

GIUSEPPE MAZZIOTTI<sup>1</sup>

## IL DIRITTO D'AUTORE COMUNITARIO NEL NUOVO AMBIENTE DIGITALE

*Riproduzione riservata, diritto d'accesso ed eccezioni all'esclusiva all'ombra della Direttiva 2001/29/CE*<sup>2</sup>

**INTRODUZIONE:** *Il copyright digitale tra tecnologia e contratto.* **1.** Premessa: diritto comunitario e proprietà intellettuale. Presupposti e obiettivi della Direttiva 2001/29/CE **2.** L'oggetto del diritto di riproduzione nella tecnologia digitale **3.** La tutela del *digital locking*: diritto d'autore o forza d'editore? 3.1 Come interpretare i due divieti posti dall'articolo 6 della Direttiva? 3.2 Struttura e limiti del tentativo di far coesistere monopoli elettronici e utilizzazioni libere delle opere protette. **4.** Utilizzazioni libere e diritto d'accesso. 4.1 Alcune considerazioni sulla portata normativa dell'articolo 5. 4.2 Sull'incompatibilità tra sistema della copia privata e applicazione di misure tecnologiche di protezione. **CONCLUSIONI**

### INTRODUZIONE

#### *Il copyright digitale tra tecnologia e contratto*

L'avvento e la rapidissima espansione dei mezzi di comunicazione *digitale* legittimano ancora il tradizionale convincimento che ravvisa nell'interesse pubblico alla diffusione del sapere e dell'arte la principale ragion d'essere del diritto d'autore? Potrebbe azzardarsi una risposta affermativa da chi

---

<sup>1</sup> *PhD Researcher* presso il Dipartimento di Legge dell'Istituto Universitario Europeo di Firenze, è Avvocato presso il foro di Perugia. Per commenti, scrivere a: [giuseppe.mazziotti@iue.it](mailto:giuseppe.mazziotti@iue.it)

<sup>2</sup> In virtù del presente saggio, l'Autore si è visto assegnare la Seconda Edizione (2004) della Borsa di Studio intitolata alla memoria dell'Avvocato Leonello Leonelli dal Centro per l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati del Consiglio Nazionale Forense (Roma) e dallo Studio Leonelli, Duranti e Associati di Perugia. L'Autore desidera ringraziare vivamente la commissione giudicatrice - formata da Mario Fabiani, Alarico Mariani Marini e Fabrizio Leonelli - per l'assegnazione di tale riconoscimento. La seconda parte del saggio è apparsa con il titolo *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario* nella rivista *Il Diritto di Autore* 2004, Volume 75 (2), pp. 150 -180. Un breve resoconto delle principali novità riguardanti la materia trattata è offerto dalla Postfazione.

consideri che gli Stati Uniti d'America, il Paese tecnologicamente più avanzato del mondo, conservano una norma come quella che si ricava dal celeberrimo Art.1 Sect.8 della Costituzione.<sup>3</sup>

Nonostante il riconoscimento costituzionale della funzione *socioculturale* dell'esclusiva d'autore, è fuor di dubbio tra gli studiosi americani che, nell'ultimo cinquantennio, il *copyright* abbia progressivamente cambiato pelle, adeguandosi ai nuovi scenari disegnati dall'evoluzione tecnologica: da diritto esclusivo di durata limitata - frutto di un ideale e continuo *bargaining* tra autori e pubblico – a *sistema di incentivi* che, secondo un modello prospettato dalla moderna analisi economica del diritto negli anni Settanta e Ottanta, trova nella correlazione tra ambito più o meno esteso della protezione delle opere e volume delle attività creative la sua caratteristica principale.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Si veda l'Articolo 1, Section 8, della Costituzione degli Stati Uniti d'America, in cui è scritto che “*The Congress shall have Power [...] Clause 8: To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries?*”.

<sup>4</sup> La parabola del *copyright* nel diritto statunitense è vivacemente narrata da J. LITMAN, *Digital copyright*, Prometheus Books, New York 2001, p.77 ss., con il ricorso a una serie di metafore. Com'è ben spiegato dall'Autrice, nella sua prima configurazione il *copyright* trovava la propria *ratio* in un'ideale contrattazione nella quale il pubblico, rinunciando a una serie limitata di utilizzazioni libere delle nuove opere, garantiva agli autori – per mezzo del riconoscimento di un diritto di monopolio temporaneo su quelle utilizzazioni - un compenso economico sufficiente a incoraggiarne l'attività creativa. In base a questo paradigma, autori e pubblico contribuivano alla diffusione dell'arte e del sapere facendosi concessioni reciproche. L'idea fondamentale, rimasta in voga per oltre duecento anni, era dunque che il diritto di monopolio temporaneo conferito agli autori per lo sfruttamento economico delle nuove opere riguardasse soltanto *un numero limitato di utilizzazioni*: la riproduzione in copie e la pubblica esecuzione. Usi quali la lettura o la fruizione privata delle opere, la rivendita di una copia legittimamente acquisita e, più in generale, il commento, la critica e la riutilizzazione di idee e informazioni contenute in un'opera protetta rientravano in ciò che il pubblico si vedeva attribuire come frutto della contrattazione anzidetta.

Proprio per via di queste essenziali limitazioni, si giustificavano alcune importanti differenze caratterizzanti la disciplina di *copyright law* rispetto al diritto dei brevetti: per l'esclusiva d'autore era prevista una protezione ben più lunga di quella riconosciuta all'inventore; e per l'ammissione alla tutela non era richiesto un esame governativo concernente l'originalità, la creatività o il merito della nuova opera. In sostanza, il contenuto ristretto dell'esclusiva concessa al titolare di *copyright* impediva che questi potesse impossessarsi di elementi dell'opera ch'erano di pubblico dominio e quindi a disposizione di tutta la categoria dei creatori-innovatori successivi.

Fino alla metà degli anni Settanta, la metafora del *bargaining* tra autori e pubblico era unanimemente accettata. Ciò faceva sì che le scelte del legislatore in materia di *copyright law* non potessero prescindere da una continua ricerca di equilibrio tra l'interesse della collettività al pubblico dominio del sapere e il contrapposto interesse degli autori alla remunerazione per il lavoro creativo. Negli ultimi trent'anni, come sopra accennato, tale dicotomia – o *falsa dicotomia* (J.GINSBURG, *Can Copyright Become User-Friendly?*, Public Law and Legal Theory Working Paper Group, Columbia Law School 2001, disponibile sul sito <http://papers.ssrn.com>, p.6) – è stata progressivamente rimpiazzata da un modello prospettato dall'analisi economica del diritto, che configura il *copyright* come *sistema d'incentivi*. Questo secondo, e attualmente dominante, paradigma normativo postula una diretta interdipendenza tra l'ampiezza della protezione garantita dal *copyright* e la quantità di opere create e distribuite: in altri termini, qualsiasi incremento dell'ambito, del contenuto e della durata della protezione sarebbe causa di un aumento direttamente proporzionale della creatività e viceversa. Per un'esposizione di tale modello si vedano gli

Che si guardi a tale branca del diritto dalla prospettiva anglosassone del *copyright* o da quella europea del *droit d'auteur* – la prima caratterizzata dalla protezione schiettamente economica dell'opera creativa, la seconda incentrata sulla tutela morale ed economica dell'autore<sup>5</sup> - il discorso non cambia: la comunicazione *digitale* e il suo più fiero esponente, Internet, rischiano di mettere seriamente a repentaglio il diritto di monopolio più elementare da sempre concesso agli autori, cioè il diritto di riproduzione in copia delle opere protette.

Il *digitale*<sup>6</sup> influisce in un duplice senso sull'effettivo esercizio di tale diritto esclusivo da parte dei legittimi titolari: da un lato, permette l'infinita duplicazione in copie di un'opera (sia essa contenuta in un supporto materiale o conservata nella memoria di un *hardware*) con risultati equivalenti per qualità all'originale e sostanzialmente a costo zero; dall'altro, consente la trasmissione di tali copie a un numero sterminato di consumatori attraverso il *World Wide Web*, rete telematica che collega in tempo reale *computers* sparsi in qualsiasi angolo del mondo raggiunto da un cavo telefonico o da un segnale satellitare. La combinazione di tali due fattori fa sì che il diritto d'autore si trovi a dover fronteggiare almeno tre ordini di novità corrispondenti alle situazioni seguenti:<sup>7</sup>

---

scritti di P. GOLDSTEIN, *Derivative Works and Derivative Rights in Copyright*, Journal of the Copyright Society 1982, p.209; W. GORDON, *Fair Use as a Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, Columbia Law Review 1982, p.1600; W. LANDES e R. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright*, Journal of Legal Studies 1989, p.325.

<sup>5</sup> Non è questa la sede per una ricognizione storica delle differenti concezioni alla base della *copyright law* e del *droit d'auteur*. Il lettore interessato potrà utilmente consultare lo scritto di J. GINSBURG, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in the Revolutionary France and America*, Tulane Law Review 1990. L'Autrice, peraltro, ha recentemente sottolineato (*Can Copyright Become User-Friendly?*, op. cit., pp. 9-10) come il processo di codificazione iniziato nel 1976 con l'inserimento del *Copyright Act* nell'*US Code* e la tardiva adesione (1989) degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna abbiano avvicinato il *copyright* americano all'*author-centric approach* proprio degli ordinamenti dell'Europa continentale.

<sup>6</sup> Il concetto di *digitale* è comunemente contrapposto a quello di *analogico*. È analogica quella tecnologia con la quale (per esempio nella telefonia) “la forma d'onda del segnale elettrico usata per la comunicazione è «analogica» alla forma d'onda del segnale acustico che s'intende trasmettere”. Nel *digitale*, invece, “invece di trasmettere una forma d'onda continua, si trasmette una sequenza di numeri che consentono all'apparato di ricezione di ricostruire l'onda di pressione che costituisce l'oggetto della trasmissione. Due successive operazioni elementari consentono questa conversione di un segnale continuo in una successione di numeri.” (da A.R. MEO, *Le nuove tecnologie delle telecomunicazioni e la loro influenza sull'economia*, in *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, a cura di C. CAMBINI e T. VALLETTI, Il Mulino, Bologna 2002, p.16). Semplificando, per ciò che concerne l'oggetto di questo scritto, si può dire che questa seconda tecnologia (*numerale*, in un italiano non influenzato dall'inglese) abbia rivoluzionato il concetto di *copia* dell'opera originale, permettendone un ripensamento non tanto in termini di *quantità*, bensì di *qualità* a costi di produzione e immagazzinamento praticamente trascurabili. Nella dottrina italiana, questa “cesura rispetto al passato” è stata sottolineata - con riferimento alla categoria degli *information goods* - da M. RICOLFI, *Proprietà intellettuale, antitrust e reti*, in *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, op. cit., pp. 39-40.

<sup>7</sup> Riprendo qui la ricostruzione proposta da M. RICOLFI, *Intellectual property rights and legal order*, Il Diritto di Autore 2001, pp.132 ss.

- per la prima volta qualsiasi possessore di un'opera in formato digitale, consumatore in buona fede o meno, senza bisogno di una fabbrica e con l'ausilio di pochi ed economici strumenti, diventa *ipso facto* un potenziale concorrente del fornitore ufficiale di quel bene;
- i consumatori possono procurarsi *on line* i prodotti culturali preferiti, tagliando fuori la figura degli intermediari che, con la loro presenza fisica nel mondo reale e la responsabilità giuridica conseguente all'interposizione, rappresenterebbero un punto di riferimento cruciale per l'*enforcement* del *copyright* e per le concrete pretese risarcitorie dei titolari delle privative violate;
- l'ubiquità del *cyberspace* fa sì che non ci sia spazio per diritti di privativa geograficamente limitati, quali tradizionalmente il diritto d'autore e, in generale, i diritti di proprietà intellettuale.

Quale avrebbe dovuto essere l'approccio della *copyright law* ai problemi posti da questo nuovo scenario? All'inizio degli anni Novanta legislatori e *copyright holders*, appena intraviste le situazioni sopra esemplificate, si sono trovati nelle condizioni di dover escogitare tecniche di tutela che consentissero il mantenimento di un alto standard di protezione del diritto d'autore in un contesto, quello della rete, ch'era stato progettato e sviluppato proprio per non essere sottoposto ad alcun controllo o setaccio, data la sua natura capillare e infinitamente decentrata.

Gli strumenti a disposizione erano di due tipi: legale e tecnologico. Nell'ambito del primo rientrava innanzitutto il ricorso ad accordi internazionali che, nello stabilire nuove regole per il diritto d'autore su scala mondiale, coinvolgessero il numero più alto possibile di Stati; il più alto non tanto per rendere partecipi della costituzione di un nuovo ordine mondiale anche piccoli Paesi limitati a sperdute isolette, quanto per evitare che da tali piacevoli luoghi orde di "pirati"<sup>8</sup>, più moderni e pericolosi di quelli del passato, potessero legittimamente mettere a disposizione del pubblico d'ogni parte del pianeta *softwares*, testi, immagini, suoni o qualsiasi combinazione multimediale di queste opere. Accordi di siffatto genere sono puntualmente arrivati - sottoscritti sotto l'egida dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale<sup>9</sup> - alla fine di estenuanti negoziazioni intercorse soprattutto tra le delegazioni degli Stati Uniti e dell'Unione Europea.

---

<sup>8</sup> M. RICOLFI, *ibidem*, p.132, ha chiaramente distinto due categorie di "pirati", egualmente minacciose per la tutela del *copyright* su Internet: il pirata-consumatore che, come detto nel testo, con pochi mezzi può diventare concorrente del produttore nella distribuzione di *information goods* attraverso la rete; e il pirata-altruista che, installando il proprio *server* sul lido di qualche giurisdizione ribelle (c.d. *copyright heavens*, per fare un parallelismo con gli analoghi paradisi bancari e fiscali), metta a disposizione di qualsiasi consumatore finale ogni tipo di bene veicolabile mediante tecnologie quali il *downloading* o la fornitura di programmi per elaboratore che consentano la trasmissione di files *peer-to-peer*.

<sup>9</sup> L'Organizzazione Mondiale del Commercio (World Trade Organisation, d'ora in avanti "WTO") e l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (World Intellectual Property Organisation, agenzia speciale che fa capo

Tra i possibili strumenti di tipo legale, a disposizione dei *copyright holders* era anche il sistematico ricorso a forme di distribuzione *on line* che imponessero agli acquirenti di opere e *software* l'accettazione per contratto di limitazioni d'uso sconosciute alla fruizione *off line* di quegli stessi beni.<sup>10</sup> Tale imposizione contrattuale - resa possibile dalla predisposizione, a opera del fornitore, di sistemi tecnologici limitativi dell'accesso e della fruizione del bene offerto *on line* - avrebbe potuto concretarsi nella rinuncia da parte dell'utente a facoltà appartenenti alla categoria degli *usi legittimi*: il prestito, la rivendita, la riutilizzazione, l'uso dell'esemplare lecitamente acquistato a fini di insegnamento, discussione, critica, etc. Tale strada è stata effettivamente battuta con l'entrata in voga delle cosiddette *click-wrap licences*, contratti contenenti clausole, da un lato, limitative degli usi potenzialmente a disposizione dell'utente e, dall'altro, costituenti la base giuridica per l'apposizione di codici antiaccesso e anticopia<sup>11</sup> su opere acquisite in formato digitale.

S'intende ora facilmente come lo strumento tecnologico, inteso in funzione *difensiva* degli interessi dei titolari di *copyright*, potesse supportare in modo decisivo la diffusione e il successo di tale legislazione *privata*, frutto dell'«accordo» contrattuale tra distributore e singolo utente. Si è recentemente sottolineato come il legislatore mondiale, nella situazione appena descritta, non dovesse far altro che dichiarare fuori legge la condotta di soggetti che, sprovvisti di autorizzazione proveniente dai *copyright*

---

all'Organizzazione delle Nazioni Unite, in seguito "WIPO") hanno recentemente promosso l'adozione di nuove convenzioni riguardanti, rispettivamente, la proprietà intellettuale e il *copyright* nella loro dimensione transnazionale: l'Accordo TRIPs (Trade Related aspects of Intellectual Property rights) del 1994, che figura come allegato all'atto di nascita della WTO; e i due Trattati WIPO del 1996, rispettivamente in materia di diritto d'autore e diritti connessi. Occorre peraltro ricordare che tali accordi, lungi dal costituire una novità per la soluzione di problemi noti da oltre un secolo alla proprietà intellettuale in generale, si pongono come ideale continuazione della grandi Convenzioni di Berna e Parigi della fine dell'Ottocento, dedicate la prima alla *proprietà artistica e letteraria*, la seconda alla proprietà *industriale*. In particolare, il World Copyright Treaty, sottoscritto sotto l'egida della WIPO da 138 Stati membri dell'Unione di Berna, si pone esplicitamente come *accordo separato* ai sensi dell'art.20 della stessa Convenzione di Berna.

<sup>10</sup> Se, per esempio, nel mondo reale si acquista la copia di un libro, si ha poi la libertà di poter prestare o rivendere tale copia senza dover soggiacere a qualsivoglia restrizione successiva; ciò in base alla *first sale doctrine* (v. la sezione 109a dello US Copyright Act) nota agli europei come *principio di esaurimento*. Al contrario, nell'acquisire *on line* una copia di un'opera o di un *software*, può accadere che *websites* provvisti di misure tecnologiche di protezione impediscano l'accesso a chi non accetti di pagare un compenso per "scaricare" (e riprodurre) una copia di tale opera. Di fronte a tale impedimento tecnologico l'utente non ha che una via: firmare un contratto e, di conseguenza, permettere al fornitore di registrare e memorizzare il suo assenso.

<sup>11</sup> La distinzione tra *accesso* a un'opera e *copia* dell'opera stessa è ben spiegata da J. GINSBURG, "Il Digital Millennium Copyright Act" ed il "Sonny Bono Copyright Term Extension Act": due novità dagli Stati Uniti, Rivista di diritto commerciale 1999, trad. it. di P. MARZANO, p.629. L'Autrice, rilevando semplicemente che la riproduzione in copie è uno tra i possibili usi di un'opera, sostiene che nella realtà del «tangibile» la distinzione tra accesso e copia "potrebbe corrispondere alla differenza tra l'acquistare una copia di un'opera e ciò che di essa se ne faccia successivamente". Quindi, il dispositivo *anticopia* è quello che scatta quando l'accesso all'opera da parte dell'utente sia già avvenuto.

*holders*, avessero manomesso (o tentato di manomettere) le architetture installate nel *cyberspace*,<sup>12</sup> e cioè quelle misure tecnologiche in grado di regolare l'accesso e la fruizione delle opere caricate *on line*. Tale dichiarazione di illegittimità è puntualmente arrivata e figura nella sede più consona a una regola riguardante la rete telematica globale: l'articolo 11 del *WIPO Copyright Treaty*, firmato nel 1996 a Ginevra nell'ambito della Conferenza intergovernativa promossa *ad hoc* dalla WIPO.<sup>13</sup> L'articolo 8 dello stesso Trattato, inoltre, ha provveduto a riconoscere esplicitamente agli autori il diritto cui il divieto di elusione di misure tecnologiche è funzionale, e cioè il diritto esclusivo di autorizzare *qualsiasi comunicazione al pubblico* delle loro opere, anche con modalità che consentano all'utente di accedervi *dal luogo e nel momento scelti individualmente*.<sup>14</sup>

Stati Uniti e Unione Europea hanno recentemente adempiuto all'obbligo di adeguare le proprie legislazioni all'ampliamento delle tecniche di tutela del *copyright* sotteso alle due norme internazionali appena ricordate. Tali operazioni di adeguamento sono state caratterizzate da differenze sostanziali e procedurali in buona parte attribuibili alla diversa natura dei due legislatori: quello statunitense, federale, che opera nell'ambito di un ordinamento giuridico unico, espressione di una cultura e di valori minimi fortemente condivisi dai destinatari delle norme; e quello europeo (o comunitario, che dir si voglia) che, nella sua morfologia complessa, si rivolge con lo strumento della direttiva a legislatori diversi, spesso restii ad abbandonare le proprie posizioni per far sì che l'obiettivo dell'armonizzazione (o quantomeno dell'avvicinamento) delle legislazioni nazionali possa essere raggiunto. Nell'ambito del diritto d'autore, in particolare, i vari Paesi dell'Unione esprimono punti di vista spesso distanti nel porre regole di appropriazione temporanea e condivisione del sapere che siano bilanciate in modo tale da incentivare il progresso scientifico e artistico. Tali punti di vista distanti non sembrano essere stati abbandonati nemmeno in vista dell'adozione di uno strumento legislativo che avrebbe dovuto armonizzare il più possibile il diritto d'autore degli Stati membri in tutti i suoi aspetti, dato l'oggetto del legiferare.

