ipotesi di nuovi diritti e di nuove opere dell'ingegno quali a esempio le opere legate al digitale o a recenti forme di sfruttamento economico quale il *format* televisivo.

Altro campo dei lavori di studio ha riguardato le misure di tutela civili e penali; facendo anche tesoro di alcuni problemi esecutivi e soprattutto sempre ponendo

attenzione a ciò che avviene a livello Comunitario<sup>57</sup>.

Sono poi stati proposti strumenti alternativi, come le sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive di primo livello per i comportamenti illeciti di carattere isolato o non professionale, nonché procedure alternative per la soluzione delle controversie, eventualmente affidandole a organismi terzi.

Fermo tale necessariamente breve *excursus*, tra le molteplici proposte (come emerse dai lavori di studio per la riforma della LDA), pur non essendo possibile elencarle tutte<sup>58</sup>, si ritiene di analizzarne alcune relative soprattutto alla disciplina delle eccezioni e limitazioni<sup>59</sup>.

In particolare pare opportuno ricordare come si sia esplorata la possibilità di far effettuare una copia anche con tecnologia digitale – ai soli fini di conservazione – di opere presenti presso le biblioteche accessibili al pubblico e istituti affini come elencati all’art. 69 LDA<sup>60</sup>; inoltre e conseguentemente si è valutata la possibilità di mettere a disposizione del pubblico la copia dell’originale realizzata con tecnologia digitale.

Si è poi proposto di far sì che le letture ed esecuzioni di opere o di brani di opere, effettuate in biblioteca e gratuitamente a scopo di promozione culturale e valorizzazione delle opere stesse (per esempio letture di fiabe, racconti, ecc.), non contrastino con i diritti di utilizzazione in quanto utili a stimolare la familiarità con e la fruizione dei prodotti culturali.

Si è valutata anche l’adozione di un’eccezione secondo cui sarebbe libera la riproduzione e la comunicazione al pubblico, nei cataloghi *on-line* delle biblioteche e di altri istituti culturali, di indici, sommari, abstract, copertine a bassa risoluzione, eventualmente *incipit* di brani musicali, o brevi filmati, o immagini in movimento (corrispondenti ai trailer nel caso di opere cinematografiche), allo scopo esclusivo di migliorare la descrizione e facilitare l’identificazione dell’opera e dell’edizione, senza alcun vantaggio economico per la biblioteca o altro istituto culturale. In merito al cosiddetto “*open access*” si è evidenziato come in base ad appositi accordi con gli autori, la documentazione dei risultati di attività culturali o scientifiche finanziate da amministrazioni dello stato, delle regioni o di enti pubblici, come anche le

<sup>57</sup> Si pensi, da ultimo – secondo quanto suggerito dalla relazione dell’Avvocato Generale della Corte di Giustizia della Comunità Europea Juliane Kokot – al bilanciamento tra il diritto alla riservatezza e la tutela civilistica delle opere dell’ingegno. Vedasi *ex multis*, Tribunale di Roma, 17 marzo 2008, *File sharing e tutela della riservatezza degli utenti*, «Diritto dell’Informazione e dell’Informatica», vol. 24, 2008, n. 3, p. 384-394.

<sup>58</sup> Egualmente degne di tutela; sebbene portatrici di visione spesso diametralmente opposte (come è d’altronde necessario che sia perché si possa avere un lavoro di studio davvero completo e condiviso).

<sup>59</sup> Emerse, oltre che dai lavori di studio per la riforma della LDA, da un informale tavolo di trattative coordinato dallo scrivente, tra l’Associazione Italiana Editori (AIE) e l’Associazione Italiana Biblioteche (AIB), che, pur non rappresentando posizioni ufficiali e definite, testimoniano l’apertura di un proficuo dialogo.

<sup>60</sup> Il primo comma dell’art. 69 testualmente indica «biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici», il secondo comma parla anche di «cineteche dello Stato».

università, dovrebbe essere depositata entro un congruo termine presso l'archivio istituzionale dell'ente finanziatore ed essere liberamente accessibile a chiunque, nel luogo e nel momento scelti individualmente, senza costi aggiuntivi per l'utente, non più tardi di dodici mesi dalla pubblicazione dell'opera.

Si è poi valutata la possibilità di adottare una nuova e più ampia formulazione dell'art. 12 bis<sup>61</sup> da riferire a tutte le opere e non solo ai programmi per elaboratore e banche dati.

