

Dig *Italia*

Anno VII, Numero 1 - **2012**

Rivista del digitale nei beni culturali

ICCU-ROMA

Note sulla disciplina delle libere utilizzazioni tra mondo analogico e mondo digitale

Eleonora Sbarbaro

Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni (OPICC)
Università Luiss Guido Carli

Il contributo esamina e confronta le normative comunitaria e nazionale sulle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore e sulle misure tecnologiche di protezione ed il modo con cui tali discipline influiscono sulla possibilità di accesso alle opere protette dal diritto d'autore, sulla possibilità di fruizione delle stesse da parte dei terzi e conseguentemente sulla diffusione di cultura e informazione. L'articolo raccoglie le riflessioni maturate negli ultimi anni da gran parte della dottrina che denuncia l'espansione della tutela autoriale al di fuori dei suoi confini tradizionali e sottolinea la necessità di un ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi coinvolti, alla luce dei diversi principi costituzionali di cui essi sono espressione¹.

Introduzione

Numerosi sono i principi fondamentali di rilevanza costituzionale coinvolti negli assetti disciplinati dal diritto d'autore: da un lato, quelli relativi alla tutela della proprietà (art. 42 Cost.) e alla tutela del lavoro (art. 35 Cost.); dall'altro la li-

Si indicano qui di seguito i link ai testi normativi citati: 1) L. 22 aprile 1941 n. 633 e successive modifiche, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, http://www.siae.it/bg.asp?click_level=1400.0300&link_page=bg_DA_Nazionale.htm&level=1400.0300#doc; 2) Direttiva 2001/29/CE, *Sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, http://www.interlex.it/testi/01_29ce.htm; 3) D. lgs. 68/2003, *Attuazione della 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*, <http://www.interlex.it/testi/dlg0368.htm>.

¹ Si vedano i diversi convegni e le tavole rotonde organizzati proprio su questo tema dall'Osservatorio di Proprietà intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni (OPICC) della Luiss Guido Carli (diretto dal prof. Gustavo Ghidini). In particolare, tra gli eventi del 2012 si segnalano *Innovazione, concorrenza, benessere dei consumatori nella proprietà intellettuale: l'emersione di "altri" modelli normativi e stakeholders*, 9 marzo 2012, LUISS Guido Carli, Roma, nonché *Proprietà industriale e intellettuale, concorrenza e accesso alla conoscenza: alla ricerca di un nuovo equilibrio*, 21 maggio 2012, Università Europea di Roma. Per gli eventi dell'Osservatorio: <http://ricerca.giurisprudenza.luiss.it/centri-di-ricerca/opicc/eventi/eventi-dellosservatorio/2012>; i video di questi eventi sono visualizzabili sul sito della rivista *Diritto, Mercato, Tecnologia*, a cura del prof. Alberto Maria Gambino, al seguente link: http://www.dimt.it/news.php?id_sezione=24.

bertà dell'arte, della cultura e della ricerca scientifica (artt. 9 e 33 Cost.), la libertà d'iniziativa economica e di concorrenza (art. 41 Cost.), la libertà di manifestazione del pensiero e di espressione (art. 21 Cost.), nonché la promozione della libertà e dell'uguaglianza degli individui e del pieno sviluppo della persona umana (art. 3.2 Cost.).²

Dalla consapevolezza che la funzione essenziale del diritto d'autore è favorire l'attività creativa ed incoraggiare la diffusione e la conoscenza delle opere³, deriva l'altrettanto fondamentale cognizione che la tutela dei diritti di autori ed editori sia da considerarsi "mezzo a fine e non il fine in sé" del sistema normativo⁴.

Compito del legislatore e dell'interprete dovrebbe essere quello di trovare ed indicare una formula che realizzi un ragionevole bilanciamento tra i diversi principi costituzionali coinvolti, che li coordini in relazione alla diversa intensità dei valori di cui essi sono portatori.

Proprio tali funzioni sono deputate a svolgere le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, permettendo ai terzi, a titolo gratuito o a titolo oneroso, mediante la sospensione o la semplice compressione del diritto, l'uso dell'opera altrui senza che sia necessaria la preventiva autorizzazione dell'avente diritto⁵.

Se dunque il diritto d'autore è un diritto di libertà che trova i propri confini nella libertà altrui e può e deve essere difeso finché non confligga con i diritti fondamentali di altri, le eccezioni e limitazioni rappresentano i "confini naturali" dell'ambito di tale diritto⁶.

In questo contesto, gli stessi termini "eccezioni" e "limitazioni", che dal 2003 hanno sostituito, nell'ambito della Legge sul diritto d'autore⁷, la denominazione "libere utilizzazioni" – che felicemente evocava proprio quell'idea di libertà costituzionale di cui esse sono espressione – sono indici della progressiva restrizione delle libertà in questo ambito e della espansione della protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi.

² Si veda in proposito: Giovanni Cavani, *Le intersezioni con il diritto della concorrenza*, in: *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, a cura di Alberto M. Gambino e Valeria Falce, Roma: Edizioni ART, 2009, p. 39.

³ Come insegna Mario Fabiani, *Diritto di autore e accesso a informazione e conoscenza*, in: *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale. Libertà di espressione, libertà di concorrenza, proprietà intellettuale*, a cura di Gustavo Ghidini e Andrea Stazi, Roma: Luiss University Press, 2011, p. 13.

⁴ «Lungi dall'aver come obiettivo quello di creare *private fortune*», così Giovanni Cavani, *Le intersezioni con il diritto della concorrenza*, in: *Scenari e prospettive* [...] cit., p. 40, il quale richiama le parole espresse dai giudici statunitensi dell'inizio secolo scorso nel caso *Motion Pictures Patentes*. Si rifletta su quanto espressamente previsto alla sezione 8, articolo primo, della Costituzione americana: «Il Congresso avrà le seguenti attribuzioni [...] promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, garantendo per periodi limitati agli autori e agli inventori il diritto esclusivo sui loro scritti e sulle loro scoperte».

⁵ Sulla definizione di "libere utilizzazioni" e per una panoramica del quadro normativo italiano sulle stesse, si veda Giovanni Cavani, *Interessi collettivi e regime delle libere utilizzazioni*, in: *Accesso a informazione e conoscenza* [...] cit., p. 61.

⁶ Così Vittorio M. De Sanctis, *Alcune considerazioni sull'ambito della legge 633/1941*, in: *Scenari e prospettive* [...] cit., p. 81.

⁷ l. 22 aprile 1941, n. 633, da qui in avanti anche solo "L.A.".