---

<sup>12</sup> M. RICOLFI, op. cit., p.140.

<sup>13</sup> Si riporta qui il testo dell'Art.11 del WIPO Copyright Treaty (entrato in vigore il 6 Marzo 2002, d'ora in poi indicato con l'acronimo "WCT") nella versione originale inglese consultabile sul sito [www.wipo.int/clea/docs/en](http://www.wipo.int/clea/docs/en): "*Obligations concerning Technological Measures*. Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors 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."

<sup>14</sup> Art.8: "*Right of Communication to the public*. [...] Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at the time chosen by them." Il fatto che tale ultimo inciso non si riferisca direttamente e in modo esclusivo alla fruizione via Internet fa sì che la disposizione in oggetto funzioni da *norma di chiusura*, applicabile a ogni futura modalità d'accesso individuale alle opere artistiche e letterarie.

In questo lavoro si intende illustrare come l'ormai piena operatività, sia *interna* sia *esterna*, della Direttiva 2001/29/CE<sup>15</sup> abbia l'effetto di obbligare gli Stati membri a mettere fuori legge manomissioni o alterazioni delle architetture del *cyberspace* (e del digitale in genere) che possano minacciare l'efficace combinazione tra tecnologia e contratto sopra descritta. Con la Direttiva del 2001 le istituzioni comunitarie si erano prefissate, fin dalla scelta del titolo, l'obiettivo di armonizzare «taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione», in modo da poter introdurre le novità legislative di matrice tecnologica pattuite a livello internazionale su una legislazione sostanziale il più possibile omogenea. In questa sede si cercherà di evidenziare come e perché la normativa non raggiunga tale obiettivo – vale a dire l'uniformazione del contenuto e, simmetricamente, delle limitazioni del *copyright*; non prima di aver considerato, però, come l'introduzione nel diritto comunitario dei divieti di manomissione o elusione tecnologica previsti dall'articolo 11 del WCT non sia stata una pura e semplice operazione di «copia e incolla», ma abbia visto la Direttiva porsi nella scia del *Digital Millennium Copyright Act* (1998) che, negli Stati Uniti, ha provveduto a inserire in nuove sezioni del *Federal Copyright Act* del 1976 le nuove disposizioni contenute nei due Trattati WIPO del 1996, affrontando poi tutta una serie di questioni riguardanti la tutela del *copyright* su Internet e nella tecnologia digitale.

Ci si chiederà se l'adeguamento legislativo europeo, sull'esempio di quello nordamericano, non abbia finito per oltrepassare in qualche modo limiti posti al diritto d'autore da principi comunemente ritenuti fondamentali per le moderne democrazie liberali, quali la libertà d'espressione e la libera circolazione e fruizione delle idee e delle informazioni attraverso l'uso dei mezzi di comunicazione di massa. Si vedrà, infatti, che il complessivo disposto della Direttiva in esame finisce per sancire la legittimità di veri e propri monopoli elettronici che mettono in discussione nel nuovo ambiente digitale la sopravvivenza di categorie quali il pubblico dominio e le libere utilizzazioni, relegandole in una posizione di preoccupante incertezza e subalternità.

Questa analisi della normativa introdotta dalla Direttiva 2001/29 si articola in quattro paragrafi. Il primo di questi è una breve ricognizione concernente il rapporto tra diritto comunitario e proprietà intellettuale: ci si chiederà, in poche parole, quale sia la base giuridica del legiferare in materia di diritto d'autore e quali siano stati gli obiettivi interni ed esterni al Trattato istitutivo della Comunità Europea che, in questo caso particolare, il legislatore si prefiggeva di raggiungere. Si farà riferimento al conflitto,

---

<sup>15</sup> La Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio “sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione” è pubblicata nel numero L 167 della Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee (a questa si farà riferimento nella sua versione in italiano, disponibile *on line* al sito <http://europa.eu.int/eur-lex/prti/it>). L'art. 13 della Direttiva individuava come termine ultimo per l'adeguamento delle legislazioni nazionali alle disposizioni in essa contenute il 22 Dicembre 2002. L'Italia ha provveduto all'attuazione mediante l'emanazione del Decreto Legislativo n.68/2003, in più parti novellando la Legge n. 633/1941 sul diritto d'autore.

stridente e ancora attuale, tra definizione del contenuto dei diritti di proprietà intellettuale ad opera dei legislatori nazionali e libera circolazione di merci e servizi oggetto di tali diritti nell'ambito del c.d. mercato unico. Non si farà che un rapido cenno allo snodo del diritto della concorrenza, che in ambito comunitario è visto da molti come antidoto – ancora tutto da sperimentare – per il contenimento di eventuali effetti anticompetitivi connessi all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale.

Seguirà, nel secondo paragrafo, una disamina del nuovo diritto di riproduzione accordato ad autori, interpreti e produttori di opere protette, con particolare (se non esclusivo) riguardo al moderno concetto di riproduzione temporanea che, nell'ambito della tecnologia digitale, fa assumere alla prerogativa di realizzare copie un rilievo primario rispetto alle altre esclusive. Preme qui precisare che, al fine di focalizzarsi sull'argomento principale dell'analisi – cioè il rapporto che la Direttiva istituisce tra *copyright*, uso di misure tecnologiche di protezione e utilizzazioni libere - nello scritto non saranno proposte distinzioni, né a livello terminologico né dal punto di vista sostanziale, tra le varie categorie di soggetti titolari di esclusive. Si adotterà, anche per comodità di esposizione, una fondamentale bipartizione tra la categoria dei *copyright holders* (o, genericamente, autori) e quella degli utenti (o consumatori), considerando che la Direttiva non si preoccupa minimamente di modificare i rapporti tra autori, interpreti e produttori di opere creative.<sup>16</sup>

Il terzo paragrafo illustrerà la conformazione della tutela garantita a quei dispositivi tecnologici (c.d. *anticircumvention measures* o *digital locks*) che, se applicati efficacemente, sono in grado di precludere agli utenti sprovvisti di autorizzazione l'accesso alle opere distribuite e trasmesse in formato digitale e di regolarne gli usi. Ci si chiederà se tale nuova forma di protezione del *copyright* sia in grado, così come strutturata, di garantire, oltre all'integrità delle prerogative dei titolari dei diritti protetti, anche l'applicazione di quella parte del diritto d'autore che esenta certe categorie di usi dalle attività riservate agli autori. Per rispondere a tale domanda si analizzerà prima la struttura delle *anticircumvention provisions* previste dall'articolo 6, istituendo un paragone tra queste e le analoghe disposizioni della Sezione 1201 del *Copyright Act* statunitense; ciò non prima di aver notato per quali ragioni entrambe le normative sembrano andare ben al di là del mero adeguamento della legislazione interna al disposto dell'articolo 11 del WCT. A fine paragrafo, si analizzerà il meccanismo che l'articolo 6.4 prevede al fine di garantire l'effettività di certi usi legittimi anche nelle ipotesi di applicazione alle opere di dispositivi tecnologici antiaccesso.

---

<sup>16</sup> È uno dei commentatori più critici nei confronti della Direttiva a far notare come questa ometta completamente di proteggere le categorie degli autori e degli interpreti dalla forza contrattuale di editori e produttori che, di norma, sono in grado di imporre ai primi contratti standard di acquisto in blocco dei loro diritti (c.d. *buy-out contracts*). V. B. HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, *European Intellectual Property Review* 2000, p.500.



Infine, nel quarto e ultimo paragrafo, si cercherà di capire quale sia lo spazio concretamente riservato agli usi previsti dall'articolo 5 come legittimi, in un contesto normativo in cui le modalità tecnologiche di controllo dell'accesso e dell'uso delle opere sono oggetto di tutela autonoma, cioè indifferente all'effettiva violazione dei diritti d'autore. Interessante sarà poi notare quali siano le utilizzazioni libere più rilevanti a essere eventualmente sacrificate per l'attribuzione di tale tipo di controllo.

*Last but not least*, si prenderà in esame la c.d. copia privata - *fair use exception* assai invocata e prevista come facoltativa per gli Stati dalla Direttiva - per verificare se al singolo utente sia ancora permesso realizzare copie digitali per uso personale senza violare la privata d'autore.

## **1. Premessa: diritto comunitario e proprietà intellettuale. Presupposti e obiettivi della Direttiva 2001/29/CE**

La proprietà intellettuale è stata per la Comunità Europea (e ora per l'Unione) una vera e propria bestia nera. I diritti di monopolio temporaneo da essa provveduti in materia di marchi, brevetti, diritto d'autore e diritti *sui generis* (cioè l'esclusiva sulle banche dati) erano e sono visti come un ostacolo per il raggiungimento dell'obiettivo primario del Trattato: la creazione di un mercato unico che presenti le caratteristiche di un mercato nazionale unificato. Gli effetti anticompetitivi fisiologicamente sottesi all'esistenza e all'esercizio di tali diritti risultano aggravati dal fatto che, per il combinato disposto degli articoli 30 e 295 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, la loro definizione e applicazione resti prerogativa dei legislatori nazionali<sup>17</sup>.

Si può dire, quindi, che finora le modalità di circolazione dei beni oggetto di privative industriali o di *copyright* abbiano tendenzialmente costituito una rilevante eccezione alle regole del Trattato

---

<sup>17</sup> Art.30: "The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions in imports, exports or goods in transit justified on grounds of [...] the protection of industrial or commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States". Art.295: "The Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership."

concernenti il principio di libera circolazione delle merci (articoli 28 e 29).<sup>18</sup> Poteva e può ancora succedere, infatti, che l'esercizio di tali diritti permetta alle imprese che ne siano titolari (*ab origine* o *ex contractu*, cioè per mezzo di licenze, territorialmente limitate, concesse dal titolare originario) di frammentare il mercato comune. Infatti, se le legislazioni nazionali attribuiscono un diritto esclusivo allo sfruttamento economico di un data opera o prodotto nell'ambito del territorio del proprio Stato, esse dovrebbero poi, per forza di cose, riconoscere ai titolari di tale diritto la possibilità di opporsi all'importazione da un altro Stato Membro di un prodotto protetto da un diritto identico o simile.

La risposta più semplice al problema, in teoria, consisteva nell'avvio di un processo di *unificazione* delle legislazioni nazionali che avesse lo scopo di creare singoli e uniformi diritti di privativa (quindi un singolo brevetto, marchio o *copyright*, registrati a livello centrale) riconosciuti in tutto il territorio della Comunità. Tale strada, se è stata seguita per i marchi<sup>19</sup> e per i disegni e modelli comunitari<sup>20</sup> – con l'istituzione di una disciplina completa e parallela (quindi non sostitutiva) rispetto alle normative nazionali – non è stata battuta per il diritto d'autore.<sup>21</sup> Anzi, proprio con una decisione riguardante la circolazione di beni protetti da questo diritto, la Corte di Giustizia Europea ha dato inizio nel 1970 a una progressiva elaborazione giurisprudenziale concernente i limiti posti dal principio di libera circolazione delle merci all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale (la cui esistenza, per espressa volontà dell'art.295, era e resta definita dalle normative nazionali).<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Art.28: "Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States." Art.29: "Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States."

<sup>19</sup> Si veda il Regolamento 40/1994 CE, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee L 011 del 14 Gennaio 1994 e concernente la creazione del primo diritto di privativa *comunitario*.

<sup>20</sup> Regolamento 6/2002 CE, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee L 03 del 5 Gennaio 2002.

<sup>21</sup> Analoga è la strada intrapresa, ormai da molti anni, per la creazione di un brevetto comunitario che affianchi il c.d. brevetto *europeo*, creato e disciplinato dalla Convenzione di Monaco di Baviera del 1973. Tale accordo intergovernativo ha istituito l'Ufficio Europeo dei Brevetti, che non è un'istituzione comunitaria ma un organo previsto da un classico strumento di diritto internazionale per la registrazione e l'amministrazione centralizzata di "fasci" di esclusive nazionali. Una breve cronistoria del lento (e ancora *in itinere*) processo di unificazione della materia brevettale è offerta da G. STUMPO, *Verso l'effettiva istituzione del brevetto comunitario*, in *Il Diritto Industriale* n.3/2003, p.226.

<sup>22</sup> La questione è stata affrontata per la prima volta in *Deutsche Grammophon v. Metro-SB-Grossmärkte* (78/70, European Community Review 1971, p. 487), caso nel quale la Corte di Giustizia Europea ha sostenuto che "the essential purpose of the Treaty, which is to unite national markets into a single market [...] could not be attained if, under the various legal systems of the Member States, nationals of those States were able to partition the market and bring about arbitrary discrimination or disguised restrictions on trade between Member States". La Corte di Giustizia, in quel caso, ha inteso chiarire che l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale non può sfuggire all'ambito di applicazione dell'Art.28 del Trattato CE (e al conseguente principio di *esaurimento*), riferendosi l'Art.30 alla sola *esistenza* ("the specific subject matter", riservata alla legislazione degli Stati Membri dall'Art.295) dei diritti di proprietà artistica o industriale. Di fronte al riconoscimento di tale dicotomia – *esercizio/ esistenza* - S. ANDERMANN, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*,

Dato questo attrito, e preso atto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia (anche per ragioni *lato sensu* politiche) premeva perché i diritti di proprietà intellettuale fossero sì riconosciuti ma che, una volta esercitati per la prima volta, circolassero liberamente nel territorio della Comunità,<sup>23</sup> il legislatore europeo ha trovato in altre norme del Trattato CEE il fondamento per l'esercizio del potere normativo, nello specifico, in materia di diritto d'autore e diritti a questo connessi.

La Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio – come tutte le direttive precedenti in materia di diritto d'autore - si basa sulle norme dettate dagli articoli 47.2, 55 e 95 del Trattato. Il contenuto precettivo di tali norme è volto a conferire legittimazione e forma a direttive che abbiano l'obiettivo di coordinare – avvicinandole - le disposizioni degli ordinamenti nazionali concernenti lo sviluppo e l'incoraggiamento di attività rientranti nella categoria dei servizi;<sup>24</sup> ciò nell'ottica del perseguimento degli obiettivi elencati nell'art. 14.<sup>25</sup> I considerando della Direttiva in esame chiariscono ancor meglio quali siano stati i presupposti del legiferare: “la necessità di istituire un quadro giuridico generale e flessibile a livello comunitario per favorire lo sviluppo della società dell'informazione in Europa” (punto 2); l'esigenza che tale nuovo contesto risultasse “armonizzato in materia di diritto d'autore e diritti connessi”, al fine di creare le condizioni (“una maggiore certezza del diritto”, “un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale”) per promuovere “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

---

*The Regulation of Innovation*, Oxford University Press, New York 1998, p. 169, sottolinea come - in *Deutsche Grammophone* - la Corte abbia considerato i diritti di esclusiva essenzialmente diritti *negativi*: da essi, cioè, non conseguirebbe automaticamente un diritto (*positivo*) allo sfruttamento di un'opera o prodotto oggetto di esclusiva. La predetta dicotomia è inoltre criticata da P. CRAIG e G. DE BURCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York 1998, p.1027 (“It is generally accepted that property as a legal concept is made up by a bundle of rights, powers, privileges, and duties. These constitute the very meaning of property. To say therefore, as the Court does, that the Treaty serves to protect only the existence of a property right and not its exercise should not delude us into thinking that the bundle of rights etc. which would normally comprise this type of property has survived unscathed [...]”).

<sup>23</sup> Ciò in base al principio di *esaurimento*, sotteso alla disposizione dell'Art.28 del Trattato CE, sopra richiamata.

<sup>24</sup> Tra i *servizi* da sviluppare con l'adozione di direttive di coordinamento tra le legislazioni degli Stati Membri, l'Articolo 50 del Trattato include, in un elenco tuttavia non tassativo, le *attività di carattere industriale e commerciale* (rispettivamente le lettere *a* e *b* del § 2). L'Articolo 95, inserito nel Chapter 3 (*Approximation of laws*), fa espresso rinvio all'Articolo 14 per individuare gli obiettivi da raggiungere mediante l'adozione – da parte del Consiglio e con la procedura di co-decisione dettata dall'Articolo 251 – di misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, aventi per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del *mercato interno*.

<sup>25</sup> In particolare, l'Articolo 14, § 2 e 3, dispone che “2. The internal market should comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty. 3. The Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission, shall determine the guidelines and conditions necessary to ensure balanced progress in all the sectors concerned.”

la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali” (punto 4); e così via.

In sintesi, può dirsi che lo scopo della Direttiva fosse duplice: uno interno, l'altro esterno agli obiettivi previsti dal Trattato CE. Il primo consisteva nell'affrontare certe questioni-chiave, in tema di diritto d'autore, già individuate dalla Commissione Europea nel *Green Paper* del 1995 e riguardanti sia il mondo analogico sia il digitale: i criteri d'individuazione della legge applicabile ai fatti giuridici della rete telematica (contratti, violazioni del *copyright*); l'oggetto e l'estensione dei diritti di utilizzazione economica delle opere; i diritti morali degli autori; la gestione collettiva dei diritti e le misure tecnologiche di protezione. Vedremo come tale primo obiettivo sia passato in secondo piano nel corso dei lavori preparatori della Direttiva, al punto che questa – nella sua versione definitiva – s'occupa di meno della metà delle questioni appena elencate.

Secondo obiettivo era l'adeguamento del diritto comunitario alle disposizioni contenute nei due Trattati WIPO del 1996, al fine di preparare il terreno a una ratifica congiunta da parte degli Stati membri e dell'Unione Europea. Probabilmente, a raggiungere lo scopo, sarebbe stato sufficiente copiare le disposizioni di tali Trattati e inserirle in una direttiva. Così non è stato. A detta di autorevoli commentatori,<sup>26</sup> la Commissione Europea non avrebbe saputo resistere alla tentazione di innalzare il livello di protezione del *copyright* adottato dal compromesso di Ginevra; e nel far ciò avrebbe mostrato un irresistibile attrazione per la messa in atto della tutela delle c.d. *anti-circumvention* measures, senza però valutarne il potenziale impatto sulla sopravvivenza nel digitale di quegli usi c.d. legittimi tradizionalmente esorbitanti dall'esclusiva concessa agli autori.

