LUISS Guido Carli
LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato Comparato

Il caso Google Books

La tutela del copyright nell'era digitale

Un'analisi comparatistica

Relatore: prof.ssa Barbara De Donno

Correlatore: prof. Domenico Benincasa

Candidato: Jacopo Purificati
Matricola n. 108613

A.A. 2017/2018

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE.....1

Capitolo primo

AUTHORS GUILD v. GOOGLE, INC

1.1 IL PROGETTO GOOGLE BOOKS.....5

1.2 UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK.....10

1.2.1. I *complaint* di autori ed editori; le difese di Google

1.2.2. Il *settlement agreement*

1.2.3. L'*amended settlement agreement*

1.2.4. La decisione del primo grado di giudizio: *fair use*

1.2.5. Considerazioni sulla decisione della Corte Distrettuale

1.3 UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT.....33

1.3.1. Il ricorso in appello degli Autori

1.3.2. Decisione di appello; Supreme Court

1.4 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....42

Capitolo secondo

ANALISI COMPARATISTICA

2.1 COPYRIGHT E DIRITTO D'AUTORE: CENNI STORICI.....44

2.1.1. Definizione del diritto d'autore

2.1.2. *Droit d'auteur* e copyright: due storie parallele

2.2. DIRITTO INTERNAZIONALE: PUNTI DI CONVERGENZA..52

2.2.1. Convenzione di Berna (1886)

2.2.2. Convenzione di Ginevra (1952)

2.2.3. Convenzione di Roma (1961)

2.2.4. Accordo TRIPs (1995)

2.2.5. Trattati WIPO (1996)

2.2.6. ACTA (2011)

2.2.7. Marrakesh VIP Treaty (2013)

2.3. STATI UNITI D'AMERICA.....74

2.3.1. Dal periodo coloniale alla Costituzione

2.3.2. Copyright Act del 1790

2.3.3. Riforme del XIX secolo

2.3.4. Copyright Act del 1909

2.3.5. Copyright Act del 1976

2.3.6. Copyright Term Extension Act (1998)

2.3.7. DMCA (1998)

2.3.8. Proposte di legge

2.4. UNIONE EUROPEA.....101

2.4.1. Precedenti importanti della Corte di Giustizia

2.4.2. I Libri Verdi della Commissione

2.4.3. Direttiva sul diritto di noleggio, di prestito e su alcuni diritti connessi (1992/100/CEE; 2006/115/CE)

2.4.4. Direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione (2001/29/CE)

2.4.5. Direttiva sul diritto d'autore sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte (2001/84/CE)

2.4.6. IPRED (2004)

2.4.7. IPRED2

2.4.8. Direttive sulla durata della protezione del diritto d'autore (2011/77/UE, 2006/116/CE e 2011/77/UE)

2.4.9. Direttiva sulle opere orfane (2012/28/UE)

2.4.10 Direttiva Barnier (2014/26/UE)

2.4.11 Proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (2016)

2.5. ECCEZIONI E LIMITAZIONI AI DIRITTI D'AUTORE.....162

2.5.1. *Fair use*

2.5.2. *Fair dealing*

2.5.3. Le eccezioni al diritto d'autore nel diritto internazionale

2.5.4. *Fair use* e *fair dealing* nel mondo

Capitolo terzo

IL FUTURO DEL COPYRIGHT

3.1. LE SFIDE DELL'ERA DIGITALE.....181

3.1.1. La crisi dell'identità economica dei diritti d'autore

3.1.2. Requisiti formali e durata della protezione

3.1.3. Complessità delle norme

3.1.4. Pirateria e sanzioni

3.2. TENDENZE FUTURE.....197

3.2.1. *All rights reserved*: irrigidimento del modello

3.2.2. *No rights reserved*: i movimenti per la cultura libera

3.2.3. *Some rights reserved*: una terza via

CONCLUSIONI.....210

BIBLIOGRAFIA.....213

INTRODUZIONE

«Se la natura ha reso una cosa meno suscettibile di tutte le altre alla proprietà esclusiva, è l'atto del potere razionale chiamato "idea", che un individuo può possedere in esclusiva finché la tenga per sé; nel momento in cui è divulgata, tuttavia, essa si impone nel possesso di ognuno, e chi la riceve non può spossessarsene. Il suo carattere peculiare, inoltre, è che nessuno la possiede in misura inferiore per il fatto che ogni altro la possiede interamente. Colui il quale riceve un'idea da me, riceve un insegnamento per sé stesso senza diminuire il mio; proprio come chi accende una candela accostandola alla mia riceve luce senza oscurare