Come noto, la sostituzione del Capo V, del Titolo I, dedicato alle libere utilizzazioni, è avvenuta con la riforma del 2003⁸, che ha dato attuazione alla Direttiva comunitaria 2001/29/CE (Direttiva c.d. Infosoc)⁹ volta a disciplinare ed armonizzare taluni aspetti del diritto d'autore (e dei diritti connessi) nella società dell'informazione, in particolare quegli aspetti legati al fenomeno del digitale e della rete.

Dal Preambolo della Direttiva si evincono le considerazioni in base alle quali è stato compiuto il necessario bilanciamento tra i contrapposti interessi di cui sopra si diceva. In particolare, negli ultimi due periodi del "considerando" n. 44, dopo aver chiarito che le eccezioni non possono essere applicate in modo da recare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti ovvero essere in contrasto con la normale utilizzazione economica dell'opera, la Direttiva dispone che l'introduzione delle eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore da parte degli Stati membri «deve in particolare tenere debitamente conto dell'accresciuto impatto economico che esse possono avere» nel nuovo contesto elettronico ed evidenzia la possibilità che «la portata di alcune eccezioni o limitazioni debba essere ulteriormente limitata nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere e materiali protetti».

La Direttiva, poi, non solo prevede espressamente che l'elenco di eccezioni e limitazioni dalla stessa delineate sia esaustivo ("considerando" n. 32)¹⁰, ma non impone agli Stati membri di garantire alcune ipotesi fondamentali di libere utilizzazioni. Una delle critiche che vengono mosse alla Direttiva 29/2001 è appunto quella di aver attribuito agli Stati membri, in materia d'introduzione e tutela delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, delle semplici "facoltà" e non degli "obblighi", utilizzando volutamente – si veda la versione inglese – il verbo *may* al posto di *shall*¹¹. Quest'ultimo termine è usato, invece, nelle disposizioni della Direttiva in cui si attribuiscono facoltà e tutele ai titolari dei diritti¹².

Nondimeno, l'attuazione da parte del legislatore italiano è stata in alcuni casi anche più restrittiva, non cogliendo tutte le "possibilità" offerte dal testo della

⁸ D. Lgs. n. 68/2003: *Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*.

⁹ Direttiva 2001/29/CE: Direttiva del Parlamento Europeo del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, da qui in avanti anche solo: "Direttiva". A fianco della ridefinizione di alcuni diritti di utilizzazione economica (i diritti di riproduzione, di comunicazione al pubblico e di distribuzione – di cui agli articoli 2, 3 e 4 della Direttiva) introduce la relativa disciplina delle eccezioni e limitazioni (art. 5) e la disciplina delle c.d. "misure tecnologiche di protezione" (art. 6), quest'ultima corredata dai criteri per integrare la tutela delle misure stesse ed il godimento di alcune delle eccezioni e limitazioni previste dalla Direttiva.

¹⁰ Si veda in proposito la mite previsione di cui all'art 5.3 lettera o), riguardante tuttavia casi necessariamente «di scarsa rilevanza», già previsti dalla legislazione nazionale, ed esclusivamente «utilizzi analogici».

¹¹ Per le considerazioni in merito all'attribuzione agli Stati membri di semplici "facoltà", e non di "obblighi", oltre che per tutto quanto attiene al bilanciamento degli interessi si veda Gustavo Ghidini, *Innovation, competition and consumer welfare in intellectual property Law*, Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2010, p. 110.

¹² Si vedano gli articoli 2.1, 3.1 e 4.1 della Direttiva.

Direttiva e scegliendo, pertanto, in alcuni casi, le opzioni meno “permissive” per i terzi potenziali utilizzatori, tra quelle offerte dalla stessa.

Alcune eccezioni e limitazioni

a) Scopo non commerciale dell’eccezione ai fini di ricerca.

Tra le previsioni della Direttiva va innanzitutto evidenziata la restrizione della possibilità per gli Stati membri di derogare ai diritti esclusivi per ragione di ricerca scientifica di cui all’art. 5.3 lett. a), laddove si richiede che l’utilizzo non solo abbia «esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica», ma debba anche essere giustificato «dallo scopo non commerciale perseguito»¹³. La Legge italiana sul diritto d’autore contempla una previsione altrettanto restrittiva all’art. 70, comma primo, concernente la libertà di riassunto, citazione e riproduzione ai fini di insegnamento o di ricerca scientifica¹⁴. L’eccezione non può conseguentemente applicarsi in tutti i casi in cui la ricerca sia inserita in un contesto economico e sia finalizzata ad individuare ricadute applicative con profili di industrializzabilità¹⁵. La restrizione degli spazi di libertà di accesso ed uso di dati, opere ed informazioni arriva dunque al punto di giustificare l’eccezione di riassunto, citazione e riproduzione solo allorché si tratti di fini non solo corrispondenti ad obiettivi di rango costituzionale – quali lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (art. 9 Cost.), la libertà dell’arte, della scienza e del relativo insegnamento (art. 33 Cost.) – ma anche rigorosamente non commerciali.

Sia la normativa italiana che quella comunitaria dispongono l’indicazione della fonte¹⁶.

b) La citazione per uso di critica e di discussione.

L’art. 70, comma primo, L.A. prevede anche gli utilizzi per uso di critica o di discussione, i quali sono liberi se effettuati nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano atti di concorrenza all’utilizzazione economica dell’opera. La norma comunitaria corrispondente è rappresentata dall’art. 5.3 lett. d) della Direttiva la quale dispone che le citazioni «per esempio ai fini di critica

¹³ Sul punto si veda Bianca M. Gutierrez, *La tutela di diritto d’autore*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2008, p. 169.

¹⁴ Art. 70, comma primo, L.A.: «se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l’utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali».

¹⁵ Si rifletta, in questo contesto, sulla maggiore portata monopolistica della protezione d’autore rispetto a quella brevettuale. La seconda, infatti, consente l’utilizzazione in via sperimentale che, peraltro, nel caso dei farmaci, può espressamente essere diretta all’ottenimento dell’autorizzazione all’immissione in commercio. Si veda l’art. 68, comma primo, del d.l. 30/2005 (Codice della proprietà industriale).

¹⁶ Si vedano gli articoli 70, comma 3, L.A. e art. 5.3 lett. a) della Direttiva.

o di rassegna» – sempre che siano relative a opere o materiali già messi legalmente a disposizione del pubblico – siano lecite se fatte conformemente ai buoni usi e qualora si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico.

La disposizione della Direttiva sembrerebbe a prima vista riprendere senza particolari differenze quanto contenuto nella Convenzione di Berna¹⁷. L'Art. 10 della Convenzione prevede infatti che «sono lecite le citazioni tratte da un'opera già resa lecitamente accessibile al pubblico, nonché le citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampa, a condizione che dette citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo». È stato evidenziato che, in realtà, la Convenzione di Berna non esplicita gli usi consentiti e pertanto non limita la citazione ad un particolare uso, come quello di critica o di rassegna, e probabilmente vorrebbe avere un respiro più ampio della norma comunitaria (e quindi della normativa italiana), in linea con quello del *US fair use test*¹⁸.