Ci si soffermerà qui sui tre punti che, nella Direttiva, stabiliscono i rapporti tra contenuto del *copyright* in ambito digitale, protezione tecnologica dell'accesso alle opere protette e utilizzazioni libere:

- si esaminerà prima la definizione di riproduzione dell'opera contenuta nell'articolo 2, con particolare riguardo al concetto di riproduzione temporanea, fondamentale per comprendere quanto ampia possa essere l'esclusiva sul diritto di realizzare copie nell'ambito della tecnologia digitale;
- individuata l'ampiezza di tale diritto primario, si vedrà fino a che punto e per quali ragioni l'articolo 6 della Direttiva vieti l'aggiramento dei dispositivi tecnologici posti a presidio dell'accesso alle opere;

---

<sup>26</sup> B. HUGENHOLTZ, op. cit., p.499; M. RICOLFI, op. cit., p.140. Quest'ultimo, in un accenno al contenuto della bozza di Direttiva (e in particolare al suo Articolo 6, v. nota 45), sottolineava come l'Articolo 11 del WIPO Treaty prevedesse la tutela delle misure tecnologiche solo nella misura in cui queste impedissero atti “not authorized by the authors concerned or *permitted by law*” (corsivo mio).

- infine, illustrato il modello di protezione tecnologica del *copyright*, si cercherà di capire quale sia in tale contesto l'operatività delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi previste dall'articolo 5.

## 2. L'oggetto del diritto di riproduzione nella tecnologia digitale

Le norme concernenti, da un lato, l'aggiramento di dispositivi anticopia o antiaccesso e, dall'altro, l'eventuale limitazione dell'uso di tali tecnologie si pongono come strumentali rispetto alla tutela di diritti sostanziali che, prima di tutto, devono essere definiti nella nuova dimensione digitale. La Direttiva segue questo iter logico, presentando nella sua prima parte le definizioni dei diritti di riproduzione (art.2), comunicazione al pubblico (art.3) e distribuzione (art.4).<sup>27</sup> Il campo di applicazione di tali diritti è segnato dall'articolo 1 che, pur nel riferirsi alla tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi nella c.d. società dell'informazione, fa salve le vigenti disposizioni comunitarie in materia di tutela giuridica di beni appartenenti alla categoria degli *information goods*: i programmi per elaboratore (o *software*) e le banche dati. Anzi, può ben dirsi che proprio dalla precedente disciplina riferita a tali beni oggetto di *copyright* (o di un diritto *sui generis*, com'è definito quello sulle banche dati) il legislatore comunitario del 2001 abbia tratto l'ampia nozione riproduzione che ora troviamo nell'articolo 2 della Direttiva.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Si fa presente fin d'ora che i diritti esclusivi di *comunicazione al pubblico* e *distribuzione* non saranno presi direttamente in considerazione nell'ambito di questo scritto, perché non immediatamente attinenti alla questione fondamentale che si intende esaminare, cioè la possibile coesistenza tra utilizzazioni libere e *copyright* nel quadro giuridico disegnato dalla Direttiva 2001/29. Si sottolineerà (v. *infra*) come, in realtà, ogni forma di comunicazione al pubblico e di distribuzione in ambito digitale passi attraverso un (inevitabile) procedimento di riproduzione dell'opera trasmessa. Quindi, è come se l'esclusiva sulla riproduzione avesse una sorta di supremazia d'origine tecnologica - rispetto alle altre due prerogative - nel regolare l'*accesso* alle opere protette e la relativa *fruizione*. Ciò non toglie, ovviamente, che le disposizioni contenute negli articoli 3 e 4 della Direttiva rivestano un'importanza fondamentale nel quadro del processo di *armonizzazione sostanziale* dei diversi diritti attribuiti dal diritto d'autore comunitario. Si noti, infine, come il disposto dell'art.3 della Direttiva sia identico a quello dell'art.8 del WIPO Treaty (v. *Introduzione*, nota n.13), statuendo che : "Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente." Con riguardo al diritto di distribuzione, l'art.4.1 prevede che "Gli Stati membri riconoscono il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo."

<sup>28</sup> In tal senso, si veda R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, CEDAM, Padova 2001, pp. 193 ss, che offre una panoramica completa del diritto di riproduzione nell'ambiente digitale. Sul punto accennato nel testo, l'Autrice riporta (v. nota 34) l'opinione espressa da A. LUCAS, *Intellectual property and global information infrastructure*, Copyright Bulletin 1998, p.3, nell'ambito del dibattito creatosi a proposito della prima proposta di direttiva. Secondo LUCAS, "la scelta di una nozione particolarmente ampia di riproduzione, quale quella disposta in materia di software, è frutto della particolarità dell'oggetto da tutelare; il software richiede una particolare disciplina in ragione del fatto che si tratta *più che di un'opera da comunicare di un mezzo da usare*" (corsivo mio). "Questo suo connotarsi come mezzo, strumento" – riporta la

L'articolo 2 definisce il diritto di riproduzione come “il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo e forma, in tutto in parte” riconosciuto ad autori, interpreti, produttori fonografici, produttori di prime fissazioni di una pellicola e organismi di diffusione radiotelevisiva - rispettivamente - su opere, registrazioni di prestazioni artistiche, riproduzioni fonografiche, originale e copia delle pellicole, fissazioni di trasmissioni (incluse quelle via cavo o via satellite). Ciò che di nuovo è in questa norma non riguarda i soggetti titolari del diritto, ma l'oggetto del diritto stesso.

La norma, infatti, sottopone al controllo dei titolari di *copyright*, oltre agli atti di riproduzione permanente, diretta e indiretta, anche gli atti di riproduzione temporanea che, nella circolazione di dati e informazioni per via telematica, hanno un rilievo preminente. Ciò per una caratteristica intrinseca al funzionamento della rete: infatti, già con lo sfogliare una pagina *web* sul proprio *computer*, ciascun utente riproduce automaticamente tale pagina nella propria memoria RAM.<sup>29</sup> Tale riproduzione automatica è, ovviamente, transitoria e accessoria, parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico eseguito “all'unico scopo” – come prevede la Direttiva all'Art.5.1 – “di consentire [...] la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario [...]”<sup>30</sup> In altre parole, la tecnologia digitale e le

---

ROMANO – “giustifica la necessità di porre dei limiti all'uso che gli utenti possono farne e quindi di disporre una nozione molto ampia di riproduzione, che secondo il medesimo autore, non sembra essere necessaria quanto al nuovo contesto di sfruttamento digitale.” L'Autore di tali osservazioni, cercando di giustificare una possibile differenziazione tra i concetti di riproduzione (applicabili, rispettivamente, al software e alle opere dell'ingegno in formato digitale) arriva a una conclusione diametralmente opposta a quella raggiunta (sulla scorta di certi studi americani, ormai divenuti dei “classici”: J. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, Columbia Law Review 1994, pp.2432 ss; M. LEMLEY, *The Economics of Improvements in Intellectual Property Laws*, Texas Law Review 1997, pp. 997 e ss) da M. RICOLFI, *Proprietà intellettuale, antitrust e reti*, op. cit., p.64 ss. Quest'ultimo, infatti, avrebbe auspicato per lo stesso software la configurazione di un diritto di riproduzione che non impedisse ad altri potenziali innovatori operazioni quali la decompilazione e la *reverse analysis*, finalizzate alla creazione di programmi interoperativi o alla creazione *di altri e diversi programmi*. Sfortunatamente – come fa notare l'Autore alla nota n.69 di p.66– gli articoli 5.3, 6.1 e 9.1 della Direttiva 91/250/CE hanno il limite, grossissimo, di legittimare la sola decompilazione rivolta alla finalità della creazione di programmi interoperativi.

<sup>29</sup> Acronimo di *Random Access Memory*, la cosiddetta memoria “volatile” di cui ciascun elaboratore è provvisto. Tra le riproduzioni temporanee – aventi il carattere della transitorietà e dell'accessorietà - rientrano il *caching*, il *routing* e il *browsing*. Il primo termine si riferisce alla prassi di alcuni server di mantenere nella loro memoria pagine *web* già consultate, in modo da non dover ricercare ogni volta tali pagine nei server d'origine (per una definizione del *caching* si veda anche l'art.13 della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico). Il termine *routing* descrive una modalità di trasmissione mediante la quale ogni insieme di dati è frammentato in tanti “pacchetti”, ognuno dei quali è inviato elettronicamente alla destinazione richiesta per la via più breve: la riproduzione entra in gioco perché lungo il percorso sono realizzate copie dei dati trasmessi. Il *browsing*, infine, è il semplice sfogliare una pagina *web*. Per un'approfondita disamina di tali modalità di riproduzione temporanea si veda R. ROMANO, op.cit., pp.199 ss.

<sup>30</sup> Così dispone l'Articolo 5 in materia di eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi precedentemente elencati: “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*

nuove modalità di comunicazione da questa consentite vedono la riproduzione come operazione tecnicamente necessaria per consentire all'utente di accedere all'opera e di fruirne, dopo averla ricevuta per (eventuale) trasmissione dell'intermediario. Ciò significa che nel digitale la riproduzione rileva non solo come autonoma modalità di sfruttamento economico dell'opera (per esempio, a mezzo della classica attività di moltiplicazione in copie), ma anche come condizione indefettibile per l'esercizio delle altre esclusive, quali il diritto di comunicazione al pubblico e di distribuzione<sup>31</sup>.

La disposizione dell'articolo 5.1 – unica tra le eccezioni all'esclusiva ad essere prevista come obbligatoria per le legislazioni degli Stati membri - fa sì che i suddetti atti di riproduzione temporanea “siano esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2” quando risultino “privi di rilievo economico proprio”, dato il loro carattere accessorio o transitorio.

Benché apparsa a qualcuno fondamentalmente scontata,<sup>32</sup> tale esenzione è il risultato di un acceso dibattito che ha visto confrontarsi le delegazioni europea e statunitense durante la Conferenza WIPO del 1996 a Ginevra. Tali fronti contrapposti esprimevano in quella sede indirizzi e proposte che erano stati già elaborati in vista della redazione dei due documenti dai quali si può dire siano sorte tutte le novità legislative concernenti oggi il *copyright* nella sua dimensione digitale: da un parte, il *Green Paper* della Commissione Europea, pubblicato nel Luglio del 1995;<sup>33</sup> dall'altra, il c.d. *White Paper*, pubblicato negli Stati Uniti nel Settembre dello stesso anno ed elaborato, in seno alla *National Information Infrastructure* istituita dall'amministrazione Clinton, dal *Working Group* presieduto da Bruce Lehman.<sup>34</sup>

---

*proprio* che sono *transitori o accessori*, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali [...]” (corsivi miei).

<sup>31</sup> La condizione di simultaneità tra le varie facoltà di sfruttamento è stata sottolineata da J. GINSBURG, *Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyrights in Cyberspace*, Columbia Law Review 1995, p.1466, che spiega come, per esempio, l'atto con cui un utente riceve un brano musicale trasmesso per via digitale possa contemporaneamente interessare sia il diritto di diffusione sia quello di riproduzione; e ancora, come la visualizzazione di un certo documento sul proprio computer sia al tempo stesso riproduzione e trasmissione. B. HUGENHOLTZ, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, in *The future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, The Hague 1996, pp.80 ss., ha sostenuto che la tecnologia digitale, rendendo più omogenei i diversi generi di opere, ne avvicina conseguentemente i diversi mezzi di sfruttamento. Infine, è da notare come già nel 1990 P. SAMUELSON, *Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law*, Rutgers Computer and Technology Law Journal 1990, p.323, affermasse che la caratteristica principale delle nuove modalità di comunicazione fosse quella di riuscire a rendere fruibili mediante lo stesso mezzo suoni, immagini fisse e in movimento, software, dati, etc.

<sup>32</sup> “Did we really need a European lawmaker to tell us that caching and browsing are allowed without authorisation? A common sense right would have done the job as well, if not much better”, ha scritto con una buona dose di sarcasmo B. HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, op. cit., p.501.

<sup>33</sup> *Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, COM (95), p.382.

<sup>34</sup> *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, United States Department of Commerce U.S. Patent and Trademark Office, Information Infrastructure Task Force, disponibile al

A Ginevra la delegazione statunitense si era fatta promotrice di una ridefinizione del diritto esclusivo di riproduzione che avrebbe messo sotto il controllo degli autori anche quelle copie temporanee che la Direttiva europea esenta oggi dal loro potere monopolistico. Come ha ben sottolineato uno dei più attenti studiosi europei del rapporto tra *copyright* ed evoluzione tecnologica,<sup>35</sup> tale proposta - unita all'esplicito riconoscimento di un nuovo diritto esclusivo di distribuzione digitale - avrebbe avuto l'effetto di estendere la responsabilità per le violazioni perpetrate *on line* dai singoli utenti non solo alla categoria degli internet *providers* - in relazione alla loro attività di caricamento in rete e memorizzazione di opere protette - ma anche alle compagnie telefoniche e agli operatori di rete, che avrebbero trovato nel passaggio di materiale protetto attraverso le proprie infrastrutture (e quindi nei conseguenti, innumerevoli atti di riproduzione di tale materiale, necessari per la trasmissione) titolo per essere considerati colpevoli di *contributory infringement*. La proposta americana, poi abbandonata nel corso delle negoziazioni, era preordinata a coinvolgere in qualche modo queste categorie di intermediari in un'attività di vigilanza ad essi non congeniale, oltre che sgradita, e riguardante il flusso illegale (cioè non autorizzato) di opere protette attraverso le loro reti di comunicazione. Ciò, ovviamente, per ovviare all'impotenza dei rimedi garantiti dalle giurisdizioni nazionali nei confronti dei soli utilizzatori-contraffattori, la cui diretta chiamata in causa è resa problematica - oltre che da questioni di giurisdizione (si pensi alle violazioni perpetrate nei c.d. *copyright heavens*) - anche da considerazioni d'ordine economico.<sup>36</sup>

Il concetto di riproduzione temporanea, preso in considerazione dall'articolo 2 della Direttiva del 2001, è divenuto giuridicamente rilevante quando si è cominciato a discutere di tutela del *software*. Caratteristiche tecnico-funzionali di questo particolare bene (e ora, in generale, di tutte le opere in formato digitale) fanno sì che anche la più semplice tra le utilizzazioni (per esempio, il solo sfogliarne i contenuti) non possa prescindere dal fatto che l'elaboratore ne faccia una copia. È da questo procedimento tecnologico, ora esteso a tutte le forme di comunicazione digitale di dati, ch'è nata l'idea che singoli atti di fruizione potessero essere oggetto del diritto esclusivo dell'autore: se ogni uso privato di un'opera in formato digitale implica necessariamente la realizzazione di una copia dell'opera stessa sull'*hardware* di ciascun utente, allora tale uso investe in pieno il diritto di riproduzione e non può essere

---

sito: [www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/front.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/front.pdf) (d'ora in poi *White Paper*). Un'attenta ricostruzione storica delle vicende politiche e giudiziarie che hanno condotto all'adozione di tale complesso documento da parte del Governo americano è offerta da J. LITMAN, *Digital Copyright*, op.cit., nel Sesto Capitolo (*Copyright lawyers set out to colonize cyberspace*), pp. 89-96.

<sup>35</sup> M. RICOLFI, *Intellectual property rights and legal order*, op. cit., pp. 134 ss.

<sup>36</sup> Come ha fatto notare M. RICOLFI, *ibidem*, p.133, "to attack individual consumer is costly, unpopular and sometimes even legally questionable, as private and domestic uses are usually covered by a specific defence, the doctrine of fair use". Vedremo *infra* quale sia l'impatto della normativa europea del 2001 su quest'ultima *specific defence* a disposizione degli utenti-consumatori.



considerato alla stregua di una semplice utilizzazione analogica. Per effetto della tecnologia digitale, dunque, l'esclusiva concernente la riproduzione non trovava più nella moltiplicazione in copie dell'opera la propria unica via di estrinsecazione e di valorizzazione economica: a questa si aggiungeva, infatti, la riproduzione "dematerializzata" accessoria alla fruizione. In termini economici, ciò si rivelava estremamente significativo per la tecnica di remunerazione del titolare di *copyright* sul *software*, implicando "il passaggio da un sistema basato sul valore di scambio degli esemplari ad uno basato sul valore d'uso dell'opera"<sup>37</sup>. È per questo che la Direttiva 91/250/CE ha ritenuto necessario ampliare la nozione di riproduzione con riferimento al *software*, modificando altresì il rapporto tra contenuto del diritto e utilizzazioni libere.<sup>38</sup>

Nell'articolo 2 della Direttiva 2001/29 - questa volta con riferimento a tutte le categorie di opere protette in formato digitale - si ritrova lo stesso concetto di riproduzione definito dieci anni prima per il *software*. E profondamente alterata rispetto al passato scenario analogico pare la relazione tra utilizzazioni libere (nemmeno menzionate come tali dalla Direttiva, vedi *infra*) e ampiezza dell'esclusiva di riproduzione, a svantaggio delle prime. Ciò per il disposto dell'articolo 5.1 che, al fine di limitare l'ambito del monopolio sugli atti di riproduzione, esenta dal *copyright* soltanto la copia temporanea "priva di rilievo economico proprio", considerato il suo carattere accessorio o transitorio.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> R. ROMANO, op. cit., p.185.

<sup>38</sup> Nel far ciò il legislatore comunitario ha dovuto distinguere tra operazioni di riproduzione necessarie al funzionamento del programma - come tali indipendenti dal consenso dell'autore perché connesse alla fruizione dell'opera e remunerate dal prezzo di vendita corrisposto dal legittimo acquirente - e qualsiasi altra riproduzione che, invece, deve considerarsi illecita. Tale distinzione - basata su una valutazione teleologica del singolo atto di riproduzione - scaturisce dal combinato disposto degli articoli 4.1 e 5.1 della Direttiva 91/250/CE. Tali norme così dispongono: Art.4: Attività riservate. "1.Fatte salve le disposizioni degli articoli 5 e 6, i diritti esclusivi del titolare [...] comprendono il diritto di effettuare o autorizzare: a) la riproduzione, permanente o *temporanea*, totale o parziale, di un programma per elaboratore con qualsivoglia mezzo, in qualsivoglia forma. Nella misura in cui operazioni come il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione del programma per elaboratore richiedono una riproduzione, tali operazioni devono essere sottoposte ad autorizzazione da parte del titolare del diritto [...]" Art.5: Deroghe relative alle attività riservate. "1. *Salvo disposizioni contrattuali specifiche*, non sono soggetti all'autorizzazione del titolare del diritto gli atti indicati nell'Art.4, lettere a) e b), *allorché tali atti sono necessari per un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente [...]*" (corsivi sempre miei).