me. Il fatto che le idee si diffondano liberamente da una persona all'altra in tutto il pianeta, per l'apprendimento morale e vicendevole dell'essere umano, nonché per il miglioramento delle sue condizioni, sembra essere stato progettato in modo particolare e benevolo dalla natura, quando questa le ha rese, come il fuoco, in grado di espandersi ovunque senza diminuire la propria intensità in alcun punto, e come l'aria nella quale respiriamo, ci muoviamo e manteniamo la nostra esistenza fisica, incapace di essere confinata o di essere assoggettata ad un'appropriazione esclusiva.»

Thomas Jefferson, lettera ad Isaac McPherson, 23 agosto 1813

La presente trattazione propone uno studio sul carattere e sugli scopi del diritto d'autore e sui connotati che questo assume in un mondo ormai completamente rivoluzionato dalle tecnologie digitali.

È infatti evidente come, attraverso una serie di processi di dematerializzazione, e tramite la costruzione di una parallela (ma vicinissima) società telematica, l'essere umano abbia riscritto le sue

abitudini e i suoi rapporti, creando così un nuovo mondo virtuale a sua immagine e somiglianza. È altresì innegabile che la rete, nella sua incarnazione attuale (il c.d. web 2.0), funga da cassa di risonanza per tutta una serie di comportamenti oramai difficilmente tracciabili e contenibili entro gli argini di una legislazione che talvolta può risultare inadatta o finanche anacronistica.

Quali sono, dunque, le sfide per un diritto il cui compito è quello di accompagnare, proteggendoli, i frutti dell'intelletto umano? In che modo i nuovi canali divulgativi incidono sul lungo percorso che conduce un'opera dalla esclusiva sfera privata del suo autore fino alla meta ultima del pubblico dominio? Questo studio intende dare risposta a tali interrogativi seguendo un percorso esegetico ben preciso. Tale percorso inizia con la disamina di un caso giurisprudenziale che può considerarsi esemplare, passando per la comparazione giuridica delle regole e delle eccezioni ai diritti della proprietà intellettuale, per arrivare infine alla prospettazione delle linee di tendenza future e alla proposizione di alcune soluzioni di riforma del sistema attuale.

Il primo capitolo accende i riflettori sul caso statunitense *Authors Guild v. Google, inc*., ove una class action di autori ha tentato di rivendicare i propri diritti sulle opere che il motore di ricerca ha utilizzato per la creazione della prima grande biblioteca universale online, *Google Books*. Come si vedrà, l'elemento normativo che ha permesso alle corti americane di regolare efficacemente questo progetto e, con esso, l'emersione di un nuovo settore di mercato, risiede nell'eccezione tipica

del *fair use*, fondamentale strumento di elasticità all'interno di un copyright rigido e formale.

Il secondo capitolo è dedicato alla comparazione giuridica su tre dimensioni: un *excursus* storico mette a confronto la tradizione anglosassone del *copyright* con quella francese del *droit d'auteur*; la contrapposizione del sistema americano a quello dell'Unione Europea, sotto il minimo comun denominatore del diritto internazionale convenzionale, permette l'osservazione dei tratti generali dei due modelli; la diretta e specifica analisi comparativa delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore conduce a riflessioni sull'efficacia di coefficienti di elasticità quali il *fair use* e il *fair dealing*.

Il terzo capitolo pone l'attenzione sugli aspetti economici e sociologici delle realtà in cui tali legislazioni si applicano, evidenziandone gli aspetti critici e proponendo soluzioni. Vengono infine presentate le tre linee di tendenza che condurranno (*rectius*, stanno conducendo) l'attuale sistema nelle sfide del domani. Per ognuna di queste tre rotte è prevista una *pars construens* ed una *pars destruens*.

CAPITOLO I – AUTHORS GUILD v. GOOGLE, INC.