Poi, un'utilizzazione che non sia in concorrenza con lo sfruttamento economico dell'opera significa che essa non è in grado di influenzare il livello dei profitti realizzabili dal titolare – anche se il generico calo delle vendite dell'opera non basta a rendere illecita l'utilizzazione¹⁹. Si ritiene²⁰ che il Giudice dovrebbe in tali casi attenersi al principio di proporzionalità di cui all'art. 9 della Convenzione di Berna (e di cui all'art. 5.5 della Direttiva).

Anche qui, sia la normativa italiana che quella comunitaria dispongono l'indicazione della fonte²¹.

¹⁷ *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche* del 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914 e riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971.

¹⁸ Come osservato da Francesco Graziadei nel corso del Convegno *New Art: new legal challenges*, MAXXI Museo nazionale delle arti del XXI secolo, Roma, 17 – 18 maggio 2012. Si veda anche Simonetta Vezzoso, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, Università degli Studi di Trento, Quaderni del dipartimento, 2009, p. 21, consultabile al link <<http://dirittoautore.cab.unipd.it/documentazione/e-book-1/e-learning-e-sistema-delle-eccezioni-al-diritto-dautore-simonetta-vezzoso>>. L'indicazione degli scopi cui la citazione è volta non avrebbe potuto probabilmente risultare esaustiva. Sembrerebbe esclusa la legittimità di citazioni del tutto superflue, non giustificate da alcun intento, neppure di semplice intrattenimento.

¹⁹ Tra le sentenze in materia di citazione si vedano, in particolare: Tribunale di Roma, 10 agosto 1990; Tribunale di Milano, 20 aprile 1993; Corte Appello Milano, 25 febbraio 1997; Tribunale di Roma, 26 marzo 1999; Tribunale di Milano, 10 febbraio 2000; Corte Appello Milano, 25 gennaio 2002; Tribunale di Milano, 2 aprile 2003.

²⁰ *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di Luigi C. Ubertazzi, 4. ed., Padova: Cedam, 2007, p. 1692.

²¹ Si vedano gli articoli art. 70, comma 3, L.A. e art. 5.3 lett. d) della Direttiva.

c) Divieto di riassunto, citazione o riproduzione dell'intera opera.

La normativa italiana contiene, poi, restrizioni addirittura assenti nel testo comunitario ed oggetto di critica e proposte di riforma. Così, l'art. 70, comma primo, L.A. prevede la limitazione della libertà di riassunto, citazione o riproduzione per fini di critica, discussione, insegnamento, studio e ricerca scientifica a soli «brani o parti di opere» escludendo, dunque, la possibilità di riprodurre integralmente le opere senza il preventivo consenso del titolare²². Tale disposizione rende l'eccezione praticamente inapplicabile, in concreto, ad opere come quelle delle arti figurative e plastiche²³. È ovvio che per tipi di opere quali, ad esempio, statue, quadri, fotografie, dimostrazioni matematiche o teorie diagnostiche, la riproduzione parziale, nella maggior parte dei casi, non avrebbe senso. Tale limitazione non è contemplata dalla Direttiva 29/2001²⁴.

d) Il limite del 15% alla riproduzione tramite fotocopia (anche per le biblioteche).

La Legge sul diritto d'autore consente la riproduzione delle opere dell'ingegno, per uso personale²⁵, «effettuata mediante fotocopia, xerocopia, o sistema analogo» – ai sensi dell'art. 68, comma terzo – solo nel limite del 15% dell'opera stessa²⁶. Anche tale confine non è presente nella corrispondente norma della Direttiva²⁷ che, deve notarsi, riguarda altresì le riproduzioni digitali e non solo quelle cartacee.

Il suddetto limite del 15% è invece confermato dalla legge italiana²⁸ anche per le opere esistenti nelle «biblioteche pubbliche», con l'unica eccezione per le «opere fuori dai cataloghi editoriali e rare in quanto di difficile reperibilità sul mercato», per le quali è possibile una riproduzione integrale.

La Direttiva, poi, consente agli Stati membri di ammettere «gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi»²⁹, nell'ambito dei quali rientra la riproduzione per la conservazione

²² Si veda Tribunale di Roma, 10 agosto 1990; Corte di Cassazione, Sez. I, n. 412 del 1992; Tribunale di Milano, 2 marzo 2003. Si veda Gustavo Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 2 ed., Milano: Giuffrè, 2008, p. 170-171.

²³ Cfr. Stefania Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Torino: Giappichelli, 2004, p. 292.

²⁴ Si veda l'art. 5.3 lett. a) e lett. d), della Direttiva.

²⁵ Sul concetto di "uso personale" si veda: Gustavo Ghidini e Paola Furioli, *Art. 68, L. 22.4.1941, n. 633, in: Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, a cura di Alberto M. Gambino e Cesare Galli, (I Codici Iperestuali), Torino: Utet Giuridica, 2011, p. 3136; Laura Chimienti, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 271; Paolo Greco e Paolo Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in: *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, v. 11. 3, Torino: UTET, 1974, p. 169.

²⁶ Limite introdotto dalla l. n. 248/ 2000, che supera il problema della liceità della fotocopia e introduce il meccanismo del compenso.

²⁷ Art. 5.2 lett. a).

²⁸ Art. 68, comma quinto, L.A.

²⁹ Art. 5.2, lett. c).

nelle biblioteche, senza prevedere, anche qui, limiti quantitativi – che non sono però imposti neanche dalla corrispondente norma italiana³⁰.

Il riferimento alle sole biblioteche o istituzioni pubbliche (e non private) è stato ovviamente oggetto di critica³¹.

Sulla base di quanto previsto deve pertanto dedursi che un'integrale riproduzione di opere a stampa, escluse le opere fuori commercio «nelle biblioteche pubbliche», è possibile, in base alla legge italiana, solo ed esclusivamente qualora si collochi nell'ambito del primo comma dell'art. 68, e dunque venga «fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico», ovvero sia con mezzi idonei ad una riproduzione e distribuzione «massiva» dell'opera, e sempre «per uso personale dei lettori» – il che purtroppo sembra valere solo per le opere letterarie e non anche per quelle figurative³².

La Direttiva, al contrario, consente in ogni caso un'integrale riproduzione dell'opera. Infine, il compenso per la riproduzione è posto a carico del soggetto che «esegue» la libera utilizzazione³³ (i responsabili dei punti o centri di riproduzione e le biblioteche) e non del soggetto che ne è beneficiario, per un'ovvia ragione di semplificazione.

e) Il divieto di riproduzione e di prestito pubblico di partiture musicali.