<sup>39</sup> Negli Stati Uniti, il Titolo II del *Digital Millennium Copyright Act* del 1998 (v. *infra*), a sua volta (e significativamente) denominato *Online Copyright Infringement Liability Limitation*, ha aggiunto al *Federal Copyright Act* la sezione 512 che - occupandosi delle possibili interferenze tra diritto esclusivo di riproduzione digitale e operazioni svolte per il funzionamento e la trasmissione di informazioni attraverso la rete (come fa l'art.5.1 della Direttiva) - prevede quattro nuove forme di limitazione di responsabilità per il *copyright infringement* commesso dai c.d. *service providers*. Tali limitazioni riguardano le seguenti categorie di condotta: 1. *Transitory Communications*; 2. *System Caching*; 3. *Storage of information on system or networks at direction of users*; e 4. *Information location tools*. Come si può facilmente notare, la quasi totalità di queste categorie di atti (precedentemente esemplificate col riferimento a procedimenti quali il *routing*, il *caching* e il *browsing*) non rientrerebbero

Se questo è l'identikit di copia libera da vincoli fornito dalla Direttiva, non resta che concludere che gli unici atti di riproduzione esenti da esclusiva siano quelli che - per il loro essere "copie in senso tecnico, meccanicistico, legate all'adempimento di certe funzioni da parte delle macchine"<sup>40</sup> - permettano il funzionamento della rete. Rientrano dunque nell'ambito delle attività riservate ai titolari di *copyright* tutte le riproduzioni che, permettendo una fruizione dell'opera, abbiano un rilievo economico,<sup>41</sup> non essendo collegate alla semplice attività di trasmissione attraverso la rete.<sup>42</sup>

### 3. La tutela del *digital locking*: diritto d'autore o forza d'editore?

Nell'introduzione a questo scritto si è già sottolineato come legislatori e autori avessero due tipi di strumenti per rispondere efficacemente alla sfida lanciata al diritto d'autore dalle nuove forme di comunicazione digitale: uno legale, l'altro tecnologico. L'idea che fosse la tecnologia a poter garantire effettività alle regole poste da legislazioni pubbliche e private in fatto di accesso e fruizione delle opere caricate *on line*, ha preso forma nei primi anni Novanta, nei dibattiti che hanno fatto da preludio e

---

nemmeno tra gli atti di riproduzione che il legislatore europeo ha posto sotto il controllo degli autori; e ciò per effetto dell'esenzione di cui all'art.5.1. In Europa si è evitata una così articolata disciplina di limitazioni di responsabilità semplicemente con l'adozione di un concetto di *riproduzione riservata* meno ampio di quello prescelto negli Stati Uniti. È interessante notare - a livello di tecnica normativa - come le limitazioni di responsabilità statunitensi non siano automatiche, ma riservate a soggetti che presentino certi requisiti e rispettino regole di comportamento preordinate a coinvolgere i *service providers* in forme di *network police*.

<sup>40</sup> R. ROMANO, op. cit., p.199.

<sup>41</sup> R. ROMANO, op. cit., pp. 200 ss., sottolinea l'inaffidabilità del criterio teleologico adottato dalla Direttiva per distinguere tra copia temporanea soggetta a controllo degli autori e copia temporanea esorbitante dall'esclusiva: ad avere *rilievo economico proprio* sarebbero tutte le riproduzioni destinate alla fruizione. Peccato che nella tecnologia digitale riproduzione e fruizione di un'opera o di un prodotto (per es. il software) tendano a coincidere e quindi, come sottolinea l'Autrice (p.202), "è utopistico pensare di distinguere la disciplina applicabile in ragione della destinazione del singolo atto [...]"

<sup>42</sup> Tra le modalità di fruizione sottoposte al controllo degli autori la Direttiva include anche la c.d. *riproduzione ad uso privato*, realizzata su qualsiasi supporto per fini né direttamente né indirettamente commerciali. L'Art.5.2, infatti, pur attribuendo agli Stati membri la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione, dispone (alla lett. b) che la realizzazione di copie *private* possa essere «liberalizzata» solo a pagamento, cioè "a condizione che i titolari 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 [...]" Con l'inserimento nella Direttiva di questa disposizione - che ha il gravissimo difetto di non contribuire all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, non ponendosi come obbligatoria per gli Stati membri (v. *infra*) - il legislatore europeo pare aver adottato una soluzione di compromesso nella tutela del *copyright*. Complessivamente, infatti, ha mostrato di preferire la vecchia tecnica dell'esclusiva - anche in un contesto, quello delle reti tematiche, in cui questa "rischia di diventare [...] un arnese declamatorio, che, al più, colpisce a caso e, quindi, in modo ingiusto; e ciò soprattutto per il depotenziamento [...] e l'incertezza dell'intermediazione" (P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in Rivista di diritto civile 1998, II, p.646). Nel particolare, poi, non potendo chiudere gli occhi di fronte alla difficoltà che la gestione dell'esclusiva sconta nel nuovo ambiente digitale quanto a *enforceability*, ha previsto forme di remunerazione forfetaria degli autori per le ipotesi di riproduzione digitale che sfuggano (ancora oggi) al loro controllo perché effettuate tra le pareti domestiche.

accompagnamento alla redazione e approvazione, nel 1995, del *Green Paper* europeo e del *White Paper* americano e, l'anno seguente, del WCT.

Dopo aver adottato un concetto di riproduzione riservata molto ampio e aver preso atto dell'estrema fragilità e ambiguità di tale diritto, l'articolo 6 della Direttiva 2001/29 ha provveduto a introdurre nella legislazione comunitaria un'articolata normativa che, muovendo dall'adempimento dell'obbligo derivante dall'articolo 11 del WCT, prende in considerazione e tutela quei dispositivi tecnologici (comunemente definiti in inglese *digital locks*) che, se adeguatamente applicati, sono in grado di regolare l'accesso a un'opera in formato digitale e quindi di impedirne la riproduzione.<sup>43</sup>

L'articolo 6, inserito nel Capo III della Direttiva (Tutela delle misure tecnologiche e delle informazioni sul regime dei diritti), prende in considerazione le misure tecnologiche in un duplice senso, obbligando gli Stati membri

- da un lato, a prevedere "un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo" (art.6.1);

- dall'altro, a disporre "un'adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che:

- a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o
- b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o
- c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche." (art.6.2).

---

<sup>43</sup> L'articolo 6.3 offre una definizione piuttosto dettagliata di tali dispositivi: «Ai fini della presente direttiva, per "misure tecnologiche" si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto *sui generis* previsto al capitolo III della Direttiva 96/9/CE. Le misure tecnologiche sono 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 procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o di altro materiale protetto, o di un meccanismo di controllo delle copie, che realizza l'obiettivo di protezione». P. CERINA, *Protezione tecnologica delle opere e sistemi di gestione dei diritti d'autore nell'era digitale: domande e risposte*, Il Diritto Industriale n.1/2002, pp. 87-88, ha fatto notare come tale disposizione nulla dica in merito al preciso significato del termine *efficacia* riferito a una misura di protezione. "Si dice semplicemente, con un'espressione tautologica, che una 'misura tecnologica' si ritiene efficace quando garantisce protezione. Paradossalmente, potrebbe non essere oggetto di tutela nell'Unione Europea una misura tecnologica di protezione facile da manomettere."

Risultato delle disposizioni suddette non è dunque la sola obbligazione, a carico degli Stati dell'Unione, a provvedere una tutela adeguata contro l'aggiramento (o elusione) dei dispositivi tecnologici antiaccesso o anticopia; è anche – e direi, soprattutto – la condanna all'illegalità di tecnologie per così dire “neutre”, di cui si proibisce l'uso in blocco senza considerarne i potenziali usi legittimi (e quindi non contraffattivi).<sup>44</sup>

Ci si chiede se tale approccio alla disciplina dell'uso di dispositivi tecnologici applicati alle opere digitali abbia trovato il proprio modello nell'articolo 11 del WCT – al cui disposto la Direttiva doveva semplicemente adeguarsi - o se non sia stata piuttosto la normativa contenuta nello statunitense *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) dell'Ottobre 1998 a influenzare il legislatore europeo.

L'articolo 11 del WCT, nello specificare che gli Stati aderenti al Trattato dovessero prevedere una tutela legale adeguata contro l'aggiramento di dispositivi tecnologici usati dagli autori in relazione all'esercizio dei propri diritti, prevedeva che tale tutela fosse coadiuvata da sanzioni giuridiche in grado di garantirne l'effettività; e inoltre, a conclusione del disposto, specificava che gli atti di cui si dovesse consentire l'impedimento per via tecnologica fossero quelli non autorizzati dagli autori interessati o non permessi dalla legge. Va notato, in primo luogo, come sia arduo ritenere che il monopolio concesso indirettamente dall'art.6.2 agli autori per l'uso della tecnologia in funzione difensiva possa essere considerato come uno tra gli *effective legal remedies* di cui gli Stati dovevano munirsi: l'articolato divieto dell'art.6.2, infatti, non vieta semplicemente l'uso di dispositivi tecnologici in funzione offensiva dei diritti degli autori, ma ne proibisce addirittura la fabbricazione, precludendone così eventuali usi e sviluppi a fini non contraffattivi. In secondo luogo, l'articolo 11, nello specificare all'impedimento di quali atti la tutela dei dispositivi tecnologici debba essere disposta dagli Stati contraenti, fa esplicito riferimento alla categoria degli atti permessi dalla legge, con ciò provvedendo una vera e propria clausola di salvaguardia degli usi legittimi.

Data l'assenza nell'articolo 11 del WCT di qualsiasi base giuridica che giustifichi come adempimento di un obbligo internazionale - da un lato - la previsione del divieto *ex* articolo 6.2 della Direttiva e - dall'altro - l'attribuzione, seppur indiretta, di un inusuale diritto di accesso alle opere protette, sembra corretto ritenere che le istituzioni comunitarie abbiano inteso innalzare il livello di

---

<sup>44</sup> Si veda, su questo punto, T. VINJE, *Should We Begin Digging Copyright 's Grave?*, *European Intellectual Property Review* 2000, pp. 555-56. Commentando il testo della Direttiva ancora *in itinere* (precisamente, la Posizione Comune del Consiglio Europeo del 25.09.2000, poi rimasta invariata sul punto), l'Autore ha fatto giustamente notare che i divieti *ex* art. 6 (soprattutto 6.2) si pongono in grave contrasto con l'applicazione di altre disposizioni della normativa che permettono certi usi delle opere protette, chiedendosi: “If technical measures prevent acts permitted under Articles 5.2 and 5.3, and both the circumvention of such measures to facilitate such acts and the manufacture and sale of devices necessary to enable such circumvention are prohibited, how will the exceptions continue to have any real meaning?”

protezione del *digital locking* concordato precedentemente a Ginevra<sup>45</sup>. Tale scelta sembra stata in parte condizionata, come già anticipato, dall'impianto normativo adottato in materia dagli Stati Uniti, nel 1998, con il DMCA, che ha modificato il *Federal Copyright Act* del 1976<sup>46</sup>. Per effetto di tale integrazione, nella sezione 1201 figurano ora disposizioni a tutela delle c.d. *anti-circumvention measures* che sono molto simili a quelle successivamente adottate dall'articolo 6 della Direttiva 2001/29.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> B. HUGENHOLTZ, op. cit., p.499, si è espresso in questo senso: «If in Geneva international law makers, in their wisdom, agreed on a rather loosely formulated provisions obliging countries to “provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technology measures” (Art.11 of the WCT), the E.C. would carve a precise anti-circumvention rule in stone [...]» Della stessa idea è T. VINJE, op. cit., p.556, che sottolinea come “it is unfortunate that E.U. legislators have chosen to adopt such a far-reaching prohibition on circumvention-related activities *with no link to infringement*” (corsivo mio).

<sup>46</sup> Il *Federal Copyright Act* costituisce il Titolo 17 dello *U.S. Code.*, al quale il *Digital Millennium Copyright Act* ha aggiunto il *Chapter 12*, con nuove sezioni (da 1201 a 1205) contenenti due divieti – il primo concernente l'aggiramento delle misure di protezione tecnologica delle opere, il secondo la manomissione dei sistemi di informazione e gestione telematica dei diritti – e le relative sanzioni civili e penali. Entrato in vigore il 28 Ottobre 1998, al pari della Direttiva 2001/29/CE, il DMCA ha provveduto prima di tutto a inserire nella legislazione statunitense le nuove disposizioni contenute nei due Trattati WIPO del 1996, affrontando poi tutta una serie di questioni riguardanti la tutela del *copyright* su Internet.

<sup>47</sup> Si riporta qui il testo dei due divieti previsti dalla Sezione 1201 dello US Copyright Act (*Circumvention of copyright protection systems*):

“(a) VIOLATIONS REGARDING CIRCUMVENTION OF TECHNOLOGICAL MEASURES. – (1)(A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title[...]

(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that –

- (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;
- (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or
- (C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title [...]

La terza tipologia di divieto è contenuta nella lettera (b) della Sezione 1201 (ADDITIONAL VIOLATIONS), che utilizza la medesima tecnica d'identificazione delle tecnologie da bandire - cioè l'elenco dei possibili loro obiettivi – riferendosi non più all'aggiramento di contromisure poste a tutela dell'accesso alle opere, ma a contromisure che proteggano *diritti d'autore* («[...] a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof»).

Come si può notare, tale normativa distingue due diritti alla cui protezione le misure tecnologiche possono essere preordinate: da un lato, l'autonomo diritto d'accesso alle opere (o *access right*), dall'altro i (classici) diritti d'autore. Con riguardo a questi ultimi, tuttavia, l'unico divieto previsto concerne la produzione, distribuzione o offerta al pubblico di prodotti o servizi che consentano l'aggiramento di contromisure tecnologiche; nulla è previsto per l'ipotesi in cui sia il singolo individuo a violare la contromisura. Così non è nella Direttiva 2001/29/CE che, non distinguendo tra violazione dei sistemi *antiaccesso* e *anticopia*, configura un divieto di portata complessivamente più ampia.

Sembra opportuno, ora, verificare quale sia la portata normativa dei due divieti sui quali è basata la tutela comunitaria del *digital locking*, per chiedersi prima di tutto se tale tutela attenga al diritto d'autore strettamente inteso o, piuttosto, all'attribuzione di un altro tipo di diritto – un diritto di accesso alle opere protette – che nulla ha a che vedere con il *copyright*.<sup>48</sup> Ci si soffermerà poi sull'analisi della disposizione (art.6.4) che, nella Direttiva, è preordinata alla salvaguardia di certe categorie di usi che il diritto d'autore tradizionalmente sottrae al controllo dei titolari di esclusive. In tale analisi non mancherà, laddove possibile, un raffronto di questa normativa con le corrispondenti regole adottate nel *Copyright Act* statunitense: si vedrà come, salva qualche lieve differenza, i due legislatori si siano mossi nella stessa direzione.

**3.1 Come interpretare i due divieti posti dall'articolo 6 della Direttiva?** Sottesi al disposto dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 6 sono i concetti giuridici di misura tecnologica di protezione ed efficacia della misura stessa. Con il primo termine ci si riferisce a tutti quei dispositivi che, se applicati efficacemente, sono in grado di precludere agli utenti sprovvisti di autorizzazione l'accesso alle opere distribuite e trasmesse in formato digitale e di regolarne gli usi.<sup>49</sup> Come prescrive anche il WCT del 1996, l'efficacia della misura è condizione indispensabile per invocare la protezione garantita dal divieto di aggiramento; quindi ricadrà sui titolari dei diritti d'autore l'onere di dimostrare l'idoneità della misura applicata a precludere l'accesso ai soggetti da essi non autorizzati. Ci si domanda che tipo di prova possa essere questa. Infatti - si potrebbe argomentare – se la misura è superata o manomessa, significa che non fosse *ab origine* idonea alla protezione, quindi inefficace e non meritevole di tutela. Nell'assenza di un riferimento normativo, sia al di qua sia al di là dell'Atlantico, è da ritenere che saranno i giudici a trovare un criterio di valutazione per appurare se una misura sia efficace: per meritare protezione il congegno non dovrà essere a prova di *hacker*, ovviamente, ma almeno insuperabile per l'utente medio.<sup>50</sup>

Il divieto *ex* articolo 6.1 concerne l'elusione (o superamento o manomissione, che dir si voglia) di una misura di protezione posta a tutela di qualsiasi diritto d'autore o diritto connesso previsti dalla

---

<sup>48</sup> Su questo punto molto interessante è il confronto a distanza tra T. HEIDE, *Copyright in the E.U. and United States: What "Access Right"?*, European Intellectual Property Review 2001, pp.469 ss., e J. GINSBURG, *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*, Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Group, 2000, disponibile al sito [http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT\\_ID=222493](http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT_ID=222493). Se quest'ultima è dell'avviso che il c.d. *access right*, "codificato" dalla Sezione 1201 dello U.S. Copyright Act, sia implicitamente sotteso all'esercizio dei diritti di riproduzione e distribuzione riconosciuti dalla *copyright law*, il primo sostiene invece che tale nuova prerogativa consista in un "potere" di controllare l'accesso alle opere che nulla ha a che vedere con il diritto d'autore tradizionale.

<sup>49</sup> Si veda la definizione offerta dall'articolo 6.3 della Direttiva.

<sup>50</sup> In questo senso si veda la pubblicazione della WIPO, *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues*, par. 124, che illustrava le ragioni per le quali le disposizioni ora contenute nel WCT avrebbero dovuto essere adottate internazionalmente.

legge (o del diritto *sui generis* previsto al capitolo III della Direttiva 96/9/CE sulle banche dati), messa in atto da persone consapevoli di perseguire tale obiettivo. La Direttiva non offre una definizione di *circumvention* anche se, tenendo conto del concetto di misura di protezione chiarito dall'articolo 6.3 e da un confronto con l'esplicita previsione del DMCA, è agevole ritenere che l'oggetto della condotta vietata sia la decodificazione o manomissione dei dispositivi applicati dagli autori, naturalmente senza il loro consenso. Il riferimento all'elemento soggettivo dell'agente – cioè la consapevolezza che la propria attività consenta il superamento della misura di protezione – è assente nella corrispondente normativa americana, che contiene un divieto assoluto di aggiramento delle misure regolatrici dell'accesso alle opere protette, senza riguardo allo stato psicologico in cui versa chi oltrepassa la misura. Questa differenza rilevante pare poter essere attribuita, più che a un maggior rigore del DMCA, a una differente struttura (e, di conseguenza, a un differente ambito applicativo) delle norme che dispongono il divieto. La Sezione 1201 del *Copyright Act* - solo apparentemente più intransigente - è improntata a vietare l'aggiramento dei soli sistemi a tutela dell'accesso alle opere protette; mentre l'articolo 6.1 della Direttiva, pur sensibile allo stato psicologico dell'agente, sembra non distinguere tra elusione di sistemi anticopia e di sistemi antiaccesso, vietando l'aggiramento di qualsiasi misura tecnologica preordinata alla tutela di un diritto d'autore. Questa mancata distinzione rende la norma europea ancor più ampia dell'omologa statunitense, riferendo la condotta elusiva a operazioni concernenti sia dispositivi regolatori dell'accesso sia codici (o altri meccanismi analoghi) limitativi dell'uso di un'opera protetta.<sup>51</sup>

L'articolo 6.2, dal canto suo, obbliga gli Stati membri a mettere fuori legge una serie di attività preordinate alla fabbricazione e al commercio di strumenti e tecnologie che permettano o facilitino l'aggiramento o la manomissione di sistemi di protezione. La norma individua le tecnologie potenzialmente offensive dei diritti d'autore col ricorso a un elenco di obiettivi dei prodotti o servizi vietati che è identico a quello fatto proprio dalla Sezione 1201 del DMCA statunitense.<sup>52</sup>

Il combinato disposto dei due divieti fa sì che a essere proibita non sia la sola condotta di aggiramento, ma qualsiasi altra attività (la manifattura, la distribuzione, l'offerta di servizi, etc.) che faciliti il superamento delle misure di protezione applicate dagli autori. Obiettivo delle due norme è la creazione di un'ampia area di condotte illecite, che includa sia la semplice (e forse innocua) manomissione ad opera di singoli individui sia la (ben più "pericolosa") produzione e commercializzazione su vasta scala di dispositivi tecnologici di aggiramento. Su questo punto tanto l'articolo 6.2 quanto la Sezione 1201 del *Copyright Act* statunitense vanno al di là del semplice adeguamento allo standard di protezione previsto nel WCT.

---

<sup>51</sup> È un'osservazione condivisa da M. FALLENBOECK, *On The Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions*, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 7, Winter 2002/2003, p.40.

<sup>52</sup> Cfr. Sezione 1201 (2) a e b.