1. Il progetto Google Books

Nel dicembre 2004, alla Fiera del Libro di Francoforte, la società del più famoso motore di ricerca del web presentò il progetto *Google Print*.[1] L'obiettivo era quello di digitalizzare milioni di opere letterarie. Una volta digitalizzate, queste opere avrebbero dato vita ad una vera e propria "biblioteca di Alessandria 2.0", dotata di una mole gargantuesca di libri (indistruttibili, perché digitali) sulla rete, cioè accessibile, gratuitamente, da chiunque abbia una connessione internet.

Un progetto rivoluzionario e potenzialmente onnicomprensivo – non a caso il primo nome in codice dell'iniziativa fu *Project Ocean*[2] – che però da subito necessitò di giustificazioni da parte del colosso di Mountain View, almeno per quanto riguardava la digitalizzazione di opere ancora sotto diritti. Google sosteneva che quest'ultima avvenisse al solo scopo di indicizzare i contenuti delle opere protette, permettendo agli utenti solo la visualizzazione di indici e "snippets", ovverosia brevi frammenti del testo.

La disponibilità di tali estratti trovava le sue fondamenta nel *fair use*, eccezione tipicamente americana che permette la pubblicazione di parti di un'opera protetta per fini informativi, critici o didattici.

1 G.M. Riccio, *Accesso alla conoscenza, fair use e diritto d'autore: il caso Google Books* su MediaLaws, 19/03/2012
2 D. Love, *An Inside Look At One Of Google's Most Controversial Projects* su Business Insider, 16/12/2013

Al fine di rendere più pregnante la tesi per cui il servizio mirava a fornire all'utenza strumenti di indicizzazione e di ricerca, dopo pochi mesi dall'avvio del progetto Google abbandonò il nome con cui lo aveva presentato, a favore del più esplicito *Google Book Search*, più in avanti semplificato nell'attuale *Google Books*.

Altra significativa innovazione fu la previsione di due diverse tipologie di programmi di partnership. Il primo programma, concernente la digitalizzazione dei testi in commercio (*Google Books Partner Program*), prevedeva l'avvio di contrattazioni con gli editori e, segnatamente, la previsione di una clausola di "opt out" per coloro che non intendessero aderire al progetto.

Il secondo programma, *Google Books Library Project*, mirava alla digitalizzazione bibliotecaria e, sin dal dicembre 2004, vantava interessanti accordi con importanti biblioteche statunitensi, tra cui le biblioteche dell'Università di Harvard, di Stanford e del Michigan, la New York Public Library e la biblioteca dell'Università di Boston, che include la famosa Bodleian Library[3]. Simili accordi prevedono che le biblioteche concedano in prestito a Google i libri. Google provvede poi a scannerizzarli, a convertirli in testo utilizzando un sistema di riconoscimento caratteri (c.d. OCR, *optical character recognition*), ed infine a caricare i file così ottenuti nei suoi database. In cambio, le biblioteche ricevono le copie digitalizzate dei libri prestati.

3 G. Roncaglia, *Google Book Search e le politiche di digitalizzazione libraria* su DigItalia – Rivista del digitale nei beni culturali, Anno IV, Numero 2 – 2009

Tali progetti si sono poi naturalmente estesi al resto del mondo. Il sistema bibliotecario italiano ha aderito dopo un accordo tra il MiBac e Google del 2010, che ha avuto i suoi effetti dal dicembre 2012[4].

Sin dai primi anni di attività, il progetto Books vanta risultati importanti. Dalla scannerizzazione e digitalizzazione, nel 2008, di circa sette milioni di libri, tale cifra è cresciuta esponenzialmente, superando i venticinque milioni a fine 2015. Dopo aver stimato il numero totale delle opere in circolazione in tutto il mondo, che nell'estate 2010 si aggirava intorno a 129.864.880 titoli[5], l'azienda di Mountain View dichiarava di voler riuscire a raccoglierli tutti.