L'art. 68, comma terzo, L.A. sancisce un assoluto divieto di riproduzione non solo di «spartiti sciolti», come previsto all'articolo 5.2 lett. a) della Direttiva, ma anche di «partiture musicali»³⁴. Nondimeno, l'art. 69, comma primo, lett. a) L.A., prevede che il prestito pubblico possa avere ad oggetto «esclusivamente: a) gli esemplari a stampa delle opere, eccettuati gli spartiti e le partiture musicali».

Si noti che, mentre gli «spartiti sciolti» sono una semplice rappresentazione, di solito per pianoforte, della linea melodica di un brano musicale, le partiture – che la legge italiana non permette di riprodurre – sono invece la traduzione su carta dell'intera struttura di una composizione musicale (rappresentando la parte affidata a ciascuno strumento e, se del caso, alle voci dell'opera musicale e vocale) ed hanno dunque un rilievo – soprattutto a fini di ricerca e studio – enormemente superiore agli spartiti³⁵.

Di conseguenza, le uniche due possibilità, per chi volesse studiare un'opera di questo genere, sarebbero l'acquisto della partitura o la consultazione nella biblio-

³⁰ Si vedano gli art. 68, comma secondo, e 69, comma secondo, L.A.

³¹ Laura Chimienti, *Lineamenti cit.* p. 278.

³² Si noti l'uso del termine «lettori», che sembra limitare l'ambito di applicazione della norma alle opere a stampa. Cfr. Gustavo Ghidini e Paola Furioli, *Art. 68, l. 22.4.1941, n. 633 cit.*, p. 3133.

³³ Cfr. art. 68 comma quarto e quinto, L.A.

³⁴ Art. 68, comma terzo, L.A.: «Fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali».

³⁵ Si veda Giovanni Cavani, *Interessi collettivi cit.*, p. 58, il quale appunto sottolinea il fatto che le partiture musicali sono «assai più importanti dei primi [degli spartiti sciolti] per ogni studioso di musica». Nel proprio contributo l'Autore ricorda anche il mancato formale recepimento della previsione di cui all'art. 5.3, lett. k), della Direttiva, che ammette la liceità dell'uso parodistico dell'opera.

teca senza possibilità di prestito: trattamento differenziato – in senso restrittivo delle facoltà concesse – rispetto ad altri tipi di opere, apparentemente privo di alcuna giustificazione sul piano costituzionale.

f) L'uso personale nelle eccezioni per i portatori di handicap.

Sul tema della fruizione delle opere protette da parte di portatori di handicap emerge una previsione altrettanto rigida del legislatore italiano rispetto alla Direttiva europea. La Direttiva richiede che «l'utilizzo sia collegato all'handicap, non abbia carattere commerciale e sia limitato a quanto richiesto dal particolare handicap»³⁶; l'art. 71-*bis*, comma primo, L.A., dispone altresì che l'uso sia personale, il che potrebbe voler significare l'esclusione del godimento nell'ambito della cerchia di familiari e amici. Ciò, ad esempio, comporterebbe che un soggetto non handicappato non potrebbe partecipare alla fruizione del soggetto handicappato che accudisce, e che il soggetto handicappato non potrebbe prestare la riproduzione ad altri, persino se anch'essi portatori di handicap.

Infine, l'art. 71-*bis* richiede, diversamente dalla norma comunitaria, che l'uso sia "direttamente" collegato all'handicap.

g) La copia privata: una facoltà prevista solo per alcune categorie di opere.

La Direttiva comunitaria³⁷ consente la riproduzione integrale di ogni tipo di opera e su qualsiasi supporto se effettuata dalle persone fisiche (sono dunque escluse le persone giuridiche), per uso privato e per fini non commerciali³⁸.

La legge italiana sul diritto d'autore concede invece la medesima "facoltà" non per tutti i tipi di opera, ma esclusivamente per i fonogrammi e i videogrammi (art. 71-*sexies* L.A.), peraltro nel rispetto delle misure tecnologiche di protezione³⁹, pur temperando quest'ultima previsione con la disposizione contenuta nel quarto comma dello stesso articolo.

Innanzitutto, la norma viene criticata poiché discrimina opere di natura diversa. Secondo la disciplina italiana e a differenza di quella comunitaria, non si può integralmente fotocopiare un libro (ma solo il 15% di esso) quando è possibile, invece, riprodurre per intero un CD o un DVD.

La ragione della disparità di trattamento è incomprensibile soprattutto alla luce di una più approfondita analisi sulla "meritevolezza" degli interessi sottostanti: la copia di un'opera tipicamente a contenuto didattico o scientifico contenuta in un libro è sfavorita rispetto alla copia di un'opera tipicamente di *entertainment* conte-

³⁶ Art. 5.3 lett. b). Laura Chimienti, *Lineamenti cit.*, p. 279.

³⁷ Per una parentesi storica sulla normativa internazionale in materia di copia privata si veda Maria F. Quattrone - Ferdinando Tozzi - Andrea D'Amico, *Art. 71-sexies, l. 22.4.1941, n. 633*, in: *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale cit.*, p. 3146.

³⁸ Art. 5.2, lett. b).

³⁹ Da qui in avanti anche solo "MTP".

nuta in un CD o in un DVD privilegiando, in tal modo, in linea generale, l'esigenza di mero svago rispetto allo scopo di ricerca e di insegnamento.

Problemi interpretativi sono sollevati da creazioni, come i videogiochi o le opere multimediali, che possono ricondursi solo in parte nell'area delle opere musicali ed audiovisive⁴⁰.

Il concetto di "uso personale" è stato variamente interpretato in dottrina, gran parte della quale, insieme alla giurisprudenza maggioritaria, è per l'estensione dell'ambito in modo tale da ricomprendere la fruizione dell'opera nell'ambito della cerchia familiare⁴¹.

La norma italiana, poi, esclude espressamente la riproduzione effettuata per conto di terzi⁴².

Il diritto di copia privata rappresenta un'ipotesi di "limitazione" al diritto d'autore e non un'"eccezione", in quanto per l'esercizio della stessa viene pagato un compenso.

È stato sottolineato che l'art. 71-sexies L.A. non conferisce ai fruitori un vero e proprio diritto soggettivo, ma una facoltà, il che comporta la difficoltà o l'impossibilità del fruitore dell'opera di agire in giudizio per chiedere il riconoscimento di un "diritto alla copia"⁴³.

Significativa nel ribadire la prevalenza del diritto alla riproduzione sul "diritto" alla copia privata, e dunque della tutela dell'autore e dei titolari dei diritti economici sugli altri interessi in gioco, è stata, in Italia, la sentenza del Tribunale di Milano, Sezione specializzata per la proprietà industriale ed intellettuale, 14 maggio 2009, n. 8787⁴⁴.