L'aspetto cruciale del divieto di aggiramento ex articolo 6.1 concerne l'assoluta mancanza di collegamento tra l'atto di elusione o di aggiramento in sé e la violazione di uno dei diritti a cui le misure di protezione devono essere considerate strumentali. E' davvero singolare che, in una normativa riferita prima di tutto alla tutela del diritto d'autore sostanziale, il divieto strumentale di cui all'articolo 6.1 non istituisca un collegamento tra l'elusione delle misure tecnologiche e l'effettiva violazione dei diritti: ciò fa sì che l'aggiramento sia di per sé illecito e sanzionabile, senza che sia permesso a chi agisce di far valere uno degli usi legittimi tradizionalmente garantiti dal diritto d'autore. L'esclusiva del *copyright* (sia nella sua veste anglosassone sia in quella europeo-continentale) non ha mai attribuito agli autori il diritto di controllare tutti i possibili usi di un'opera, prevedendo eccezioni con riferimento a particolari situazioni in cui si è sempre ritenuto necessario far prevalere l'interesse pubblico su quello privato degli autori: per esempio, consentendo la riproduzione di una piccola parte di un'opera per scopi di critica, le riproduzioni di notizie di stampa per fini informativi, la possibilità per le biblioteche di riprodurre e distribuire copie delle opere per scopi di ricerca e archiviazione, e via dicendo<sup>53</sup>. Di queste eccezioni ai diritti esclusivi la Direttiva europea e il DMCA non potevano non prendere atto; e infatti prevedono, accanto ai divieti in esame, un certo numero di eccezioni e limitazioni che dovrebbero coesistere con la tutela tecnologica dell'accesso alle opere protette.<sup>54</sup>

Il punto è che tali normative, col disancorare il divieto di aggiramento tecnologico dall'effettiva violazione dei diritti, finiscono per stabilire la legittimità di veri e propri monopoli elettronici a favore dei *copyright holders*, comprendenti tutto ciò che è contenuto nelle opere, senza alcuna possibilità tecnica di distinzione tra elementi protetti ed elementi di pubblico dominio. Col sancire l'invulnerabilità assoluta dei vari modelli di *digital locks*, rendendone autonoma la protezione, l'articolo 6 della direttiva 2001/29 di fatto attribuisce ai titolari di private un potere di controllo sull'accesso alle opere sconosciuto al precedente (ma non ancora del tutto scomparso) scenario analogico. Il DMCA del 1998, concependo il divieto di aggiramento come riguardante le sole misure regolatrici dell'accesso a un'opera, è esplicito nel riconoscere agli autori questa nuova figura di esclusiva sostanziale. E per consentire la sopravvivenza di una serie di *fair uses* di fronte all'uso di tecnologie antiaccesso, da un lato prevede una serie limitata di eccezioni al divieto;<sup>55</sup> dall'altro ricorre a un interessante meccanismo legale che delega la *Librarian of*

---

<sup>53</sup> Riprendo qui la efficace esemplificazione di P. CERINA, op. cit., p.88.

<sup>54</sup> Nella Direttiva 2001/29/CE è l'articolo 5, già analizzato per ciò che riguarda l'esenzione di cui al paragrafo 1, che prevede ai paragrafi 2 e 3 un lunghissimo elenco di eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi di riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione. Nel Copyright Act, la Sezione 1201 prevede una serie più circoscritta di eccezioni (dalla lettera d alla lettera f) per la cui sopravvivenza in ambito tecnologico è tuttavia previsto un procedimento "secondario" di aggiornamento sconosciuto alla normativa comunitaria (v. *infra*).

<sup>55</sup> Le eccezioni al divieto di manomissione previsto dalla Sezione 1201 (a) del Copyright Act sono previste alle lettere da (d) a (j) e si riferiscono alla possibilità di manomissione di misure tecnologiche di controllo degli accessi riconosciuta a biblioteche, archivi e scuole (all'esclusivo scopo di decidere se acquisire l'accesso a una determinata opera); per



*Congress* (Biblioteca del Congresso) a condurre ogni tre anni uno studio per determinare se vi siano categorie di opere i cui utenti risultino pregiudicati dalla normativa in esame nella loro possibilità di utilizzare le opere protette in modo del tutto legittimo (c.d. *non infringing uses*). In tal caso, alla Librarian of Congress è attribuito il potere di sospendere per tre anni l'operatività del divieto di aggiramento con riferimento alle categorie di opere individuate.<sup>56</sup>

L'approccio dell'Unione Europea alla ricerca di un equilibrio normativo tra gli interessi dei *copyright holders* e degli utilizzatori di opere protette è stato assai meno schietto e pragmatico di quello statunitense, appena riassunto. Nel corso dei lavori preparatori della Direttiva, infatti, si è riscontrata un grave disaccordo tra la Commissione e il Consiglio sul significato da attribuire al divieto dell'articolo 6. Secondo la Commissione, tale divieto avrebbe dovuto riguardare soltanto condotte di aggiramento preordinate alla violazione dei diritti d'autore, con l'esclusione di quelle operazioni di manomissione autorizzate dai titolari dei diritti o dalla legge.<sup>57</sup> Autorizzate dalla legge dovevano considerarsi tutte quelle operazioni di decodificazione o decifrazione dei codici antiaccesso riconducibili alla categoria degli usi legittimi delle opere, come individuati dall'articolo 5 della Direttiva. Tale articolata disposizione, nella proposta della Commissione, avrebbe dovuto provvedere all'armonizzazione delle legislazioni in una materia, quella delle libere utilizzazioni (o limitazioni al *copyright*, com'è preferibile dire per alcune particolari ipotesi), che a livello nazionale presenta differenze notevoli da Stato a Stato, riflesso di tradizioni culturali e pratiche commerciali territorialmente limitate. Il punto è che l'operatività delle eccezioni e limitazioni di cui all'articolo 5 avrebbe dovuto prevalere, nel disegno originario della normativa, sull'applicabilità del divieto di aggiramento di misure tecnologiche, divieto eminentemente strumentale, da concepire al servizio (e nel pieno rispetto) del diritto d'autore sostanziale. In base a tale impostazione, il divieto non avrebbe mai potuto trovare applicazione nei casi in cui l'aggiramento di misure tecnologiche fosse accessorio a un'utilizzazione lecita di un'opera protetta.<sup>58</sup>

---

l'applicazione della legge e lo svolgimento di attività governative e di polizia; e infine per casi di *reverse engineering* di *softwares*, ricerca in materia di tecnologie di cifratura, protezione dei minori, raccolta di dati personali ed esperimenti per la sicurezza informatica. Per un commento di tale serie di eccezioni si veda la puntuale analisi di J. GINSBURG, «*Il Digital Millennium Copyright Act* op. cit., pp. 636-641.

<sup>56</sup> P. CERINA, op. cit., p.89, ricorda che la “la Biblioteca del Congresso” – avvalendosi della delega di cui alla Sezione 1201 (a)(1)(C) – “ha già individuato, ed esentato fino al 2003, due categorie di opere: (i) compilazioni di indirizzi Internet bloccati da appositi software in grado di filtrare gli accessi, e (ii) opere letterarie, inclusi i programmi per elaboratore e banche dati, protette da sistemi tecnologici di controllo che impediscono l'accesso a causa di malfunzionamenti, danneggiamenti o obsolescenze del sistema di controllo.”

<sup>57</sup> Si veda l'Explanatory Memorandum per l'iniziale proposta di Direttiva della Commissione Europea, COM (97) 628 del 10 Dicembre 1997, p.2.

<sup>58</sup> Negli Stati Uniti, la Sezione 1201 del DMCA, subito dopo aver sancito il principale divieto di aggiramento di misure tecnologiche – v. (a)(1)(A) - offre una potenziale soluzione al conflitto tra *digital locks* e utilizzazioni libere, disponendo – v. (a)(1)(B) – che: “The prohibition contained in subparagraph (A) shall not apply to persons who are users of a copyrighted

Il punto di vista della Commissione non era condiviso dal Consiglio che, diversamente, proponeva l'applicazione del divieto di aggiramento a tutte le misure tecnologiche che avessero lo scopo di prevenire o limitare atti di utilizzazione delle opere protette non autorizzati dagli autori. La posizione del Consiglio faceva sparire dall'articolo 6 della proposta di Direttiva ogni collegamento tra il divieto in esame e le ipotesi in cui l'aggiramento delle misure tecnologiche poteva considerarsi legittimo per il fatto d'essere compiuto in vista d'una qualsiasi tra le utilizzazioni lecite previste dalla legge. Tale proposta non faceva altro che avvicinare il divieto di aggiramento europeo alla principale *anti-circumvention provision* della Sezione 1201 del DMCA, separando la tutela dei dispositivi tecnologici antiaccesso dall'effettiva violazione dei diritti d'autore. Il Consiglio non ha tardato a rendersi conto che tale diversa impostazione avrebbe danneggiato gravemente gli interessi legittimi dei beneficiari di esenzioni dal diritto d'autore, cioè quei soggetti che, in base alle previsioni della stessa Direttiva (v. art.5, paragrafi 2 e 3), avrebbero potuto utilizzare strumenti di decodificazione, decifrazione o manomissione per accedere alle opere protette senza violare alcuna disposizione di legge.

Per contemperare i contrapposti interessi in gioco - autori da una parte e consumatori dall'altra - il Consiglio ha aggiunto, nella sua posizione comune del 28 Settembre 2000,<sup>59</sup> un quarto paragrafo all'articolo 6 del progetto di direttiva; paragrafo in cui, per preservare l'efficacia dei limiti e delle eccezioni legali al copyright, si sceglieva una strada diversa sia rispetto a quella battuta dal DMCA sia rispetto alla soluzione prospettata inizialmente dalla Commissione.

**3.2 Struttura e limiti del tentativo di far coesistere monopoli elettronici e utilizzazioni libere delle opere protette.** Il paragrafo aggiunto in quell'occasione dal Consiglio è poi finito nel testo definitivo della Direttiva, all'articolo 6.4. Tale disposizione prevede una deroga alla tutela giuridica delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6.1, disponendo che “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 [...] i mezzi per fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al

---

work which is in a particular class of works, if such persons are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by virtue of such prohibition in their ability to make noninfringing uses of that particular class of works under this title, as determined under subparagraph (C)”. Come anticipato nel testo (v. *supra*), il paragrafo (C) delega la *Librarian of Congress* a individuare periodicamente, col potere di esentarle temporaneamente dal divieto, categorie di opere i cui utenti risultino pregiudicati nella loro possibilità di utilizzare opere protette in modo legittimo. Benché la tutela delle misure tecnologiche sia prevista come autonoma da quella del *copyright* sostanziale e ad essa logicamente precedente (o sovraordinata), il DMCA si preoccupa di affiancare alla tutela del monopolio elettronico un criterio d'individuazione di eventuali aree di esenzione dal divieto di aggiramento.

<sup>59</sup> A tale riguardo, si veda la *Common Position (EC) n.48/2000*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee n. 344 del 1 Dicembre 2000, p.10.

materiale protetto in questione [...]”<sup>60</sup> Confermando l’autonomia della tutela dei *digital locks*, tale disposizione interviene a far sì che ricada in primo luogo sui titolari di *copyright* l’obbligo di rendere tecnicamente possibile la coesistenza tra gli usi legittimi specificamente individuati dalla norma e l’applicazione di dispositivi antiaccesso. In seconda battuta, e dopo aver incoraggiato le parti interessate a addivenire ad accordi collettivi per individuare mezzi e modalità di fruizione di certe eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi, la disposizione in esame offre agli Stati membri una sorta di “valvola di sicurezza” che li abilita a legiferare, inerti i titolari dei diritti, per preservarne la vitalità.<sup>61</sup>

Nell’interpretare tale complessa disposizione, ci si è chiesti quale sia il significato da attribuire a espressioni legislative inconsuete per il diritto d’autore. Ci si è chiesti, in particolare, se col termine “misure volontarie” s’intenda far riferimento all’uso di tecnologie che riconoscano automaticamente categorie di utenti beneficiari di eccezioni e limitazioni; e se la sottoscrizione di “accordi” tra autori e altre parti interessate rappresenti un’ipotesi realistica di compromesso tra le opposte istanze dell’industria culturale e dell’entertainment, da un lato, e le associazioni di consumatori, dall’altro.<sup>62</sup> Su quest’ultimo punto (e senza voler nemmeno toccare la difficile questione dell’individuazione delle “parti interessate” ad opera dei legislatori nazionali) si è anche sottolineato come il raggiungimento di soluzioni equilibrate in tali, peraltro improbabili, negoziazioni sia ostacolato dallo squilibrio notoriamente esistente tra il potere contrattuale dei soggetti beneficiari di eccezioni (biblioteche, istituti d’istruzione, disabili e privati cittadini) e quello delle grandi imprese di comunicazione e dei soggetti che svilupperanno le misure tecnologiche protette dall’articolo 6.<sup>63</sup>

Non c’è dubbio che il meccanismo previsto dall’articolo 6.4 esiga una vigilanza continua da parte degli Stati che, prima d’intervenire con “provvedimenti adeguati”, dovranno valutare se i titolari di

---

<sup>60</sup> I corsivi della parte di disposizione riportata nel testo sono ovviamente miei. L’articolo 6.4 specifica che le eccezioni o limitazioni che i titolari o, in loro sostituzione, gli Stati, debbano garantire ai legittimi beneficiari – “*in deroga alla tutela delle misure tecnologiche*” - siano quelle previste “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)[...]” Tali disposizioni specificamente richiamate si riferiscono a usi quali gli atti di riproduzione effettuati da biblioteche pubbliche, istituti d’istruzione, musei o archivi senza scopo di lucro; le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva; le utilizzazioni per fini didattici o di ricerca scientifica e a favore di portatori di handicap o, ancora, per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario. Si noti che alcuni tra gli usi richiamati e “garantiti” dall’articolo 6.4 sono in ogni caso soggetti al pagamento di un equo compenso a favore dei titolari dei diritti sulle opere utilizzate: per es. le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica, fatta eccezione per gli spartiti sciolti (v. articolo 5.2, lettera a)). Inoltre, soggetta a equo compenso è anche l’eccezione della c.d. riproduzione ad uso privato *ex art.5, paragrafo 2, lettera b)*, per la quale l’articolo 6.4, *in fine*, prevede che gli Stati membri *possano* adottare provvedimenti che ne assicurino l’efficacia nelle rispettive legislazioni nazionali.

<sup>61</sup> Di “safety valve for Member States” ha parlato T. VINJE, op. cit., p.556.

<sup>62</sup> Se lo è chiesto polemicamente B. HUGENHOLTZ, op. cit., p.500.

<sup>63</sup> T. VINJE, op. cit., pp. 556-557.

diritti protetti con misure tecnologiche antiaccesso o anticopia abbiano – volontariamente o sulla base di accordi – messo a disposizione dei beneficiari i mezzi (presumibilmente codici) per fruire delle eccezioni e limitazioni previste. Si è sostenuto che l'adempimento di tale obbligazione sussidiaria richieda una particolare diligenza e celerità d'azione da parte degli Stati membri, in assenza delle quali il meccanismo della disposizione in esame è destinato a incepparsi.<sup>64</sup> E' ovvio, infatti, che i titolari di *copyright* saranno incentivati ad adottare "misure volontarie" di limitazione delle proprie contromisure tecnologiche solo se, per dissuaderli dal restare inerti, i legislatori nazionali istituiranno efficienti procedure di controllo e un adeguato apparato di sanzioni che garantiscano ai soggetti beneficiari il rispetto dei limiti e delle eccezioni al *copyright* e la concreta possibilità di fruirne.<sup>65</sup> In assenza di un approccio di questo genere, è molto probabile che l'equilibrata soluzione prospettata dall'articolo 6.4, rimanendo solo sulla carta, sia sostituita da un'iniqua legislazione privata imposta ai consumatori per contratto (un contratto elettronico, s'intende) e poi garantita, quanto a *enforcement*, dall'applicazione di strumenti tecnologici antiaccesso e anticopia.

Quest'ultima soluzione, apparentemente residuale, sembra invece essere avallata dall'ultima parte dell'articolo 6.4, con cui la Direttiva arriva a svuotare di gran parte del suo significato il fragile meccanismo appena illustrato. È previsto, infatti, che i primi due commi del medesimo paragrafo non si applichino "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".<sup>66</sup> Ciò significa, alla lettera, che il meccanismo escogitato per salvaguardare l'effettività della previsione normativa di certe eccezioni non trova applicazione nelle

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 557.

<sup>65</sup> Bisogna domandarsi se gli Stati membri, e per essi il Consiglio Europeo, abbiano visto giusto a presentare un emendamento di così difficile applicazione alla proposta iniziale della Commissione. Quand'anche le prescrizioni dell'articolo 6.4 fossero adempiute dai legislatori nazionali, risulterebbe diverso da Stato a Stato un punto di fondamentale importanza per la circolazione di opere e prodotti culturali nell'Unione, vale a dire la definizione uniforme di limiti ed eccezioni al monopolio tecnologico dei diritti d'autore. Tale frammentazione di discipline potrebbe facilmente mettere in crisi il sistema del c.d. mercato unico: per esempio, permettendo che uno Stato impedisca legittimamente la distribuzione sul proprio territorio di un particolare tipo di misura tecnologica che non assicuri il rispetto di una certa eccezione non prevista nella legislazione dello Stato di provenienza. Qui, per vincere la restrizione alla distribuzione, non si potrebbe invocare il principio della libera circolazione delle merci (*ex* articolo 28 del Trattato CE), poiché l'impedimento opposto dallo Stato di destinazione troverebbe la propria giustificazione nella non conformità dell'opera o del prodotto da importare a uno statuto nazionale delle eccezioni al *copyright* che la disposizione dell'articolo 5 della Direttiva 2001/29, come vedremo, ha inteso non armonizzare.

<sup>66</sup> Da notare è che questa sia l'unica disposizione della Direttiva in cui si distingue tra accesso *on line* e *off line* alle opere protette, a dimostrazione del fatto che le norme finora passate in rassegna, concernenti da un lato il diritto di riproduzione e, dall'altro, la tutela di misure tecnologiche, riguardino le opere protette da *copyright* messe a disposizione e distribuite in qualsiasi formato.

ipotesi in cui le misure tecnologiche di protezione siano applicate a opere distribuite on line, anziché su supporti digitali quali il *Compact Disc*, il *CD-Rom*, il *DVD* e così via. Ciò significa, altresì, che non c'è bisogno di aspettare l'inerzia dei titolari di *copyright* e dei legislatori nazionali per arrivare allo scenario ipotizzato sopra: per la fruizione *on line*, infatti, l'alleanza tra contrattazione elettronica e tecnologie difensive sembra poter essere subito realtà, e una realtà auspicata dal legislatore.

Utilizzando un'espressione che indica, senza possibilità di equivoco, l'accesso a un'opera tramite Internet e, più in generale, *on demand* ("dal luogo e nel momento scelti individualmente" dall'utente), la norma dispone che nella messa a disposizione del pubblico e nella distribuzione on line non operi alcun meccanismo di limitazione dei monopoli tecnologici; e inoltre, non pare offerta ai legislatori nazionali neppure la facoltà di prevedere per la tutela tecnologica dell'accesso *on line* lo stesso tipo di limitazioni previste per l'accesso *off line*: e ciò sa di irragionevole, in una normativa che usa il «fai da te» come *leitmotiv* nell'indicare agli Stati come implementare le regole in essa contenute. Per effetto di questo disposto si può sostenere che con la progressiva distribuzione di opere protette esclusivamente per via telematica «le misure tecnologiche diverranno virtualmente inattuabili e a certe eccezioni-chiave si potrà dire addio»<sup>67</sup>.