Sempre restando nell'ambito delle eccezioni e limitazioni si è proposto di far sì che divenga possibile la rinuncia, da parte del titolare dei diritti, ad alcune delle proprie facoltà di utilizzazione esclusiva; infatti, si è sostenuto come molti autori non hanno interesse all'esclusiva su alcuni diritti di utilizzazione ( per esempio riproduzione, prestito, ecc.) e dunque se intendono favorire le libere utilizzazioni, devono poterlo comunicare in modo che le utilizzazioni di tali opere non siano soggette a restrizioni. Bisognerà poi dare pubblicità del regime dei diritti di utilizzazione per ogni opera e pertanto si è prevista l'istituzione di un registro, strutturato in forma di database pubblicamente accessibile tramite Internet, da cui si possano trarre agevolmente informazioni sul regime dei diritti per ogni opera: identità e recapiti degli aventi diritto, durata della protezione, autorizzazioni o rinunce degli aventi diritto ad alcuni diritti esclusivi, indicazione delle opere cosiddette "orfane", ossia il cui titolare non sia reperibile. I contenuti di tale registro dovrebbero essere integrati con analoghi registri internazionali. La responsabilità della sua realizzazione e del suo aggiornamento dovrebbero essere oggetto di accordi tra Ministero per i beni e le attività culturali, SIAE e categorie interessate, anche tenuto conto dei rapporti con l'estero.

Si è anche proposto, sostituendo il termine "riproduzione" al termine "fotocopia", di consentire le riproduzioni, su qualunque supporto e in qualunque formato, a scopo conservativo e a scopo sostitutivo per l'uso pubblico in caso di deterioramento od obsolescenza dell'esemplare originale.

Sul cosiddetto "*document delivery*" (ovvero l'invio di riproduzioni) si è proposto di renderlo possibile anche nel caso in cui l'utente non si rechi fisicamente presso la biblioteca, ma chieda, direttamente o tramite altra biblioteca, l'invio postale della riproduzione. Sul diritto di prestito, ai sensi dell'art. 69 LDA, si propone di ampliarne l'accezione a favore di una nozione che comprenda qualsiasi tipo di materiale.

Altra spinosa problematica oggetto dello studio per la riforma della legge sul diritto di autore riguarda la tutela degli interessi degli autori di *format* televisivi.

Secondo la nota definizione fornita dalla SIAE<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> L'art. 12 bis l. 633/41 testualmente recita: «Salvo patto contrario il datore di lavoro è titolare del diritto esclusivo di utilizzazione economica del programma per elaboratore o della banca di dati creata dal lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dallo stesso datore di lavoro».

<sup>62</sup> Ai sensi della nota definizione data dalla SIAE. Si veda <http://www.siae.it>.

«si intende per Formato, l'opera dell'ingegno avente struttura originale esplicativa di uno spettacolo e compiuta nell'articolazione delle sue fasi sequenziali e tematiche, idonea a essere rappresentata in un'azione radiotelevisiva e teatrale, immediatamente o attraverso interventi di adattamento o di elaborazione o di trasposizione, anche in vista della creazione di multipli. Ai fini della tutela, l'opera deve comunque presentare i seguenti elementi qualificanti: titolo, struttura narrativa di base, apparato scenico e personaggi fissi».

In senso più ampio, *format*<sup>63</sup> è una nozione che può essere comprensiva di tutte quelle realizzazioni dell'intelletto che costituiscono un "contenitore" per trasmissioni radio-televisive.

Ciò che è emerso dai lavori di studio è fra le altre che – con la piena consapevolezza che non possono applicarsi al *format* televisivo gli stessi parametri di valutazione delle altre opere autoriali (essendo il *format* caratterizzato da una serie di peculiarità che non sempre si conciliano con i principi della Legge d'autore) – bisognerebbe valutare l'opportunità di un cosiddetto "*format right*".

Fermo restando il principio di non proteggibilità delle idee, in quanto appartenenti al dominio pubblico, è tuttavia pacifico che in certi tipi di opere (opere letterarie, cinematografiche, opere appartenenti al settore industriale) sia necessario estendere la tutela a una parte del contenuto. Il problema della tutelabilità del *format*, in base alla legge sul diritto d'autore, prende proprio le mosse dal principio di non proteggibilità delle idee e si pone ai confini fra produzioni intellettuali non sufficientemente elaborate, e quindi non tutelabili, e creazioni che, pur suscettibili di ulteriore elaborazione, presentano quegli elementi minimi di creatività e concretezza espressiva, sufficienti a rendere applicabile la disciplina del diritto d'autore.