⁴⁰ Così Maria F. Quattrone - Ferdinando Tozzi - Andrea D'Amico, *Art. 71-sexies cit.*, p. 3150, i quali richiamano la sentenza della Cassazione Penale, Sez. III, n. 33768 del 2007, che inquadra i videogiochi tra le «sequence di immagini in movimento».

⁴¹ Id., p. 3151.

⁴² Si veda l'art. 71-sexies, comma secondo, L.A.

⁴³ Ivi, p. 3149; Vittorio M. De Sanctis, *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2010, p. 121; Giuseppe Mazziotti, *EU digital copyright law and the end-user*, Berlin-Heidelberg: Springer, 2008, p. 201, il quale dedica una parte della propria riflessione al noto caso *Mulholland Drive* affrontato dalla Corte di cassazione francese nel 2008 (sentenza del 19 giugno 2008).

⁴⁴ La sentenza affronta il tema del rapporto tra copia privata e uso di MTP. Si riportano alcuni brani della sentenza: «In tale prospettiva non sembra possa ritenersi che tra il diritto di riproduzione ed il diritto alla copia privata sussista una parità di condizione in base alla quale procedere in caso di conflitto ad individuare in quali casi e circostanze l'uno debba prevalere sull'altro, ma piuttosto una situazione per cui l'assolutezza del diritto del titolare dei diritti di utilizzazione economica sull'opera può ritenersi limitata da quello del legittimo possessore dell'esemplare dell'opera a condizione che sussistano i presupposti specificamente indicati dal menzionato comma 4 dell'art. 71-sexies L.A. che ripropone testualmente il contenuto del comma 5 dell'art. 5 della dir. 2001/29/CE (e cioè il cd. *three step test* destinato a verificare l'ammissibilità di una eccezione al diritto d'autore). Per ciò che riguarda il caso di specie, non ritiene il Collegio che sussistano i presupposti e le condizioni che rendono esercitabile in concreto il diritto alla copia privata dell'opera cinematografica contenuta nel DVD prodotto e commercializzato dalla parte convenuta. Sotto il profilo strettamente tecnico, Universal Pictures Italia s.r.l. ha confermato che il supporto in

La causa era stata intentata da un privato contro la Universal Pictures Italia S.r.l. per l'apposizione da parte della convenuta sul supporto da questo acquistato (un DVD contenente l'opera cinematografica *Pink Floyd Live at Pompei*) di una Misura Tecnologica di Protezione (MTP) che impediva l'esercizio della copia privata.

Infine, il sistema – previsto dall'articolo 71-septies L.A. – con cui il compenso viene erogato e percepito, ha dato luogo ad alcune contestazioni. L'utente-consumatore, in presenza di misure tecnologiche di protezione, si è trovato spesso a pagare più volte il compenso per copia privata, ovvero a pagarlo non usufruendone.

h) Misure tecnologiche di protezione e diritto di accesso alle opere protette (e non).

Dalla stessa definizione di misure tecnologiche di protezione⁴⁵ se ne evince il primo elemento caratterizzante: esse offrono una tutela *ex ante*, basata sul "blocco tecnologico" di facoltà di fissazione, riproduzione, ritrasmissione e perfino di accesso, l'esercizio delle quali non sia autorizzato dal titolare⁴⁶. Come noto, questo rivoluzionario strumento di tutela ha profondamente modificato la tradizionale prospettiva di esercizio dei poteri escludenti del titolare dei diritti, inserendosi in un modello di tutela in cui i poteri potevano essere, invece, esercitati esclusivamente *ex post*, nei confronti di atti di contraffazione già compiuti ovvero *in fieri*⁴⁷. La novità introdotta dall'adozione di questa normativa⁴⁸, è stato evidenzia-

questione è munito del sistema di protezione Macrovision che non consente di eseguire una singola copia dell'opera, anche in formato analogico, in quanto all'epoca in cui supporto è stato acquistato dall'attore (2004) non esistevano sistemi di protezione che tecnicamente consentissero tale possibilità [...]. Nel quadro delle concrete possibilità offerte dalla tecnica – quantomeno all'epoca dell'acquisto del DVD da parte dell'attore – l'apposizione di una misura tecnologica di protezione impeditiva di qualsiasi possibilità di riproduzione dell'opera non può dunque essere ritenuta illegittima, posto che l'alternativa di una libera riproducibilità dell'opera stessa che avrebbe soddisfatto la possibilità di eseguire anche la copia privata avrebbe determinato proprio quell'obbiiettivo contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera, nonché un ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti di utilizzazione economica dell'opera che escludono – a mente del più volte menzionato comma 4 dell'art. 71-sexies L.A. – l'esercizio del diritto di copia privata».

⁴⁵ Per "misure tecnologiche di protezione" devono intendersi tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti destinati ad impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dai rispettivi titolari dei diritti – diritti d'autore, diritti connessi e diritti *sui generis* relativi alle banche dati – sulle opere o sui materiali stessi. Cfr. art. 6.3 della Direttiva.

⁴⁶ Ivi, p. 168. Si distingue, nell'ambito delle misure che governano l'uso delle opere dell'ingegno (le c.d. misure anti-elusione), tra sistemi che regolano l'accesso all'opera – le c.d. misure anti-accesso – e quelli che regolano il successivo uso dell'opera di cui si sia acquisito il diritto alla fruizione, i cosiddetti sistemi anti-copia o anti-violazione del *copyright*.

⁴⁷ Ivi, p. 167. Vedi anche Giuseppe Mazziotti, *EU Digital Copyright Law cit.*, p. 181 «from an *ex post* to an *ex ante* determination of fairness».

⁴⁸ La prima normativa organica in tema di misure tecnologiche di protezione è stata introdotta a livello internazionale già nel 1996 dai Trattati OMPI, i trattati dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI o WIPO), rispettivamente sul diritto d'autore, *WIPO Copyright Treaty* (WCT), e sulle interpretazioni e sui fonogrammi, *WIPO Performances and Phonograms Treaty*

to⁴⁹, consiste non nella possibilità in sé di utilizzare misure tecnologiche di protezione, cosa che infatti era già possibile, ma nell'aver introdotto per tali tecnologie una tutela giuridica *ad hoc*, che si aggiunge alla tutela autoriale. Tale disciplina colpisce infatti le condotte prodromiche alla contraffazione del diritto d'autore e che prescindono dalla prova del successivo verificarsi della violazione stessa e che possono consistere in attività dirette alla distribuzione di apparecchi atti ad eludere le misure di protezione, o in condotte volte al semplice aggiramento del dispositivo. Essa consente di controllare ogni uso dell'opera successivo all'acquisto.