Di fronte a una disposizione dalle conseguenze così gravi, ci si è chiesti se non sia possibile limitare l'esenzione dal meccanismo di salvaguardia degli usi legittimi al solo contesto dei servizi tipo *video-on-demand*. Così facendo, il divieto assoluto di aggiramento di misure tecnologiche, senza possibilità di eccezione o limite alcuno, dovrebbe considerarsi limitato a quei servizi offerti sulla base di contratti elettronici che permettano al singolo utente un solo atto di fruizione, sia esso la visione di un film o l'ascolto di un brano musicale<sup>68</sup>. Solo in queste più limitate ma pur sempre rilevanti ipotesi, si è detto, agli Stati membri non sarebbe consentito rivendicare l'applicabilità del regime delle eccezioni "garantite" dal meccanismo di salvaguardia previsto dai primi due commi dell'articolo 6.4.<sup>69</sup> La

---

<sup>67</sup> T. VINJE, op. cit., p. 557.

<sup>68</sup> È VINJE, *ibidem*, scettico riguardo alla portata apparentemente generale di quest'ultima disposizione, a proporre un'interpretazione relativamente circoscritta. L'Autore fa riferimento nel testo a indicazioni informali provenienti da funzionari della Commissione, in base alle quali il meccanismo di salvaguardia delle eccezioni non troverebbe applicazione "only [...] in the context of services such as video-on-demand [...]" Questa specificazione fa riferimento a particolari modalità di fruizione permesse dalla c.d. *streaming technology*, che consente di trasmettere attraverso Internet *files* musicali o video solo per il periodo di tempo necessario affinché l'utente *on line* ascolti la musica o veda il video prescelto. A tale tecnologia è da contrapporre il c.d. *downloading* che, invece, consente la riproduzione permanente di un certo file sull'*hardware* dell'utente.

<sup>69</sup> Senza tentare un'operazione ermeneutica di contenimento, T. HEIDE, op. cit., pp. 475-476, ha immediatamente riconosciuto l'operatività di tale principio, riconducendone gli effetti direttamente alla struttura delle *anticircumvention provisions*; struttura, questa, attribuita non di un *diritto* ma di un *potere* di controllo sull'accesso alle opere che, collocandosi in una fase logicamente precedente rispetto all'utilizzazione delle opere presa in considerazione dal *copyright*, renderebbe non applicabili *tout court* limiti ed eccezioni da questo previste. Commentando le *anticircumvention provisions* del DMCA, dello stesso

manca di chiarezza della disposizione ostacola, tuttavia, il tentativo di arginarne la portata distruttiva degli interessi dei beneficiari di eccezioni e, più in generale, dei consumatori; ed è lecito dubitare che tale tentativo possa essere compiuto dagli Stati membri che, al contrario, paiono legittimati da tale disposizione a codificare nelle rispettive legislazioni un “minaccioso” principio di onerosità di ogni singolo atto di fruizione innanzitutto per le opere caricate, trasmesse e distribuite *on line*.<sup>70</sup>

Alla luce di quanto detto, può dirsi che il complessivo disposto dell'articolo 6 obblighi gli Stati membri a mettere a disposizione dei titolari di *copyright* una tecnica di autotutela che pare non avere nulla a che fare con la struttura del diritto d'autore tradizionale e, in particolare, con il riconoscimento di diritti esclusivi di utilizzazione delle opere; un'autotutela, è stato scritto, che «va oltre quella che ci si potrebbe procurare con il solo strumento contrattuale, perché il dispositivo (antiaccesso o) anticopia è riconosciuto come limite dominante la trasgressione del quale è *in sé e in assoluto* illecita.»<sup>71</sup> La struttura del divieto, in altre parole, è tale da attribuire un potere di controllo concernente non le utilizzazioni riservate dalla *copyright law* ad autori, interpreti e produttori di opere protette, ma l'accesso alle opere stesse, indipendentemente dall'uso – lecito o illecito - che se ne voglia fare. Ne risulta un connubio di controllo legale e tecnologico sull'accesso e sulla diffusione delle opere protette che accomuna, al di là di certe differenze di lessico, le due *anticircumvention provisions* della Direttiva 2001/29 alle analoghe disposizioni del DMCA del 1998.<sup>72</sup>

---

avviso sono stati D. NIMMER, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, University of Pennsylvania Law Review 2000, p.731, e P. SAMUELSON, *Intellectual Property and Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need To Be Revised*, Berkeley Technology Law Journal 1999, pp.519 ss.

<sup>70</sup> In base a tale principio è “ [...] come se dovessimo pagare un prezzo ogni volta che riascoltiamo un disco o rileggiamo un libro”, sintetizza efficacemente G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano 2001, pp.118, al quale si deve la definizione del principio che è di fatto consacrato sia nella Direttiva 2001/29/CE sia nel *Digital Millennium Copyright Act*. Su questo punto (pp.118-120), l'Autore si chiede «se, specialmente rispetto alle nuove tecnologie dell'informazione, come appunto (ma non solo) Internet, non convenga contenere, piuttosto che accrescere o addirittura esasperare (come purtroppo stanno facendo le istituzioni comunitarie, premute da *lobbies* non solo europee) i caratteri pro-monopolistici del *copyright*: nell'interesse, certo, del pubblico degli utenti, ma anche, al contempo, dello sviluppo delle nuove potenzialità dell'industria culturale (e addirittura della stessa categoria degli autori [...]). Ad evitare, insomma che, in un domani che sarebbe saggio prevenire, le c.d. autostrade dell'informazione – lungo le quali, secondo le magnifiche sorti e progressive, dovrà scorrere un inusitato fiume di cultura e informazione per tutta l'umanità – rischino di trasformarsi in corsie disseminate di caselli di pedaggio a ogni chilometro, e perciò percorse solo da pochi viaggiatori abbienti (*e comunque rallentati*) [...]»

<sup>71</sup> P.SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in Rivista di diritto industriale 2002, p.596.

<sup>72</sup> Tra gli studiosi americani, la combinazione di controllo legale e tecnologico derivante dal divieto di aggiramento posto dal DMCA è stata finemente analizzata da G. LUNNEY, *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, Virginia Law Review 2001, pp. 813 ss. Per spiegare in che modo le *anticircumvention provisions* del DMCA mettano in discussione la struttura stessa della *copyright law*, l'Autore istituisce un interessante parallelismo tra il controllo che la *Stationers' Company of London* aveva sulla pubblicazione di opere scritte nell'Inghilterra della seconda metà

E' opportuno chiedersi, a questo punto dell'analisi, quanto spazio lasci l'attribuzione di questo potere di controllo, apparentemente illimitato, alla categoria delle utilizzazioni legittime, ch'è parte integrante e caratteristica della *copyright law*<sup>73</sup>; e a quanto possano servire le disposizioni dell'articolo 5 per contrapporre a tale potere la tutela insopprimibile dell'interesse generale a che il *digital locking* – trionfo non del diritto d'autore ma della «forza d'editore»<sup>74</sup> – non innalzi barriere ingiustificabili a quella diffusione delle idee, delle forme espressive e dell'informazione che, anche e soprattutto nella comunicazione digitale, resta il fine ultimo del diritto d'autore.

#### 4. Utilizzazioni libere e diritto d'accesso

Nel commentare i primi due commi dell'articolo 6.4 della Direttiva, si è sottolineato quanto debole risulti il meccanismo escogitato dal legislatore europeo per garantire l'effettività delle disposizioni riguardanti le eccezioni e i limiti posti dall'articolo 5. La debolezza del meccanismo, come detto, sta nel fatto che, a una tutela forte (e immediata) delle misure tecnologiche - e quindi a un rafforzamento del monopolio garantito dal *copyright* - non corrisponda automaticamente un altrettanto forte sistema di controlli, uguale per tutti gli Stati membri, che impedisca l'abuso del potere inibitorio connesso all'applicazione di tali dispositivi.<sup>75</sup> È semplicemente previsto che gli Stati corrano a ripari,

---

del Cinquecento; e l'attuale dei *copyright holders* sulla diffusione delle opere per via digitale. A rendere identiche o simili le due situazioni, dal punto di vista legale, è che in entrambe sia un potere di fatto (e non un diritto) a permettere il controllo sulla duplicazione non autorizzata di opere pubblicate: ciò come conseguenza, da un lato, del possesso esclusivo delle macchine stampatrici e, dall'altro, delle misure tecnologiche antiaccesso.

<sup>73</sup> Per una definizione di *fair use* nell'ordinamento statunitense si veda P. GOLDSTEIN, *Copyright: Principles, Law and Practice*, Little, Brown and Company, Boston 1989, pp. 187 ss.; per l'analogo *fair dealing* britannico, si veda W. CORNISH, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights*, Sweet and Maxwell, Londra 1996, pp. 378 ss. Per un illuminante riferimento alla categoria delle utilizzazioni libere in ambito europeo continentale si veda la ricostruzione offerta da P.SPADA, «Creazione ed esclusiva», trent'anni dopo, in *Rivista di diritto civile* 1997, pp. 215 ss., che – nell'ambito di una raffinata disquisizione sul ruolo della privativa nella proprietà intellettuale, a p. 222 – ricorda come il concetto di utilizzazione “libera” rappresenti una franchigia dalla privativa stessa, limitata dal divieto di «utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazioni economica spettanti all'autore» (art.68, III comma, Legge italiana sul diritto d'autore n.633/1941)

<sup>74</sup> Riprendo qui una efficace definizione di P. SPADA, *Copia privata ed opere sottochiave*, op. cit., p.599, coniata in opposizione alla terminologia tradizionale usata da L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York 1999, p.127, che si riferisce a un presunto trionfo del “*copyright*” (“We are not entering a time when copyright is more threatened than it is in real space. We are instead entering a time when copyright is more effectively protected than at any time since Gutenberg [...]”).

<sup>75</sup> Per obbligare i titolari di *copyright* all'applicazione di tecnologie “a prova di usi legittimi” – proponeva T. VINJE, op.cit., p.557, commentando la Posizione Comune del Consiglio, datata 25.09.2000 - sarebbe stato assai più efficace prevederne una tutela a termine. Si sarebbe potuta condizionare, in altre parole, l'operatività del divieto di aggiramento e, quindi del potere (assoluto) di controllo dell'accesso alle opere, a una tempestiva ottemperanza dei titolari di *copyright* all'obbligo di adottare le “misure volontarie” di cui all'articolo 6.4.

con provvedimenti presi “in ordine sparso”, per rimediare alla probabile inerzia di coloro che utilizzeranno misure tecnologiche confidando nell’operatività *sine die* del divieto di aggiramento. A ciò bisogna aggiungere che, stando al disposto letterale dell’ultima parte dell’articolo 6.4, tale meccanismo, per quanto debole, non si applichi affatto alla distribuzione e trasmissione *on line* delle opere.

Il quadro offerto dall’articolo 6 per la tutela degli usi legittimi previsti dalla Direttiva è a dir poco sconcertante. Pare necessario, pertanto, cercare al di fuori di questo articolo e al di là della disciplina d’uso delle misure tecnologiche antiaccesso una norma che possa conferire effettività all’esenzione di certe categorie di atti dal contenuto dell’esclusiva. Se si parte dal presupposto che sia l’accesso alle opere (e non l’esclusiva) a essere tutelato dal divieto di aggiramento, bisogna verificare che a contenere una norma di salvaguardia dell’effettività di tali esenzioni non sia proprio l’articolo 5, di cui non resta che considerare la portata normativa.

Si vedrà, in primo luogo, come questa parte della Direttiva non offra alcuno spunto normativo che possa essere interpretato e finalizzato a limitazione dell’esercizio del c.d. *access right*. Preso atto di questa grave lacuna, si cercherà di capire quale sia la valenza delle disposizioni che individuano le categorie di atti per le quali gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi di riproduzione e comunicazione al pubblico. Infine, ci si soffermerà su una delle più stridenti contraddizioni della Direttiva, e cioè la previsione che una forma di libertà “a pagamento” qual è la riproduzione ad uso privato (o, come si dice correntemente, copia privata) possa risultare soggetta all’applicazione di una misura antiaccesso o anticopia.

**4.1 Alcune considerazioni sulla portata normativa dell’articolo 5.** Adottata una nozione molto ampia del diritto di riproduzione digitale (art.2), la Direttiva si preoccupa di delimitarne il contenuto per far sì che il controllo degli autori non si estenda alla realizzazione di quelle copie temporanee che permettono il funzionamento della rete e la stessa fruizione delle opere in formato digitale. È la disposizione dell’articolo 5.1 - unica eccezione concepita come obbligatoria per le legislazioni degli Stati membri - a correggere opportunamente il tiro, esentando dall’esclusiva gli atti di riproduzione temporanea che siano privi di rilievo economico proprio per il fatto di consentire “(a) la trasmissione in rete tra terzi con l’intervento di un intermediario o (b) un utilizzo legittimo di un’opera o di altri materiali”.

Quest’ultimo inciso, a cui non si era fatto ancora riferimento, potrebbe risultare significativo per capire se l’articolo 5 abbia inteso disporre un’eccezione al c.d. *access right*. Se si considera che nella tecnologia digitale e, quindi, nel funzionamento delle reti interconnesse il singolo atto di accesso a un’opera (per esempio, la semplice apertura di un software o lo sfogliare una pagina *web*) è sempre preceduto da una riproduzione di ciò che si visualizza nella memoria RAM del proprio computer, si

---



capisce come l'accesso risulti sempre da un uso riservato (cioè la riproduzione). L'esenzione della riproduzione temporanea finalizzata a un uso legittimo di un'opera potrebbe voler significare, dunque, che al titolare di *copyright* non è attribuito il potere di controllare l'accesso nel caso in cui l'uso legittimo implichi atti di riproduzione temporanea e non abbia rilievo economico proprio.<sup>76</sup> Ricorrendo tali requisiti – si potrebbe argomentare – l'esenzione in oggetto potrebbe essere estesa alla riproduzione necessaria per fruire di una delle eccezioni previste dall'articolo 5. Il problema è che nessuna utilizzazione libera tra quelle elencate dai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 5 è priva di rilievo economico nel senso precedentemente chiarito,<sup>77</sup> quindi è da ritenere che l'«uso legittimo» di cui parla la disposizione faccia inutilmente riferimento a riproduzioni transitorie già esentate (si veda la lettera *a*) per il fatto d'essere accessorie alla trasmissione (e non alla fruizione) attraverso la rete di opere o altro materiale protetto.

Se si esclude questo inopportuno riferimento all'esenzione di non meglio precisati *lawful uses* dagli atti posti sotto il controllo dei titolari di *copyright*, può dirsi che la Direttiva offra un solo altro spunto letterale dal quale inferire coraggiosamente l'esistenza di una norma generale posta a salvaguardia delle utilizzazioni libere individuate dai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 5. Tra le disposizioni finali (articolo 12.2) si legge infatti che “[L]a tutela dei diritti connessi ai sensi della presente direttiva non pregiudica e non incide in alcun modo sulla tutela del diritto d'autore.”<sup>78</sup> Alla ricerca di un minimo di coerenza sistematica, e pur di salvare dall'inapplicabilità de facto la categoria delle utilizzazioni libere individuate dall'articolo 5, un autorevole commentatore non ha esitato a prospettare un'interpretazione della norma in oggetto che includa il «diritto» d'accesso, implicitamente attribuito dall'articolo 6.1, tra i diritti connessi e perciò subordinati al diritto d'autore. Ciò per evitare che la libertà di usi esorbitanti dall'esclusiva sia impedita dall'esercizio di una nuova prerogativa - quella di controllare tecnologicamente l'accesso alle opere – che non ha nulla a che fare con il diritto d'autore propriamente inteso.

Chi ha proposto questa azzardata interpretazione l'ha fatto nella piena consapevolezza che diverso sia l'oggetto tradizionale della categoria dei diritti connessi; e che del tutto improbabile sia l'intento del legislatore comunitario di riferire tale norma di salvaguardia del diritto d'autore «sostanziale» al potere conferito agli autori dal divieto di aggiramento di misure tecnologiche antiaccesso.<sup>79</sup> Il tentativo ha, in ogni caso, una ragione forte: quella di voler sottolineare come la

---

<sup>76</sup> E' un'ipotesi prospettata da T. HEIDE, op. cit., p. 472.

<sup>77</sup> Si vedano le note da 38 a 42.

<sup>78</sup> Non è questa la sede per una disquisizione sulla natura di tale categoria di diritti. Basti qui ricordare che nella categoria dei diritti *connessi* si includono tradizionalmente i diritti esclusivi di interpreti esecutori e produttori di fonogrammi. Si vedano in tal senso, recentemente, la Direttiva 92/100/CE e il WIPO Performances and Phonograms Treaty del 1996.

<sup>79</sup> Come sottolinea T. HEIDE, op. cit., p.476, nota 59, «as the term “rights related to copyright” refers what would be considered neighbouring rights under the relevant international conventions, it is unlikely that the term will also include the

Direttiva europea del 2001, a differenza del DMCA, nell'attribuire ai *copyright holders* il monopolio della forza tecnologica, si "dimentichi" di mettere in chiaro che l'esercizio del potere di controllo non debba impedire l'operatività di tutta la *copyright law*, inclusi i tradizionali *fair uses*.<sup>80</sup>

Pare opportuno chiedersi, ora, quale sia la ricaduta della sostanziale non operatività delle eccezioni previste dai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 5 allorché i titolari di *copyright* decidano di avvalersi del potere di applicare *digital locks* alle proprie opere in formato digitale. Un atteggiamento così arrendevole di fronte al potere tecnologico di controllo pone *in primis* un problema che in molti ordinamenti è di rilevanza costituzionale. Mi riferisco al conflitto tra l'esercizio di tale potere – non controbilanciato da una corrispondente assunzione di responsabilità da parte dei titolari dei diritti protetti - e l'esercizio di libertà fondamentali (la libera manifestazione del pensiero, la libera circolazione delle informazioni) che nelle moderne democrazie trova fisiologica estrinsecazione nell'uso di opere protette a fini didattici, informativi, di critica e di ricerca da parte degli utenti.<sup>81</sup> È lecito chiedersi perché gli Stati membri non abbiano trovato un accordo sul fatto che il divieto di aggiramento di *digital locks* non debba in ogni caso impedire o limitare la fruizione delle eccezioni più rilevanti, espressione di valori largamente condivisi. La libertà di tali utilizzazioni, suggellata ovunque dall'operatività di norme di rango costituzionale, rischia infatti di trovare un ostacolo insormontabile nel divieto di aggiramento di tecnologie difensive; «intervento punitivo», questo, che in assenza di una esplicita disposizione di segno contrario, permette di «mettere sotto chiave non solo opere dotate di "carattere creativo" [...] ma anche testi, immagini e suoni che di "creativo" – per ineffabile che sia questo fattore di selezione – non hanno nulla o che

---

“rights against the gaining of unauthorized access” which can be considered part of the legal protection extended to technological measures in Art.6 [...]»

<sup>80</sup> La sezione 1201 (c) del DMCA, con riferimento ai divieti di *circumvention* previsti nella medesima sezione, prevede che “(1) Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, *including fair use*, under this title [...]” (corsivo mio). Da parte europea, forse, può consolare il fatto che tale disposizione, unita alla previsione di eccezioni all'interno delle *anticircumvention provisions* (eccezioni comunque non coincidenti con quelle tradizionali nella *copyright law*), non sia stata sufficiente a convincere alcuni tra i più autorevoli studiosi americani della reale possibilità di sopravvivenza dei *fair uses*. Si veda, per esempio, D. NIMMER, op. cit., p. 731 (“The WIPO Treaties adds a wholly separate tort of unauthorized circumvention, to which the fair use defense is inapplicable [...]).