Tali problematiche d'altronde si riscontrano in relazione a tutte quelle ipotesi di diritti sui generis quali esemplificativamente – oltre i citati software e banche dati – il personaggio di fantasia, l'idea pubblicitaria, il progetto di opere architettoniche.

È pertanto opportuno menzionare, fra le altre proposte emerse, la possibilità di equiparare il soggetto televisivo (appunto il *format*) al soggetto cinematografico.

Ci si è chiesti perché mai a uno schema di prodotto cinematografico, scarno e sommario, è attribuita tutela in base agli articoli 44 e seg. LDA mentre a un eguale schema di un prodotto televisivo non corrisponde medesima tutela. La qualità di opera dell'ingegno deve essere ravvisata in relazione alla sussistenza dell'elemento creativo, consistente, giova sempre ripeterlo, nella originalità della rappresentazione e nella completezza dell'espressione.

<sup>63</sup> Sia concesso di rinviare ai seguenti due lavori di cui è autore chi scrive: Ferdinando Tozzi, *Il format televisivo: prospettive di tutela giuridica*, «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», XIX (2003), n. 5, p. 429-439; Eugenio Prosperetti – Ferdinando Tozzi – Vincenzo Visco Comandini, *I format televisivi tra acquisto di know-how e tutela della proprietà intellettuale*, «Diritto dell'Informazione e dell'Informatica», vol. 23, 2007, n. 1, p. 1-36.

Una descrizione letteraria, che rispetti i requisiti di creatività e forma richiesti dalla LDA, se rivolta alla realizzazione di un'opera cinematografica assurge a dignità di "soggetto", se rivolta invece alla realizzazione di un programma televisivo alcuna dignità artistica sarà mai riconosciuta. È pur vero che mentre vi è un'espressa previsione per il soggetto cinematografico, così non è per quello televisivo, ma, d'altro canto, non vi sono ostacoli a una applicazione analogica della disciplina, della "eadem ratio", dell'articolo 44 LDA a quel "soggetto televisivo" che rappresenti l'impalcatura fondamentale di un programma e che necessita di una "riduzione", di una elaborazione, ovvero di una sceneggiatura quale sua logica evoluzione. A meno che non si vogliano considerare le disposizioni degli articoli 44 e seg. LDA come norme eccezionali, insuscettibili, quindi, di applicazione analogica. Peraltro, a tal fine andrebbe considerata e rivalutata la portata del secondo comma dell'articolo 203 LDA che testualmente recita: «la televisione è regolata dai principi generali di questa legge in quanto applicabili» dunque sono comprese le previsioni a tutela delle opere cinematografiche; normativa che, un tempo, poteva essere considerata eccezionale, ora, invece, alla luce del "nuovo diritto d'autore", rappresenta un insieme di principi generalmente applicabili per via analogica.

Invero, anche secondo quanto già evidenziato (indicando la cosiddetta "commercializzazione" del diritto di autore)<sup>64</sup>, nell'ambito del nuovo contesto sotteso alla normativa autorale risulta obsoleta la concezione delle norme sulla cinematografia quali leggi speciali, rispondendo invece, quest'ultime, alle nuove esigenze del diritto d'autore posto a tutela anche degli investimenti.

Per evitare quindi di usare "due pesi e due misure"<sup>65</sup> bisognerebbe adeguare tutto il sistema del diritto d'autore alle nuove esigenze socio-economiche provenienti dal mercato, in particolare quello dei *format*.

Non più solo le opere cinematografiche, ma anche il software e le banche dati sono infatti considerate tutelabili dalla legge sul diritto di autore<sup>66</sup>, a significare il venire meno della loro eventuale eccezionalità; costituendo invece espressione di quel "nuovo diritto d'autore" figlio del forte progresso sociale ed economico degli ultimi decenni che ha portato a una vera e propria rivoluzione silenziosa, sfociata anche nella direttiva n. 2001/29 e nel d.l. n. 2003/68. Normativa per certi versi rivoluzionaria, che ha realizzato e giuridicamente determinato una maggiore e più ampia tutela dei risultati del lavoro creativo-intellettuale, contestualizzando il diritto d'autore e prescindendo da rigidi preconcetti arrivando così ad aprire le porte a una serie di nuove opere dell'ingegno frutto dell'intelletto umano ma espresse e realizzate con nuove modalità (ecco allora database, software, videogiochi, ecc.). Potrebbe dunque ritenersi che uno schema di programma televisivo che manchi di

<sup>64</sup> Vedasi cap. 3.