Da un rapido esame delle normative sulle MTP, viene anzitutto in rilievo il testo del Trattato WCT, in materia di diritti d'autore, il quale, all'*Article 11 Obligations Concerning Technological Measures*, prevede che le misure possano essere applicate dai *copyright owners* in occasione –«*in connection*»– dell'esercizio dei diritti previsti dalla Convenzione di Berna o dai due Trattati OMPI⁵⁰, allo scopo di impedire ai terzi il compimento di quegli atti che non siano stati autorizzati espressamente dai *rightholders* o che non siano consentiti *ab initio* dalla legge⁵¹.

Il legislatore comunitario, e poi quello italiano⁵², hanno voluto vedere nella formulazione dell'Articolo 11 la possibilità per i legislatori nazionali di offrire tutela non solo a quelle tecnologie che consentono di impedire il compimento di atti di riproduzione, distribuzione e degli altri atti espressione dell'esercizio del diritto di sfruttamento dell'opera, ma anche di regolare lo stesso accesso all'opera, prevenendo tale possibilità espressamente e sanzionando duramente i trasgressori⁵³.

(WPPT): Articolo 11 del *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e Articolo 18 del WPPT. L'Unione Europea ha recepito tali disposizioni con l'articolo 6 della Direttiva 29/2001, poi confluite nella l. 22 aprile 1991, n. 633 – a mezzo del d. l. n. 68/2003, attraverso la creazione di un nuovo Titolo II-ter, denominato *Misure tecnologiche di protezione. Informazioni sul regime dei diritti* e l'introduzione dell'articolo 102-quater, contenente disposizioni in tema di protezione di tecnologie destinate a regolare l'accesso e l'uso di opere protette dalla legge stessa. Negli Stati Uniti, invece, le norme dei Trattati OMPI sono state attuate ben prima attraverso il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998, che ha modificato il contenuto del *US Copyright Act* del 1976, *Section 1201*.

⁴⁹ Cfr. Emanuela Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità nell'era digitale*, in: «Il Diritto di Autore», 2008, n. 3, p. 345.

⁵⁰ Si veda, in proposito, Giorgio Spedicato, *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore*, in: *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, a cura di Silvia Bisi e Claudio Di Cocco, Bologna: Gedit, 2007, p. 171. Cfr. anche Gustavo Ghidini, *Innovation, Competition and Consumer Welfare cit.*, p. 115.

⁵¹ «Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective remedies against the circumvention of effective technological measures» utilizzate dagli autori «in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law».

⁵² E prima ancora il legislatore statunitense con il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998.

⁵³ Interpretazione invece condivisa da una parte della dottrina secondo cui il concetto di accesso sarebbe rinvenibile nei Trattati OMPI e l'espressione ampia «in connection with» potrebbe essere

Quindi, mentre il disposto letterale dei Trattati OMPI imponeva agli Stati contraenti di sanzionare condotte di aggiramento di misure apposte dai titolari dei diritti nell'esercizio dei propri diritti esclusivi, la normativa europea e la normativa italiana d'attuazione⁵⁴, si sono spinte oltre, sino a conferire al titolare un più ampio potere di ottenere protezione legale, prevedendo appunto anche misure di controllo dell'accesso alle proprie creazioni e non solo misure finalizzate a prevenire i tipici atti di violazione del *copyright*⁵⁵.

La norma comunitaria consente di apporre misure per impedire qualsiasi atto, in genere, non autorizzato dal titolare⁵⁶. Ciò significa che al titolare è lasciata la piena disponibilità di determinazione dell'area negata all'accesso dei terzi.

La disciplina italiana sulle misure tecnologiche di protezione⁵⁷ riproduce quasi in modo letterale l'articolo 6.3 della Direttiva statuendo, per il titolare dei diritti, la facoltà di apporre efficaci misure anti-copia e anti-accesso, intendendo con "efficaci" quelle in cui un dispositivo o un procedimento controlli effettivamente l'uso dell'opera, come nel caso della cifratura o della distorsione del segnale⁵⁸.

Il confronto tra le normative qui riportate ha lo scopo di ricordare che di una siffatta indifferenziata assimilazione tra misure anti-copia e misure anti-accesso *tout court* non vi è traccia nelle disposizioni delle Convenzioni WIPO del 1996: essa è stata introdotta dalla Direttiva 29/2001, e poi recepita dal legislatore italiano.

interpretata nel senso di proteggere ogni sistema anti-elusivo impiegato in occasione dell'esercizio dei diritti patrimoniali riconosciuti dal WCT e dal WPPT. Cfr. Jane C. Ginsburg, *Achieving balance in international copyright law*, «Columbia Journal of Law and the Arts», 2003, n. 26, p. 219. Si veda anche Mihaly Ficsor, *The law of copyright and the internet*, Oxford: University Press, 2002, p. 548. Cfr. le opinioni di diversi autori d'oltreoceano riportate in Paolo Marzano, *Diritto d'autore e digital technologies*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 202.

⁵⁴ Nonché, ancor prima, la normativa statunitense.

⁵⁵ Cfr. Gustavo Ghidini, *Profili evolutivi cit.*, p. 168: «Né la norma *minus dixit quam voluit. Voluit ecome!*; si veda altresì Gustavo Ghidini, *Innovation, Competition and Consumer Welfare cit.*, p. 111. La Direttiva, appunto, consapevolmente "cassa" l'espressa delimitazione prevista nei Trattati OMPI laddove essi dispongono che l'uso di MTP da parte dei titolari di diritto d'autore avvenga sempre «in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention».

⁵⁶ La Direttiva 29/2001, all'art. 6 par. 3, prevede, infatti, che per "misure tecnologiche" devono intendersi «tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti [...] non autorizzati dal titolare» e che tali misure vengono considerate "efficaci" «nel caso in cui l'uso dell'opera o di altro materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un controllo di accesso [...], o di un meccanismo di controllo delle copie, che realizza l'obiettivo di protezione».

⁵⁷ Art. 102-*quater* L.A. Il primo comma dell'articolo stabilisce che i titolari dei relativi diritti possano apporre sulle proprie opere efficaci misure tecnologiche di protezione «che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, [...], sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti». Al comma 2 si precisa, poi, che tali misure sono reputate "efficaci" quando l'utilizzo dell'opera protetta «sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, [...] ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione».

⁵⁸ Così, tra gli altri, Pierluigi Di Mico, *Strategie di contrasto della pirateria attuata tramite le reti P2P*, «Il Diritto di Autore», 2008, n. 3, p. 332.

Gli effetti negativi di tale assimilazione sulla libera circolazione delle idee e delle informazioni sono stati ampiamente segnalati da numerose autorevoli voci.

La legge, infatti, tutelando le misure tecnologiche “in sé e per sé”, permette che siano impediti utilizzi che sarebbero tradizionalmente consentiti dal diritto d'autore e circoscrive le tradizionali eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, inclusa la copia privata, per le opere digitali e soprattutto per quelle *on-line*, in ambiti assai ristretti⁵⁹.