<sup>81</sup> A tali eccezioni fa riferimento, in particolare, il paragrafo 3 dell'articolo 5, alle lettere *a*) (uso didattico o per ricerca scientifica), *c*) (riproduzione e comunicazione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica, politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere), *d*) (citazioni a fini di critica o di rassegna), *f*) (allocuzioni politiche ed estratti di conferenze aperte al pubblico o di opere simili o materiali protetti) e *k*) (utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche). In tutte queste ipotesi di eccezioni (facoltative per gli Stati membri), l'uso legittimo non prescinde dall'obbligo di indicare la fonte e l'autore dell'opera e di utilizzare la stessa nei limiti dello scopo informativo, scientifico o artistico perseguito dall'utente.

appartengono, ormai [...] ad un passato che deve essere patrimonio di tutti – o in pubblico dominio, come correntemente si dice».<sup>82</sup>

Quest'ultima considerazione – condivisa, oltre che da illustri studiosi europei, anche da molti importanti esperti statunitensi di proprietà intellettuale – offre lo spunto per una breve riflessione concernente i profili di costituzionalità della legislazione che qui si commenta. Costituzionalità che – preme sottolinearlo – nel contesto del diritto d'autore comunitario deve essere vagliata sotto un duplice punto di vista.

Il primo profilo riguarda la costituzionalità della privativa digitale d'autore – come strutturata in virtù dell'attuazione della Direttiva 2001/29 – nelle legislazioni nazionali degli Stati Membri. Si è notato, in precedenza, come i diritti d'autore siano all'interno dell'Unione Europea diritti eminentemente nazionali, oggetto sì di un processo di graduale armonizzazione, ma ancora formalmente distinti e strutturalmente diversi. Tale diversità emerge con particolare gravità se si pensa al regime delle eccezioni all'esclusiva qui preso in esame. Si è visto come l'articolo 5 della Direttiva abbia inteso *non* armonizzare le ipotesi di utilizzazione libera delle opere protette, in tal modo rinunciando a definire con precisione i confini del diritto d'autore digitale (e dell'ora autonomo diritto d'accesso)<sup>83</sup>. Una volta introdotta negli ordinamenti interni, tale legislazione, che “privatizza” in tutto e per tutto il diritto d'autore, potrebbe trovarsi in stridente contrasto con quelle norme che, nelle Costituzioni dei singoli Paesi, tutelino la funzione sociale e, più in generale, l'interesse pubblico insito nella protezione o del diritto d'autore o della proprietà intellettuale o, in ultima istanza, dello stesso diritto di proprietà.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, op. cit., p.603. Nella dottrina americana analoga è la posizione di alcuni tra gli studiosi più autorevoli, fa notare R. MERGES, *One hundred years of solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, California Law Review 2000, pp. 2189 ss., che – riferendosi a opinioni espresse da P.Samuelson, D.Nimmer, Y.Benkler e N.Netanel – sottolinea come, per effetto delle c.d. *anticircumvention provisions* del DMCA, “[D]igital content – overprotected at the outset by well-intentioned but misguided copyright law – may now never reach its full potential to add to the public domain.”(p.2203).

<sup>83</sup> Non è ancora chiaro quanto possa aver contribuito a questa posizione rinunciataria il disposto dell'articolo 151.4 del Trattato istitutivo della Comunità Europea che, nel titolo XII - dedicato alle competenze della Comunità in fatto di *Cultura* - esclude esplicitamente la possibilità del ricorso allo strumento dell'*armonizzazione* delle legislazioni nazionali per il perseguimento dei fini individuati nel primo comma della disposizione stessa (“the flowering of the cultures of the Member States”). Il vincolo del rispetto della diversità culturale a livello nazionale e regionale (v.art.151.1), di cui le *eccezioni* all'esclusiva d'autore sono un tradizionale risvolto, potrebbe essere interpretato nel senso di escludere la competenza del legislatore comunitario in fatto di *armonizzazione* delle eccezioni stesse. In ogni caso, di tale problema la Direttiva non fa menzione, nemmeno nel lungo preambolo.

<sup>84</sup> Nell'ordinamento italiano, per esempio, assente un riconoscimento esplicito della tutela costituzionale del diritto d'autore, verrebbe in considerazione l'operatività dell'articolo 42, II comma, della Carta Fondamentale, in cui si prevede che “[L]a proprietà privata” - nella cui categoria sono tradizionalmente fatti rientrare anche i diritti di proprietà intellettuale – “è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi d'acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale [...]”. Tale necessaria *funzionalizzazione* della proprietà intellettuale assicurata dal diritto d'autore troverebbe

Il secondo profilo che qui interessa concerne la costituzionalità *comunitaria* del diritto d'autore fin qui illustrato. In attesa che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>85</sup> acquisisca valore vincolante per gli Stati Membri in virtù della sua integrazione nel tessuto costituzionale dell'Unione, bisogna considerare che – per effetto di una storica sentenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo<sup>86</sup> – tra i principi generali di diritto comunitario, che la stessa Corte è tenuta ad applicare, devono ritenersi compresi i diritti fondamentali codificati nella Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo del 1950.<sup>87</sup> Nell'ambito di detta Convenzione – pur estranea all'ordinamento comunitario e alle sue istituzioni – l'articolo 10 tutela la libertà di manifestazione del pensiero e di ricevere informazioni attraverso i mezzi di comunicazione,<sup>88</sup> che è lo stesso principio fatto proprio dall'articolo II-11 del testo costituzionale presentato alla Conferenza Intergovernativa di Roma conclusasi del Dicembre 2003 con un provvisorio nulla di fatto<sup>89</sup>. Il fatto che tale principio, e più in generale la Carta dei diritti fondamentali, stia per essere incorporato nella parte “rigida” del nuovo testo costituzionale rafforza il convincimento che le disposizioni della Carta stessa si pongano come *sovraordinate* rispetto alla legislazione derivata dell'ordinamento comunitario. E atto derivato è la Direttiva 2001/29, la cui tensione di fondo con i principi ricavabili dall'articolo 10 della Convenzione del 1950 (e, si spera presto, dall'articolo II-11 della nuova Costituzione) è ritenuta da molti ineliminabile.<sup>90</sup>

---

poi ulteriore rafforzamento nel principio di libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'articolo 21 della stessa Costituzione italiana, che parrebbe impedire quella “privatizzazione” dell'accesso a opere e informazioni – anche in pubblico dominio – che oggi l'applicazione delle misure tecnologiche di cui al nuovo art.102-*quater* della Legge n.633/1941, novellata dal D. Lgs. N.68/2003, potenzialmente permette.

<sup>85</sup> Approvata all'unanimità dal Consiglio europeo riunito a Biarritz il 13 e 14 Ottobre 2000, e successivamente dal Parlamento e dalla Commissione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, C 364/9, del 18 Dicembre 2000. Per il momento la Carta è atto separato dai Trattati e privo di efficacia giuridica vincolante agli Stati Membri.

<sup>86</sup> V. Corte di Giustizia Europea, *Stauder*, C 29/69, 12 Novembre 1969.

<sup>87</sup> La Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo è stata firmata a Roma, tra gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, il 4 Novembre 1950.

<sup>88</sup> L'articolo 10 della Convenzione di Roma, nel suo testo inglese, così dispone: “1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers [...]”

<sup>89</sup> La proposta definitiva di trattato costituzionale – presentata alla Conferenza Intergovernativa di Roma apertasi nell'Ottobre 2003 – è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, C 169/3, del 18 Luglio 2003. L'articolo 11 della parte II - parte che incorpora nel trattato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - ripete esattamente il disposto dall'art.10.1 della Convenzione di Roma. Al punto 2, il testo inglese aggiunge che “[...] The freedom and pluralism of the media shall be respected.”

<sup>90</sup> Si vedano, nella direzione indicata nel testo, le considerazioni di B.HUGENHOLTZ, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in *The Commodification of Information*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 240 ss. Nella stessa direzione – ma con specifico riguardo alla presunta incompatibilità tra l'attuale protezione del *software* e il principio di cui all'articolo 10

Alla luce di queste considerazioni, e a forse a renderle ancor più gravi, è doveroso sottolineare come la noncuranza dimostrata dal legislatore comunitario per la tutela dell'interesse di utilizzatori, consumatori e innovatori all'interno del diritto d'autore sia stata attribuita da molti alla fretta che ha contraddistinto l'iter legislativo della Direttiva e alle infinite pressioni che l'industria dell'*entertainment* ha operato a Bruxelles, soprattutto dall'altra sponda dell'Atlantico, per ottenere che una tutela forte del c.d. *digital locking* fosse accordata nel più breve tempo possibile.

Da un punto di vista strettamente normativo, preoccupa il fatto che tale noncuranza non risulti nemmeno rimediabile da parte dei singoli Stati che, per esplicita previsione dell'ultima lettera dell'articolo 5.3, sono abilitati a disporre autonomamente eccezioni solo "in casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni e limitazioni, purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità [...]" Con tale disposizione si è imprigionata la libertà degli Stati membri di adottare eccezioni relative a usi che riflettano nuovi sviluppi della tecnologia digitale non previsti nel momento di redazione del testo della Direttiva;<sup>91</sup> e si è concessa la sola possibilità di mantenere eccezioni già esistenti nei rispettivi ordinamenti, a condizione che queste riguardino usi analogici di scarsa rilevanza e non incidano sulla circolazione di merci e servizi nel mercato unico.<sup>92</sup> Può dirsi dunque che agli Stati membri, in virtù di questa irragionevole limitazione, sia preclusa non solo la possibilità di prevedere una norma generale di salvaguardia degli usi legittimi ma persino la libertà di sperimentare autonomamente nuove soluzioni

---

della Convenzione di Roma del 1950 – si muove la convincente analisi di B. ROTEMBERG, *The European Regulation of Communications Software: Building a "Platform" for Freely Interoperable Digital Expression?*, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 8, Winter 2003/2004. Ovviamente, il riferimento alla tensione tra l'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – in via di costituzionalizzazione - e la "privatizzazione" del diritto d'autore digitale - consacrata negli articoli 5 e 6 della Direttiva 2001/29/CE – non vuol essere che un semplice cenno a un problema che meriterebbe la stesura di un saggio distinto. Tale problema si è posto anche negli Stati Uniti, dove alla protezione tecnologica garantita dalla *Section 1201* del *Copyright Act* si è contrapposto il *First Amendment*, a tutela della c.d. *freedom of speech* e della libera circolazione dell'informazione.

<sup>91</sup> T.VINJE, op. cit., pp. 553-554. Questo Autore, premettendo che "the best intellectual property is generally the most flexible legislation, in particular so it does not become obsolete as technology develops", sottolinea come, "contrary to the approach taken in the WIPO Copyright Treaty, the Directive goes so far as to prohibit Member States from adopting new exceptions that take account of technological change." Analogamente, B. HUGENHOLTZ, *Why the Directive is Unimportant...*, op. cit., p.501, si è chiesto: "How can a legislature in its right mind even contemplate an exhaustive list of limitations [...] when the internet produces new business models and novel uses almost each day?"

<sup>92</sup> Tale improvvida disposizione rafforza ulteriormente un'osservazione fatta in tempi non sospetti da M. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, Annali Italiani di Diritto d'Autore 1996, p.122, secondo il quale – in un contesto normativo in cui l'individuazione legislativa delle libere utilizzazioni sconta, sia a livello internazionale sia a livello comunitario, un "ridotto tasso di innovazione normativa" – "libere e lecite restano solo le utilizzazioni [...] per la più parte largamente obsolete [...]" (come, per esempio, la riproduzione *analogica* ad uso privato, ai sensi dell'art. 5.2 b) della Direttiva 2001/29).

che, nel digitale, permettano una qualche forma di coesistenza tra utilizzazioni libere dal controllo degli autori e applicazione di *digital locks*.

Un ulteriore problema che la Direttiva lascia irrisolto, con esclusivo riguardo alla distribuzione di supporti, consiste nel fatto che la mancata armonizzazione di eccezioni territorialmente rilevanti incida negativamente sulla corretta applicazione del principio di libera circolazione di prodotti culturali, oggetto di diritti esclusivi, all'interno del mercato unico. L'eventualità che ciascuno Stato dell'Unione, secondo il disposto dell'articolo 5, possa adottare o mantenere eccezioni all'esclusiva che altri Stati membri non riconoscano nel proprio territorio potrà facilmente ostacolare il commercio transnazionale di beni che risultino passibili di diverse utilizzazioni a seconda del luogo in cui i relativi supporti si trovano. Si pensi, per esempio, con riguardo all'eccezione di copia privata (v. *infra*), all'ipotesi di esportazione di *Compact Disc* da uno Stato in cui il proprietario dell'esemplare è legittimato a farsene una riproduzione ad uso personale a un altro Stato in cui tale riproduzione non sia permessa o sia consentita con gravi limitazioni. Non c'è dubbio che, in casi come questi, le diverse possibilità di utilizzo del bene-supporto siano in grado di condizionare sia le scelte dei consumatori sia quelle dei produttori di fonogrammi e di supporti e dispositivi necessari alla riproduzione.<sup>93</sup>

**4.2 Sull'incompatibilità tra sistema della copia privata e applicazione di misure tecnologiche di protezione.** Per rendersi conto di quanto le libere utilizzazioni escano malconce dal trattamento normativo al quale la Direttiva le sottopone, non resta che considerare che tipo di impatto abbia l'attribuzione del c.d. *access right* sulla *fair use defence* ch'è più venuta in considerazione negli ultimi decenni con lo sviluppo vertiginoso della tecnologia applicata agli strumenti per far copie. Il riferimento è alla riproduzione ad uso privato (o copia privata), eccezione prevista come facoltativa dall'articolo 5.2, lettera b). “Gli Stati membri” – si legge – “hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione [...] per quanto riguarda [...] le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione

---

<sup>93</sup> Quest'aspetto è sottolineato da T. VINJE, op. cit., p.551. Ben s'intende come le condizioni d'uso legittimo dell'esemplare contenente opere protette da *copyright* possano influire sulle strategie dei diversi soggetti. Il consumatore, per esempio, potrebbe decidere di procurarsi *on line* lo stesso contenuto di un CD che per via analogica non ha il diritto di riprodurre privatamente (o di riprodurre “con successo”, per la presenza di dispositivi tecnologici anticopia applicati sul supporto). Dal canto suo, il produttore di fonogrammi, per vendicarsi di una legislazione statale che mantenga una generosa eccezione di copia privata, potrebbe applicare sui supporti da esportare in quello Stato misure tecnologiche ancor più aspre di quelle adottate nel Paese d'origine; e via dicendo. In precedenza (v. *supra*, par.3.2), si è anche evidenziato come la mancata armonizzazione delle ipotesi di deroga all'esclusiva d'autore possa ostacolare seriamente la commercializzazione, all'interno del mercato comune, dei diversi tipi di dispositivi tecnologici antiaccesso e anticopia che, in ciascun Paese, potrebbero dover rispettare un numero di eccezioni sempre diverso.

che i titolari del diritto 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 [...]"

Partendo dal presupposto che la riproduzione non intermediata – come quella che avviene tra le pareti domestiche – non sia controllabile, molti Paesi europei hanno istituito da tempo sistemi di compensazione economica degli autori da cui si ricava un regime di libertà pagante.<sup>94</sup> Nell'ambito di tali sistemi, in poche parole, l'esenzione della copia dal diritto esclusivo è compensata - nell'interesse dei titolari di diritti d'autore - dal prelievo su apparecchiature e materiali necessari alla riproduzione. Come insegna la migliore dottrina, la copia privata non è oggetto né di un diritto né di una libertà, ma di un'eccezione al diritto esclusivo che ha trovato la propria ragion d'essere nell'esigenza di remunerazione degli autori a fronte dell'aumento esponenziale di riproduzioni non intermedie e, quindi, non controllabili dal detentore di un diritto di monopolio temporaneo sull'attività di duplicazione.<sup>95</sup>

La disposizione dell'articolo 5.2, lettera b) della Direttiva si riferisce a sistemi di compensazione di questo tipo, prevedendo che i legislatori nazionali siano abilitati a introdurli o a mantenerli nei rispettivi ordinamenti, purché l'attività di riproduzione sia soggetta alla corresponsione di un equo compenso e siano rispettate le condizioni che concorrono a far ritenere privata la realizzazione della copia. Tali condizioni sono note: la riproduzione deve avere carattere privato; non deve essere effettuata a scopo di lucro o con modalità tali da porre l'utilizzatore nella veste di concorrente dell'intermediario qualificato; e deve essere posta in essere da una persona fisica.

Fatta eccezione per quest'ultimo, che pare escludere le organizzazioni non profit dai destinatari della disposizione,<sup>96</sup> i requisiti suesposti ricorrono già – con qualche lieve differenza di lessico – nelle legislazioni che conoscono sistemi di compensazione per la c.d. copia privata. Con riguardo a ciò che più interessa in questa sede, e cioè la copia digitale,<sup>97</sup> la Direttiva istituisce un'interdipendenza tra equo compenso e applicazione delle misure tecnologiche di protezione, prevedendo che l'ammontare del primo sia dimensionato tenendo conto della presenza di dispositivi anticopia. Nel disporre ciò, il

---

<sup>94</sup> È accolta qui la magistrale ricostruzione sistematica offerta da P. SPADA, *Copia privata e opere sotto chiave*, op. cit., p.593.

<sup>95</sup> Fondamentale in materia di copia privata è lo scritto di W. GORDON, op. cit., pp.1600 ss., cit. in D. GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, Annali Italiani Diritto d'Autore 2002, p. 155, che riporta fedelmente il pensiero dell'Autrice, nella cui ottica «la copia diventa lecita quando e solo quando la struttura del mercato "istituito" dal titolare sia fallace (c.d. *market failure*), e non consenta pertanto all'aspirante acquirente di contrattare efficacemente coll'autore per ottenere una copia lecita; ulteriore condizione poi è che la garanzia di un accesso libero non determini una eccessiva lesione dell'interesse economico del titolare, altrimenti disincentivato dal compiere investimenti nell'attività creativa.»

<sup>96</sup> È un'osservazione di D. GALLETTI, op. cit., p.185.