Se è vero che Google ha investito – e tutt'oggi investe – moltissime risorse nel compimento di quella che i Commissari europei Viviane Reading e Charlie McCreevy definirono "un'impresa dalle proporzioni erculee"[6], è altrettanto vero che l'azienda è pur sempre un'impresa e, come tale, persegue primariamente lo scopo di lucro. Dopotutto, il *core business* di Google è quello della ricerca e indicizzazione delle informazioni, business nel quale predomina rispetto ai concorrenti, grazie ad eccellenti algoritmi di *ranking* dei risultati in base alla loro pertinenza per l'utente. La redditività dell'azienda è garantita dai servizi direttamente collegati agli algoritmi: primo fra tutti, il "microadvertising"

4 Comunicato Stampa del MiBac del 18/12/2012: «Google ha creato uno Scanning Center in Italia, dove avverrà la digitalizzazione e la produzione dei file digitali delle singole pagine, dei file di testo generati da tecnologie di riconoscimento ottico dei caratteri»
5 J. Jackson – *Google: 129 Million Different Books Have Been Published*, su PCWorld del 6/08/2010
6 V. Reading; C. McCreevy, Joint Statement, in occasione della conferenza su Google Books a Bruxelles, 7/9/2009: «Digitalisation of books is a task of Herculean proportions which the public sector needs to guide, but where it also needs private-sector support.»

contestuale, che costituisce la quasi totalità delle entrate di Google[7].

Appaiono, quindi, piuttosto chiare le ragioni di un simile investimento sul progetto *Books*: si tratta di un lavoro di organizzazione di un'ingente mole di informazioni, peraltro pregiate, data la loro provenienza bibliografica, cavalcando l'onda della digitalizzazione che trova sempre maggiori consensi anche nel settore della carta stampata.

Da tutto questo emerge chiaramente la "doppia anima" di tale sforzo (che sarà l'asse portante nella controversia con la Authors Guild): le tesi di Google a sostegno del progetto fanno leva sul ruolo di servizio pubblico e sull'arricchimento di quella *public knowledge* tanto cara ai più importanti studiosi di *fair use* d'oltreoceano; d'altro canto non può negarsi lo spiccato fine economico di *Books*, che conferisce all'azienda un ruolo piuttosto monopolistico nel settore delle biblioteche online e che crea un'ulteriore piattaforma, visitata da centinaia di migliaia di utenti ogni giorno, nella quale vendere spazi pubblicitari agli inserzionisti.

La tesi di fondo e la natura del progetto del motore di ricerca furono messe in discussione, in particolare, dalla Authors Guild of America e dalla Association of American Publishers, che nel 2005 intentarono due distinte cause a Google. Si aggiunsero al coro degli oppositori altre associazioni rappresentative, istituzioni pubbliche non solo statunitensi e anche alcuni diretti concorrenti dell'azienda, tra cui Microsoft, che tentò la realizzazione di una biblioteca digitale concorrente.

Il progetto rivale di Microsoft, *Live Search Books*, nacque con l'intento

7 G. Roncaglia, *Google Book Search e le politiche di digitalizzazione libraria* su DigItalia – Rivista del digitale nei beni culturali, Anno IV, Numero 2 – 2009

specifico di opporsi al servizio di Google. Microsoft cercò di trasformare le prime critiche lanciate al progetto di Google in punti di forza per il proprio progetto, tentando così di strappare consensi importanti all'azienda rivale. *Live Search Books*, infatti, rifiutava la visione del *fair use* propugnata dal motore di ricerca, perché inizialmente si concentrò solo su opere di pubblico dominio, e rifiutava le politiche di digitalizzazione basate su clausole di opt-out, perché invece richiedeva alle case editrici una esplicita adesione al progetto. Nonostante le collaborazioni con importanti associazioni, quali Internet Archive (paladini della diffusione aperta di contenuti), e nonostante la creazione, nel 2005, dell'Open Content Alliance, iniziativa vista favorevolmente anche in Europa, Microsoft non riuscì mai a raggiungere i numeri di Google. Dopo aver tardivamente provato ad allargarsi anche a testi protetti da copyright, nel 2008 decise di dare forfait ed abbandonò il progetto *Live Search*[8].