La previsione di sanzioni per l'aggiramento di MTP – nonché per la produzione e commercializzazione di tecnologie che ne agevolino l'elusione – in maniera quasi indipendente dalla natura delle opere distribuite, ha portato la dottrina a denunciare la nascita di un c.d. “diritto d'accesso” in capo al titolare, che si aggiunge ai tradizionali diritti previsti dalla legge sul diritto d'autore.

Infatti, posto che ogni atto di fruizione e di materializzazione di un'opera richiede un preventivo atto d'accesso all'opera stessa e che gli autori, come si è visto, possono controllare l'accesso all'opera con misure anti-accesso o la possibilità di produrre una copia grazie a misure anti-copia, tali atti sono possibili solo se permessi dal titolare, che può porre il blocco su qualsiasi tipologia di uso dell'opera ostacolando anche utilizzazioni di scopo non commerciale ma di ricerca, studio, critica, didattica.

Ciò consente ai titolari dei diritti d'autore di “mettere sotto chiave” anche opere o porzioni di opere non protette o non proteggibili. Si pensi alle opere già in pubblico dominio ed ai materiali che non costituiscono opere dell'ingegno perché sforniti del requisito di creatività ovvero a quelle parti dell'opera che costituiscono “l'idea” e non “la forma espressiva” protetta⁶⁰, in tal modo contraddicendo un principio fondamentale, consacrato anche nei TRIPs⁶¹, che esclude l'attribuzione all'autore del “monopolio” sull'idea racchiusa nella propria creazione⁶².

i) Il problema dall'esercizio delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in presenza di misure tecnologiche di protezione.

Dal momento che, come si è visto, le misure tecnologiche di protezione ostacolano gli utenti nell'esercizio di alcuni utilizzi che sono invece consentiti dalla legge,

⁵⁹ Sullo spazio riservato alle libere utilizzazioni si veda il paragrafo successivo.

⁶⁰ Cfr. Maria Lillà Montagnani, *Lo sfruttamento economico delle opere dell'ingegno: dal “copyright management” al “management dei sistemi di distribuzione”*, in: *Intellectual asset management*, a cura di Gustavo Ghidini, Milano: Egea, 2009, p. 113.

⁶¹ *The Agreement on trade related aspects of intellectual property rights* (Accordo sui diritti di proprietà intellettuale relativi al commercio), promosso dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (*World Trade Organization* – WTO) e firmato nell'ambito degli Accordi GATT, conclusi a Marrakech il 15 aprile 1994.

⁶² Sulla dicotomia idea-espressione in relazione all'uso delle MTP, cfr. anche Emanuela Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni nella realtà digitale: una difficile convivenza* in: *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale [...]*, a cura di Gustavo Ghidini e Andrea Stazi, Roma: Luiss University Press, 2011, p. 143.

la Direttiva 29/2001 ha tentato di realizzare una forma di coordinamento tra gli interessi in gioco⁶³.

Il quarto paragrafo dell'articolo 6 della Direttiva detta, appunto, il criterio per la "convivenza" della tutela delle misure anti-elusione con il godimento di alcune delle eccezioni e limitazioni previste all'articolo 5.

La Direttiva affida ai titolari dei diritti il compito di fornire ai beneficiari di una eccezione o limitazione al diritto d'autore prevista dalla normativa nazionale in conformità dell'art. 5 par. 2 lett. a), c), d), e), o dell'art. 5 par. 3 lett. a), b) o e), i "mezzi" necessari per poterne concretamente fruire, a condizione che gli stessi abbiano avuto accesso legittimo all'opera o al materiale protetto⁶⁴.

La rimozione delle misure tecnologiche di protezione può avvenire tramite accordi diretti con i titolari dei diritti ovvero mediante la stipula di accordi generali tra le associazioni di categoria⁶⁵.

In mancanza di misure volontarie, l'"obbligo" ("shall") passa in capo agli Stati membri perché adottino «provvedimenti adeguati»⁶⁶ a far sì che i titolari dei diritti permettano l'esercizio dell'eccezione al legittimo acquirente dell'opera.

Tale obbligo, però, è previsto solo per l'esercizio delle eccezioni e limitazioni di cui all'articolo 6, par. 4 e a condizione che le stesse siano state recepite dalle legislazioni nazionali.

La Direttiva prevede poi la "facoltà" ("may") di adottare le stesse misure nei confronti del beneficiario di un'eccezione prevista in conformità dell'articolo 5 par. 2 lett. b), relativa alla riproduzione per uso privato⁶⁷.

Non può non rilevarsi lo squilibrio tra le tutele previste nel mondo analogico e quelle proprie dell'ambiente digitale: nel primo i consumatori possono godere delle eccezioni e limitazioni previste dalle proprie leggi nazionali; nel secondo, invece,

⁶³ Sul punto si veda Emanuela Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità* cit., p. 355.

⁶⁴ Art. 6, comma 4: «In deroga alla tutela giuridica di cui al paragrafo 1, in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accordi fra titolari e altre parti interessate, gli Stati membri prendono provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione, prevista dalla normativa nazionale in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettere a), c), d), e), o dell'articolo 5, paragrafo 3, lettere a), b) o e), i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al materiale protetto in questione. Uno Stato membro può inoltre adottare siffatte misure nei confronti del beneficiario di un'eccezione o di una limitazione prevista in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), a meno che i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato nella misura necessaria per poter beneficiare dell'eccezione o limitazione in questione e in conformità delle disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 5, senza impedire ai titolari di adottare misure adeguate relativamente al numero di riproduzioni conformemente alle presenti disposizioni».

⁶⁵ Laura Chimienti, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore* cit., 2006, p. 281.

⁶⁶ La previsione è alquanto generica.

⁶⁷ Sul rapporto tra copia privata e DRM si veda Giuseppe Mazziotti, *EU Digital Copyright Law* cit., p. 200.

le sole eccezioni “garantite” (se previste dalle leggi nazionali) sono quelle espressamente richiamate dall’articolo 6.4⁶⁸.

Il penultimo capoverso del par. 4 poi, nel caso in cui le opere o i materiali protetti «siano messi a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente» (ovverosia opere in rete con accesso su base contrattuale o *on demand*), non obbliga i titolari dei diritti a far sì che gli utenti beneficino effettivamente delle eccezioni, anche se previste dalle proprie leggi nazionali⁶⁹. Infatti, ove le opere dell’ingegno siano state rese disponibili *on demand*, le suddette disposizioni, che prevedono che gli Stati membri debbano garantire l’esercizio delle libere utilizzazioni indicate all’art. 6.4, non si applicano.