<sup>97</sup> R. ROMANO, op. cit, p.194, ricorda che nella Direttiva, al *considerando* n.38, si fa esplicito riferimento alla necessità di distinguere tra copia privata digitale e analogica, per tenere debitamente conto della maggiore incidenza economica che la prima è destinata ad avere nella c.d. società dell'informazione. Peccato, poi, che nel testo della Direttiva non vi sia traccia di una tale distinzione e che, anzi, sul punto “non sembra profilarsi un distacco sistematicamente rilevante rispetto alla disciplina tradizionale”.

legislatore comunitario pare voler significare che nessun compenso sia dovuto nell'ipotesi in cui un dispositivo tecnologico controlli efficacemente il tipo di riproduzione permessa dall'eccezione di copia privata. Come sottolineato in precedenza, in ambito digitale l'applicazione di misure tecnologiche permette ai titolari di *copyright* di esercitare su larga scala un controllo sull'accesso e sull'uso di materiali protetti ch'è più efficace di quanto sia mai stato possibile. Alla luce di questo nuovo stato delle cose e del fatto che tali misure siano legalmente invalicabili, la Direttiva pare escludere l'obbligo di corresponsione dell'equo compenso quando i dispositivi tecnologici permettano di impedire o controllare efficacemente la copia che il prelievo intende compensare. Come giustamente notato, il legislatore comunitario non è chiarissimo su questo punto e non pare obbligare esplicitamente gli Stati membri a modificare i rispettivi criteri di prelievo in modo da ridurre o eliminare il pagamento del compenso nell'ipotesi di applicazione di tali dispositivi.<sup>98</sup> Il rischio è quindi che i legislatori nazionali possano continuare a imporre un prelievo sul prezzo di vendita di supporti e apparecchi di riproduzione anche dopo aver introdotto nei rispettivi ordinamenti i divieti di aggiramento di misure tecnologiche; col risultato di assoggettare a equo compenso anche la copia privata digitale che sia in concreto irrealizzabile per la presenza di dispositivi anticopia.<sup>99</sup>

Non c'è dubbio che la compensazione economica (e forfetaria) degli autori per i mancati guadagni imputabili a riproduzioni non intermedie, e perciò non controllabili, manchi di giustificazione e debba perciò venir meno per quei tipi di copia per i quali potrà essere effettivamente ottenuto un pagamento da parte dei titolari di *copyright*. Nell'attuale contesto normativo, non è difficile prevedere che la disponibilità e l'autonoma protezione di misure tecnologiche di controllo dell'accesso e dell'uso di opere in formato digitale possa condurre alla rapida eliminazione delle eccezioni di copia privata.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Si fa riferimento alle considerazioni di T.VINJE, op. cit., p.555, secondo cui la riduzione o l'eliminazione del prelievo dovrebbero conseguire non tanto all'*applicazione* delle misure tecnologiche quanto all'*astratta disponibilità* delle stesse ("Nobody should ever been *required* to use any access or copy control technology, but they should not have recourse to compensation through levies where technology is available that would enable them to control the copying of their works, and they choose not to use it [...]")

<sup>99</sup> Nella possibile contraddizione cui si fa cenno nel testo pare incorrere la legislazione italiana, a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n.68/2003, che ha dato attuazione alla Direttiva 2001/29/CE. Da un lato, il nuovo articolo 71-sexies, I comma, della legge sul diritto d'autore (n.633/1941) permette la riproduzione privata di opere audio e video a fronte del pagamento di un equo compenso su supporti e apparecchiature, "nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater"; dall'altro, al IV comma, riconosce a chi vanta il "legittimo possesso di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo" il diritto a una (e una sola) riproduzione privata, "anche solo analogica", quando (e nonostante che) la riproduzione stessa sia impedita da dispositivi tecnici (si prende spunto qui da quanto scrive P. SPADA, op. cit., p. 598).

<sup>100</sup> In tal senso si è sono espressi J. GINSBURG, op. cit., p.1466, affermando che l'idea della sottrazione della copia privata al controllo dell'autore è un non senso in un contesto in cui l'opera è sempre più "marketed directly to the end user"; e T.



Per ora, può dirsi che il riconoscimento legale di un potere tecnologico di controllo sull'accesso e sulla riproduzione digitale non autorizzata delle opere realizzati, nell'ambito delle regolamentazioni nazionali della c.d. copia privata – lasciate sostanzialmente intatte dalla Direttiva europea del 2001 – un assetto che accorda ai titolari di diritti d'autore e diritti connessi – com'è stato scritto oltre dieci anni fa - «la possibilità di avere la botte piena e la moglie ubriaca.»<sup>101</sup>

## CONCLUSIONI

Si è visto nel corso dell'analisi come la Direttiva europea sul diritto d'autore nella c.d. società dell'informazione sia incentrata su due previsioni fondamentali, tese a favorire un controllo pressoché assoluto di autori, interpreti e produttori sulla diffusione delle proprie creazioni attraverso le reti interconnesse e la distribuzione su supporti digitali:

- da un lato, l'attribuzione di un amplissimo diritto di riproduzione (il *copyright* in senso stretto) a opera dell'articolo 2, che sottopone al controllo degli autori qualsiasi realizzazione di copia, anche a uso privato, fatta eccezione per quelle copie che permettano la trasmissione di dati e informazioni e quindi il funzionamento delle reti telematiche;
- dall'altro, l'attribuzione di un potere di controllo dell'accesso e degli usi di un'opera come conseguenza del divieto assoluto di aggiramento di dispositivi antiaccesso e anticopia, la cui manomissione o elusione è proibita dall'articolo 6, che estende inoltre il divieto a tutti gli atti potenzialmente accessori all'aggiramento (essenzialmente, la fabbricazione e commercializzazione di tecnologie che permettano o facilitino la manomissione o elusione).

L'operatività di questo secondo potere, strumentale all'esercizio del diritto di riproduzione, fa sì che la protezione del *copyright* assuma nel digitale una struttura del tutto nuova rispetto al passato scenario analogico; una struttura che, per preservare l'integrità delle prerogative dei titolari dei diritti protetti, concepisce la barriera eretta dalle misure tecnologiche di protezione come limite dominicale invalicabile. Ciò fa sì che risulti comunque illecita la condotta di un utente che superi tale limite per fruire di un'utilizzazione prevista dalla legge come immune dall'esclusiva e quindi lecita.

In un contesto come questo, le eccezioni previste dall'articolo 5 sono destinate a rimanere lettera morta. E ciò, si badi, non perché l'utilizzazione libera sia inconcepibile nel digitale; ma per il semplice fatto che i legislatori europeo e statunitense – non l'articolo 11 del WCT – abbiano scelto di

---

VINJE, op. cit., p.555, che – criticando la portata omnicomprensiva del diritto di riproduzione riconosciuto dall'articolo 2 della Direttiva – ritiene che “even if virtually *all* private copying *could* be controlled, this does not mean that all private copies should be subject to an exclusive right. One could still conclude that certain copies – those made for time shifting purposes, for example – should neither fall within the copyright owner's control nor be subject to payment [...]”

<sup>101</sup> Si fa riferimento all'analisi e alla efficace definizione di M. RICOLFI, *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, Annali Italiani di Diritto d'Autore 1992, p. 74.

attribuire ai titolari di *copyright* il monopolio dell'uso di dispositivi tecnologici e, in sostanza, dell'accesso alle opere protette. La Direttiva, in realtà, prevede una soluzione che non sia di monopolio per l'uso di tecnologie di decrittazione (cfr.art.6.4) ma, sfortunatamente, ne dispone l'operatività solo per la fruizione delle opere off line e senza che di tale meccanismo sia assicurata direttamente l'applicazione.

Si è sottolineato, poi, come tra le utilizzazioni libere sacrificate per consentire il controllo dell'accesso digitale alle opere rientrino categorie di atti che godono generalmente di tutela costituzionale per il fatto di essere estrinsecazione di libertà fondamentali, quali la libera manifestazione del pensiero e la libera circolazione delle informazioni.

Esaminando l'eccezione (facoltativa) di copia privata, infine, si è visto come, anche nei casi in cui la corresponsione dell'equo compenso valga a esentare la copia dal diritto esclusivo, la Direttiva non obblighi esplicitamente gli Stati membri a evitare che le riproduzioni per uso privato subiscano un doppio e vessatorio "controllo", e cioè il pagamento del compenso in presenza di un dispositivo anticopia. Come detto, tale contraddizione è destinata a venir meno quando nell'ambiente digitale tutte, ma proprio tutte, le riproduzioni di un'opera potranno essere messe sotto il controllo dei *copyright holders*.

Si rifletta per un attimo sullo scenario appena ipotizzato. La legislazione già prevede che ogni atto di riproduzione o fruizione sia sotto il controllo degli autori. Il punto è che la realtà concreta pare ben lungi dall'uniformarsi a quella immaginata dai legislatori. Ciò per il fatto che la comunicazione digitale permette, da pochi anni a questa parte, forme di riproduzione digitale non intermediata non passibili di controllo. Dopo aver analizzato la struttura e i potenziali effetti sul diritto d'autore delle c.d. *anticircumvention provisions*, è d'obbligo domandarsi se e in che modo questo nuovo approccio alla tutela dell'integrità delle opere protette da *copyright* possa davvero, e in tempi brevi, permettere il controllo di operazioni di c.d. *file sharing* che si compiono quotidianamente nell'ambito di sterminate *communities* di utenti sparsi per il mondo. A ciò si aggiunga che, passato ormai alla storia il caso *Napster* e le sue modalità di funzionamento per così dire "accentrato", il futuro della riproduzione non intermediata attraverso Internet passa per l'uso di sistemi c.d. *peer-to-peer* che, nel consentire agli utenti di una *community* la condivisione e lo scambio di *files* ormai non solo musicali, non prevedono alcun passaggio di dati e informazioni attraverso un *server* centrale di smistamento. Questa circostanza ha fatto sì che, assai di recente, la Suprema Corte Olandese – la più alta autorità giudiziaria che si sia finora occupata in Europa dello scambio di brani musicali su Internet - abbia recentemente ritenuto non colpevole di *contributory infringement* la società che produce e distribuisce gratuitamente un celebre *software* c.d. *peer-to-peer*, *Kazaa*.<sup>102</sup> Ciò perché – a detta dei giudici – la società stessa non sarebbe responsabile dell'uso che

---

<sup>102</sup> Si è appresa la notizia dall'articolo a firma di Eugenio Occorsio, pubblicato il 22 Dicembre 2003 da *La Repubblica*, inserto *Affari e Finanza*, p.4. Un'analisi del caso olandese è offerta da E. VOLLEBREGT, *An analysis of the Kazaa case*, E-commerce law and policy, December 2003, pp. 14 e ss.

gli utenti fanno del *software* messo a loro disposizione. Dubbio non v'è, inoltre, che il divieto di fabbricazione e commercializzazione di misure tecnologiche che permettano o facilitino l'aggiramento di *digital locks* (cfr.art.6.2 della Direttiva) non sia in alcun modo riferibile a sistemi e *software* come questi ultimi. Infatti, fino a quando tutti i *files* in circolazione non saranno protetti da misure antiaccesso o anticopia – momento che potrebbe non arrivare mai, e che forse non è bene che arrivi - risulterà impossibile considerare *software* tipo *KaZaa* colpevoli di favorire un aggiramento che, di fatto, non c'è.

Un aspetto è però chiaro. La tecnica normativa che vede i controlli tecnologici come oggetto di *enforcement* autonomo, indifferente alla disciplina sostanziale della *copyright law*, svela un indirizzo preciso: quello di lasciare che un sistema di regole imposte per via contrattuale possa, mediante l'uso esclusivo di codici che garantiscano l'effettività di tali regole, tutelare i diritti di proprietà intellettuale molto meglio di quanto non abbia fatto finora (e principalmente) la legislazione. In ciò è da riconoscere la concreta possibilità che in futuro siano meccanismi di controllo dell'accesso, e non il *copyright*, a regolare l'utilizzazione delle opere creative.

**GIUSEPPE MAZZIOTTI ©**

## **POSTFAZIONE**

A circa due anni di distanza dalla stesura definitiva, mi pare che il saggio qui pubblicato conservi intatta la sua attualità. È tuttavia opportuno segnalare al lettore due ordini di novità riguardanti il diritto d'autore comunitario. La prima concerne la conclusione della fase di attuazione della Direttiva 2001/29 nelle legislazioni degli Stati Membri; la seconda riguarda la recentissima azione intrapresa dalla Commissione Europea per la soluzione del problema della frammentazione territoriale nella gestione collettiva dei diritti d'autore e dei c.d. diritti connessi relativi ai mercati della musica *on line*.

L'affannoso iter di adeguamento delle legislazioni nazionali alla Direttiva del 2001 ha confermato l'inadeguatezza *ab origine* di tale strumento normativo a perseguire seriamente l'obiettivo della creazione di un diritto d'autore uniforme nella c.d. "Società dell'Informazione".<sup>103</sup> A trasposizione avvenuta, restano profondamente incerti e divergono da Paese a Paese i confini "negativi" del diritto d'autore (le c.d. eccezioni e limitazioni), come pure i meccanismi di tutela di certe categorie di utilizzazioni che l'articolo 6.4 della Direttiva vorrebbe *libere* (e garantite) pur in presenza di dispositivi tecnologici di controllo dell'accesso e dell'uso di opere protette.<sup>104</sup> In un ambiente tecnologico che

---

<sup>103</sup> È da notare come soltanto Grecia e Danimarca abbiano dato esecuzione alla Direttiva 2001/29 entro il termine, previsto dalla Direttiva stessa, del 22 Dicembre 2002. Gli altri Stati hanno provveduto con un ritardo tale da indurre la Commissione Europea, nel Dicembre 2003, ad attivare una procedura d'infrazione nei confronti di 9 tra essi. Tra gli ultimi adempimenti in ordine di tempo si segnalano quelli di Spagna e Francia (addirittura nel 2005).

<sup>104</sup> Gli esiti insoddisfacenti del processo di armonizzazione innescato dalla Direttiva del 2001 sono riportati e analizzati da U. GASSER e M. GIRSBERGER, *Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States*.

favorisce sempre più la comunicazione transnazionale, tali disarmonie saranno certamente di grave ostacolo alla libera circolazione e commercializzazione d'opere in formato digitale nel c.d. Mercato Interno, sia per ciò che concerne la tradizionale (e intramontabile) distribuzione di supporti materiali (CD, DVD, CD-Rom, etc.) sia per le nuove modalità di distribuzione di formati intangibili attraverso Internet (per esempio, i c.d. "downloads" offerti da piattaforme musicali quali *iTunes* di Apple e *Rhapsody* di Napster). A fronte d'interpretazioni disomogenee di concetti centrali nell'architettura della Direttiva, nei venticinque Paesi dell'Unione Europea potrebbero concretizzarsi forti disparità di trattamento tra autori, editori e utenti, secondo la (diversa) legge nazionale applicabile a ciascun caso concreto. Basti pensare all'irrisolta questione dell'ambito di protezione delle c.d. "misure tecnologiche" di cui all'articolo 6.3 della Direttiva 2001/29. Se, per esempio, in Danimarca si ritiene che tali divieti non possano applicarsi all'aggiornamento e/o manomissione di dispositivi tecnologici di controllo dell'accesso (essendo la protezione limitata alle tecnologie "anti-copia"),<sup>105</sup> in Paesi quali la Germania, il Regno Unito e l'Italia la legge protegge indistintamente sia le misure di controllo dell'accesso sia i dispositivi "anti-copia" o "anti-estrazione" (funzioni, queste, ormai tutte contenute e variamente combinate nell'ultima generazione di sistemi di c.d. "digital rights management" o, più semplicemente, "DRM"). Lo stesso tipo di discrasia si riscontra per ciò che concerne la natura delle sanzioni punitive delle suddette condotte illecite: se in alcuni Stati membri la sanzione prevista è soltanto di tipo civile, in altri è addirittura di tipo penale. Non c'è dubbio che tali difformità tra una legislazione e l'altra siano in stridente contrasto con l'obiettivo di favorire la libera circolazione e la fruizione all'interno del Mercato Interno tanto delle opere protette (in formato digitale, tangibile e intangibile) quanto di tipologie di misure tecnologiche (come i sistemi di DRM) che tengano conto delle facoltà d'uso che il diritto d'autore riconosce agli utenti.

Del sostanziale frazionamento (e della conseguente inefficienza) dei mercati europei riguardanti la musica *on line* ha preso atto recentemente la Commissione Europea, che nell'Ottobre 2005 - sulla scorta di studi preparatori intrapresi fin dai primi mesi dell'anno precedente - ha emanato una Raccomandazione che esorta gli Stati Membri a prendere provvedimenti per far sì che le società (nazionali) di gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi possano rilasciare licenze d'uso

---

*A Genie Stuck in the Bottle?*, The Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School, Berkman Publication Series No.2004-10, November 2004, available at <http://cyber.law.harvard.edu/publications>.

<sup>105</sup> Come riportato da U. GASSER e M. GIRSBERGER, op. cit, 13, la relazione esplicativa della nuova legislazione danese in materia di diritto d'autore - pur in assenza di uno specifico dato testuale - chiarisce che i divieti di aggiornamento e manomissione debbano considerarsi riferiti ai soli dispositivi tecnologici *anti-copia* e non anche a tecnologie di controllo dell'*accesso*. Ciò, notano gli Autori, nel solco della posizione espressa dai Paesi scandinavi durante i lavori preparatori della Direttiva 2001/29 in favore dell'esclusione delle tecnologie anti-accesso dall'ambito di applicazione dell'articolo 6. Tale impostazione poggia sulla considerazione che le restrizioni automatiche dell'accesso non impediscono soltanto violazioni del diritto d'autore, ma anche atti perfettamente leciti.

valide per l'intero territorio della Comunità e riferite all'intero repertorio da queste amministrato all'interno del Paese d'origine.<sup>106</sup> A tal fine, la Commissione richiede agli Stati membri di prendere provvedimenti per assicurare che le predette società eliminino dagli accordi di rappresentanza reciproca, stipulati tra le medesime per l'amministrazione dei rispettivi repertori, quelle clausole che restringono al Paese d'origine l'ambito territoriale d'esercizio della gestione del repertorio "straniero" (o, più correttamente, "altrui"). In virtù di tali clausole, per esempio, la SIAE può gestire il repertorio francese della SACEM nel solo territorio italiano e la SACEM gestisce il repertorio della SIAE nel solo territorio francese; e così tra tutte (o quasi tutte) le società europee degli autori.<sup>107</sup> Mediante la richiesta di rimozione di tali restrizioni contrattuali, e la conseguente possibilità di rilasciare licenze valide per l'intero territorio dell'Unione Europea, la Commissione si è posta l'obiettivo di favorire l'efficienza delle contrattazioni tra gestori di piattaforme musicali digitali e rappresentanti dei titolari di diritti necessari per la distribuzione (legittima) di musica su Internet (autori, produttori fonografici, interpreti). Contrattazioni che oggi sono multiple, avendo luogo a livello nazionale con diversi rappresentanti e in relazione a mercati territorialmente limitati (dato il carattere nazionale delle diverse licenze concesse). La Raccomandazione suddetta, inoltre, prevede la "liberalizzazione" del rapporto tra autori (e altri titolari di diritti) e società di gestione, in modo che ciascun titolare possa scegliere in qualsiasi momento - a prescindere dal proprio Paese di residenza - a quale società demandare l'amministrazione dei propri diritti per l'intero territorio dell'Unione Europea. Ciò al fine di ridurre insostenibili costi di transazione per gli operatori di piattaforme musicali digitali, evitare esiti economici difforni da Paese a Paese (contrari alla logica del Mercato Unico) e attivare un meccanismo "virtuoso" di concorrenza tra società di gestione collettiva.<sup>108</sup>

Firenze, Gennaio 2006

**Giuseppe Mazziotti**

---

<sup>106</sup> Si veda la *Commission Recommendation of 18 October 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services*, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 276 del 21 Ottobre 2005, 54-57.

<sup>107</sup> Gli ultimi accordi di rappresentanza reciproca stipulati tra società europee degli autori sono quelli di Santiago e Barcellona riguardanti, rispettivamente, la gestione dei diritti di comunicazione al pubblico e riproduzione. In virtù di tali accordi, scaduti il 31 Dicembre 2004 e non rinnovati, ciascuna società operante in un dato Paese (fatta eccezione per la società portoghese degli autori, che non ha aderito) amministra nel territorio di propria competenza anche i repertori appartenenti ad autori iscritti in società di altri Paesi dell'Unione. Un resoconto puntuale di tale amministrazione nazionale dei repertori, ritenuta in contrasto con lo sviluppo di servizi di distribuzione *on line* d'opere musicali nel Mercato Interno, è offerto dal Documento di Lavoro della Commissione Europea che accompagna la Raccomandazione suddetta, *Impact Assessment reforming cross-border collective management of copyright and related rights for legitimate online music services*, Brussels, 11 October 2005, <http://www.europa.eu.int>.

<sup>108</sup> Si veda, in particolare, il paragrafo 3 della Raccomandazione della Commissione.