<sup>65</sup> Vedasi in particolare quanto scritto al cap. 3 in merito alla, emblematica, situazione del software tutelato quale opera letteraria.

<sup>66</sup> Inserite nell'art. 2 LDA (n. 6 e 8).

una sua esteriorizzazione “classica”, ovvero il suo contenuto non sia stato “materializzato” su di un mezzo di comunicazione tradizionale, possa ugualmente considerarsi opera dell’ingegno tutelabile dalla LDA, beninteso sempre che abbia una sua compiutezza espressiva che lo renda comunicabile a un soggetto percipiente, tenendo anche conto che all’art. 1 LDA sono protette le opere dell’ingegno, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Altra problematica emersa dai lavori di studio per una riforma della legge sul diritto di autore – e che ivi si ritiene, meramente, di segnalare all’attenzione del lettore – riguarda la tutela dell’immagine intesa non più solo quale attributo della personalità, ma quale bene economicamente valutabile e dunque commerciabile, il cosiddetto “*right of publicity*”<sup>67</sup>. Esso nella pratica commerciale rappresenta ormai un vero e proprio “diritto di proprietà” – non riconosciuto dal nostro legislatore – sull’utilizzo commerciale del proprio nome, della propria immagine e di altri aspetti caratterizzanti un determinato individuo. Appare necessario quantomeno garantire una protezione contro l’ingiustificato arricchimento di soggetti terzi che – pur in assenza di alcun legame con il titolare del nome e immagine – sfruttano detti attributi senza che, formalmente, l’avente diritto possa accampare alcuna pretesa. Strettamente collegato a tale problematica è poi la possibilità di trasferire *mortis causa* il cosiddetto “*right of publicity*”<sup>68</sup>. In particolare si è evidenziato come sia ormai necessario prendere atto di un’evoluzione del nostro mercato (globalmente inteso) ove l’immagine ha un suo valore di per se, prescindendosi dalla notorietà del soggetto.

## 5. Conclusioni

Secondo quanto fin qui dedotto, appare dunque fondamentale che la legge sul diritto d’autore, nei suoi contenuti, venga adeguata al nuovo ambiente tecnologico; garantendo un bilanciamento di interessi tra la salvaguardia e la tutela di un’area di conoscenze, saperi e informazioni che dovrebbero essere e rimanere a disposizione della collettività, liberamente riutilizzabili come base per ulteriori creazioni e innovazioni da un lato e la remunerazione dei titolari e degli autori dall’altro. Evitando altresì che una denegata deriva protezionistica porti la proprietà intellettuale a impedire piuttosto che incentivare il progresso e la crescita culturale.

A tal fine, appare opportuno, da una parte, confermare e ribadire la necessaria esistenza dei diritti di proprietà intellettuale sottolineando, anche nel nuovo millennio, l’opportunità di ricorrere al termine “proprietà” anche per i beni cosiddetti “immateriali”, poiché anche le opere dell’ingegno sono beni e come tali necessitano di essere tutelati. Dall’altra, occorre però delineare con precisione i confini dei

<sup>67</sup> Vedasi *ex multis* Huw Beverley-Smith – Ansgar Ohly – Agnes Lucas-Schloetter, *Privacy, Property and Personality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

<sup>68</sup> Purtroppo sono tematiche che richiederebbero una trattazione *ad hoc*, qui non possibile; dunque al momento basti segnalare come siano quantomeno emerse.

diritti esclusivi e, tramite questa operazione, determinare a contrario quegli spazi di libertà che sono preservati per i concorrenti ma anche per i fruitori del sapere scientifico e culturale.

In conclusione – sebbene la vigente legge sul diritto di autore sia atta a offrire, in virtù dei suoi principi, le soluzioni più opportune alle problematiche poste dalle nuove tecnologie – è necessario addivenire a una rinnovata simmetria del sistema normativo, tra il diritto di autore nell’ambiente analogico e digitale, facendo sì che detta normativa sia, sempre di più, norma regolatrice per un corretto accesso ai contenuti creativi nel Web.