La legge italiana sul diritto d’autore, adeguandosi alle indicazioni comunitarie, prevede, per i titolari dei diritti, l’obbligo di «adottare idonee soluzioni [...] per consentire l’esercizio delle eccezioni» di cui agli articoli 55, 68 commi 1 e 2, 69 comma 2, 70 comma 1, 71-*bis*, 71-*quarter*, su espressa richiesta dei beneficiari e a condizione che i beneficiari abbiano acquisito il possesso legittimo degli esemplari dell’opera o l’accesso legittimo alla stessa, nel rispetto e nei limiti previsti dai citati articoli, compreso il pagamento del compenso, ove previsto⁷⁰.

Ci si chiede, tuttavia, come possano, nella pratica, i beneficiari dell’eccezione “impedita” dal blocco tecnologico far valere il proprio diritto⁷¹.

Come si diceva, l’unico isolato caso in cui la norma italiana (art. 71-*quinquies*, comma primo) dispone un vero e proprio “obbligo di rimozione” delle MTP è quello per consentire l’utilizzo delle opere, dietro richiesta dell’autorità competente, per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario, ovverosia per consentire l’esercizio dell’eccezione corrispondente all’art. 67 L.A. (art. 5 par 3 lett. e) della Direttiva).

La previsione comunitaria sulle opere *on demand* è stata riportata tale e quale nella legge italiana: a queste opere, infatti, non si applicano le disposizioni che obbligano ad adottare le «idonee soluzioni» di cui all’art. 71-*quinquies*, comma secondo⁷².

⁶⁸ Si veda Emanuela Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità* cit., p. 357.

⁶⁹ Si veda l’art. 6, comma 4, penultimo capoverso: «Le disposizioni di cui al primo e secondo comma del presente paragrafo non si applicano a opere o altri materiali a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente». Così, Emanuela Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni* cit., p. 358.

⁷⁰ Si veda l’articolo 71-*quinquies*, secondo e terzo comma comma, L.A. Cfr. Vittorio M. De Sanctis, *Manuale del nuovo diritto d’autore* cit., p. 115.

⁷¹ Si veda Gustavo Ghidini, *Profili evolutivi* cit., p. 168, nota (26). Cfr. anche Paolo Spada, *Copia Privata e opere sotto chiave*, «Rivista di diritto industriale», 51 (2002), n. 1, p. 591.

⁷² Si veda l’art. 71-*quinquies*, comma terzo, L.A.

Ne consegue che, per tali opere (ed in generale per le opere fruibili *on-line*), in presenza di misure tecnologiche di protezione, non si configurano le c.d. libere utilizzazioni⁷³.

L'articolo 71-*sexies* L.A. sul diritto di riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi, che in un certo senso attua la previsione facoltativa anzidetta in relazione all'eccezione di cui all'art. 5 par. 2 lett. b), contiene anch'esso una previsione specifica per il caso in cui all'opera siano apposte MTP: i titolari dei diritti sono "tenuti a consentire" la copia privata salvo che si tratti di opere o materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente, quando l'accesso avvenga sulla base di accordi contrattuali⁷⁴.

I) L'eccezione per consentire impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario.

Un discorso a parte merita l'eccezione di cui all'art. 5, par. 3, lettera e) della Direttiva, relativa alla facoltà per gli Stati membri d'introdurre un'eccezione al diritto esclusivo di riproduzione e comunicazione al pubblico dell'autore «allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario».

Le legge italiana, all'art. 67, prevede la relativa eccezione al solo diritto di riproduzione e non anche di comunicazione al pubblico (come sarebbe invece stato possibile). Tuttavia, l'articolo 71-*quinquies* L.A. dispone un dovere di rimozione della misura tecnologica di protezione eventualmente apposta «dietro richiesta dell'autorità competente, per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario»⁷⁵, quando la Direttiva, all'art. 6.4, non prevedeva un obbligo in tal senso.

È evidente che il legislatore italiano ha ritenuto di privilegiare questa eccezione introducendo in questo caso un "dovere di rimozione" a fronte dell'obbligo dei titolari dei diritti di adottare "idonee soluzioni", previsto in tutti gli altri casi di cui all'art. 71-*quinquies*, comma secondo, L.A.

Sotto un diverso profilo, però, occorre notare che la norma comunitaria, nella versione in inglese, prevedeva una fattispecie in più: il "*reporting*", ovvero il resocon-

⁷³ Così Laura Schiuma, *Diritto d'autore e normativa europea*, voce dell'Enciclopedia Treccani XXI Secolo, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2009, v. 1, p. 452; Roberto Pennisi, *Gli utilizzatori, «AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo»*, 14 (2005), p. 193. Sull'opzione c.d. "di congelamento" delle libere utilizzazioni *on line* si veda Maria L. Montagnani, *Dal peer to peer ai sistemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione on-line*, «Il Diritto di Autore», 2007, n. 1, p. 1 e Ferdinando Tozzi, *Per una riforma del diritto d'autore*, «DigItalia», 3 (2008) n. 2, p. 24.

⁷⁴ Si veda Stefania Ercolani, *Il diritto d'autore e i diritti connessi* cit., p. 301; Maria F. Quattrone, Ferdinando Tozzi, Andrea D'Amico, *Art. 71-sexies*, L. 22.4.1941, n. 633, cit., p. 3152.

⁷⁵ Articolo 71-*quinquies*, primo comma, L.A.

to, la cronaca di tali procedimenti e attività. La “dimenticanza”⁷⁶ proviene già dalla traduzione italiana della Direttiva 29/2001, così come pubblicata in G.U. (L. 167/10, 22 giugno 2001), che si discosta dai testi ufficiali⁷⁷.

Tale circostanza deve far riflettere per la particolare gravità del caso specifico, che riguarda direttamente un principio costituzionale di estrema rilevanza: la libertà di informazione su questioni e vicende di rilievo per la vita pubblica⁷⁸.

This contribution examines and compares the national and Community rules concerning exceptions and limitations to copyright and technological protection measures, and how these disciplines influence the access to works protected by copyright, as well as the use of these works by third parties and, therefore, the spreading of culture and information. The article sums up the opinions of most of IP law academics that have been taking shape in the last few years, which denounce the spreading of authorial protection out of its traditional boundaries and underline the need of a reasonable balancing among the opposite interests involved, also in consideration of the different constitutional principles they are the expression of.

⁷⁶ Si veda Gustavo Ghidini, *Profili cit.* p. 173.

⁷⁷ Cfr. il testo inglese: «use for the purposes of public security or to ensure the proper performance or reporting of administrative, parliamentary or judicial proceedings». Si vedano anche il testo francese e quello spagnolo.

⁷⁸ Id., p. 174.

* Per tutti i siti web l'ultima consultazione è avvenuta il 30 giugno 2012.