Come già anticipato, l’efficacia e l’utilità del suo impatto sarà inversamente proporzionale agli spazi normativi indeterminati e dunque all’arbitrio del singolo e direttamente proporzionale alla continuità sistematica in armonia con le evoluzioni tecnologiche.

Solo in tal modo si potrà migliorare l’accessibilità alle opere dell’ingegno nel Web e avere un diritto di autore che – pur mantenendo intatta la sua funzione di tutela dei diritti – non sia di ostacolo ma di incentivo a un equilibrato sviluppo della cultura e dell’innovazione nel Web\*.

*Since some time now, the development of new technologies – which make it possible to create new types of intellectual works on the one hand, and distribute and reproduce traditional intellectual works in new ways on the other –, has opened up a number of issues in relation to the applicability of the Copyright Act currently in force in Italy. The author believes that it is possible and necessary to avoid any scenario where the enforcement of some form of intellectual property protection becomes impossible in the era of new technologies, as the spread of such technologies should not in any way lead to extinction of the principle of copyright protection. Yet, in the global world of interactive communication one could easily fall in the trap of assuming that intellectual assets can be considered as freely available to anyone in any moment, just because most of the times such works do not come in the form of material assets. Society must be well aware of the fact that there is no difference whatsoever between illegally using an intellectual work and illegally using any other asset that belongs to a third party. Thus, there needs to be a full understanding of how an intellectual work is always the result of someone’s efforts and professional skills. We hence have the duty to protect intellectual assets, both in terms of protecting the income which such assets generate and which the authors of the intellectual work have legitimately earned, and especially in terms of protecting the incentives to creativity and cultural production in our country. If we will fail to do so, the market will collapse. As far as on-line access goes legal services to access creative contents (i.e., the “legitimate services”) are limited under a juridical point of view. This is due to a number of factors, the most relevant of which is the difficulties in drawing the line between legitimate and illegitimate use of an intellectual work. In order to draw up a copyright legislation reform*

\* Il contenuto del presente lavoro esprime opinioni e considerazioni personali dell’autore.

*adequate to the new technological context, a study has been conducted with the aim of defining possible changes to the Copyright Act n. 633/41 and establishing a new balance at a level of rules governing copyright in the analogical and digital environments. In the new context, copyright legislation must indeed be increasingly capable of offering a regulatory framework for legal access to creative contents on the Web.*

*Il existe depuis longtemps une problématique concernant l'applicabilité de la loi sur le droit d'auteur actuellement en vigueur en Italie, en relation au développement des nouvelles technologies (qui d'un côté créent de nouvelles œuvres de l'esprit et de l'autre sont en mesure d'assurer une circulation et reproductibilité renouvelées des œuvres de l'esprit traditionnelles). Il faut croire que l'on peut et l'on doit conjurer toute prévision niant la possibilité d'appliquer l'institution de la propriété intellectuelle dans le contexte des nouvelles technologies car celles-ci n'imposent nullement la mort du droit d'auteur. Dans un monde global de communication interactive il est cependant bien trop facile de tomber dans le piège de considérer les biens intellectuels comme librement disponibles, à la merci de quiconque simplement parce que la plus part du temps ils n'ont pas de consistance matérielle. La société doit bien comprendre qu'utiliser abusivement une œuvre de l'esprit équivaut à utiliser abusivement un bien quelconque appartenant à autrui. Il est donc nécessaire de bien prendre conscience du fait que chaque œuvre est le fruit d'un travail et de professionnalité. C'est pourquoi il faut sauvegarder le bien intellectuel qui donne lieu à des gains économiques constituant la rétribution de l'esprit des auteurs et, surtout, l'encouragement à la créativité et à la production culturelle de notre pays; sous peine la faillite du marché. Sur «l'en ligne» l'accessibilité correcte au contenus créatifs (soit les «services licites») est juridiquement limitée à cause de différents facteurs dont surtout l'indétermination des confins entre les utilisations licites et illicites des œuvres d'auteur. Afin d'obtenir une normative sur le droit d'auteur s'adaptant au nouveau contexte technologique, une étude a donc été effectuée pour modifier la l. 633/41 et atteindre une symétrie renouvelée du système normatif, entre le droit d'auteur dans le milieu analogique et digital. En effet, le droit d'auteur dans le nouveau contexte technologique doit de plus en plus constituer une norme régulatrice pour permettre un accès correct au contenus créatifs du Web.*