Coloro che, invece, sfidarono il colosso di Mountain View direttamente nelle aule di tribunale riuscirono sicuramente ad essere più incisivi e ad opporsi più a lungo. I due processi paralleli – quello della Association of American Publishers e quello della Authors Guild – ebbero tuttavia esiti ben diversi. Mentre gli editori, alla fine, decisero di scendere a compromessi ed accettarono una risoluzione stragiudiziale della controversia, gli autori andarono avanti con la loro class action, sino a "sfiorare", con la richiesta di un *writ of certiorari*, la U.S. Supreme Court nel 2016.

8 G. Roncaglia, *Google Book Search e le politiche di digitalizzazione libraria* su DigItalia – Rivista del digitale nei beni culturali, Anno IV, Numero 2 – 2009

1.2. United States District Court – Southern District of New York

1.2.1 I *complaint* di autori ed editori, le difese di Google

Il primo *complaint* alla corte distrettuale viene presentato dagli autori il 20 settembre 2005: affianco a tre "named plaintiffs" (gli scrittori Herbert Mitgang, Betty Miles e Daniel Hoffmann) c'è la Authors Guild, organizzazione no-profit che rappresenta più di 8.000 autori pubblicati. Congiuntamente, e sulla base della Rule 38 delle Federal Rules of Civil Procedure, chiedono alla United States District Court – Southern District of New York[9] un *trial by jury*, il processo con giuria. Gli autori denunciano la violazione del Copyright Act, 17 U.S.C. § 101 e seguenti, dal momento che Google ha riprodotto e pubblicato opere letterarie a fini economici senza l'autorizzazione del titolare dei diritti.

All'interno del *complaint*, il paragrafo sulle "Class Allegations" fornisce al giudice gli elementi necessari affiché questi possa, in seguito, certificare ed approvare l'azione come *class action*.[10] Dopo aver definito la composizione della Classe che, originariamente, comprendeva "tutte le persone o gli enti titolari di copyright su di un'opera letteraria contenuta nella biblioteca dell'Università del Michigan"[11], si sostiene la conformità dell'azione alla Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure.

9 Le corti distrettuali esercitano giurisdizione esclusiva in materia di leggi penali federali; nelle cause marittime; in materia di brevetti e *copyright*; nelle cause in cui è parte lo stato federale; nelle cause tra privati in cui si invoca una specifica legge federale; nelle controversie fra cittadini di stati diversi dell'Unione (*Titoli 18 e 28 dello United States Code*, in particolare *parr. 1331 e 1338*).
10 *The Author's Guild et al. v. Google inc., Class Action Complaint, U.S.D.C. N.Y., parr. 20 – 27*.
11 *Ibid.*, traduzione propria. All'epoca, Google aveva stretto un accordo definitivo solamente con l'Università del Michigan, ma aveva già annunciato imminenti collaborazioni con le biblioteche di Harvard, Oxford, Stanford e con la New York Public Library.

La norma prevede, per la definizione di *class action*, una serie di requisiti che gli autori ritengono soddisfatti: la numerosità della Classe, l'esistenza e la predominanza di una comune questione di diritto e di fatto, la tipicità delle pretese, l'adeguatezza della rappresentanza, la necessità di un provvedimento ingiuntivo ed infine la superiorità della *class action* rispetto ad altre tecniche di risoluzione delle controversie.

Oltre alla richiesta di certificazione della classe, gli autori domandano un risarcimento dei danni subiti, un provvedimento cautelare che congeli il progetto biblioteca, un provvedimento dichiarativo dell'illiceità di tale comportamento ed un decreto ingiuntivo permanente che impedisca a Google di proseguire in tale iniziativa.

Circa un mese dopo, alcune imprese di editoria presentano un *complaint* alla medesima corte distrettuale, lamentando allo stesso modo la violazione del Copyright Act e domandando "declaratory and preliminary and permanent injunctive relief".

Nei passaggi di questo atto vengono peraltro esposte osservazioni più interessanti. Il Google Library Project viene messo a confronto con la Open Content Alliance, e si sottolinea come quest'ultima renda i libri accessibili da qualunque motore di ricerca (compreso quello di Google) e come richieda i permessi ai titolari del copyright. Si difende altresì il lavoro dell'editore in modo appassionato.[12] Gli editori, inoltre, sostengono che i libri nelle biblioteche possano essere facilmente trovati in una

12 "Gli editori investono molto tempo e denaro per acquisire i diritti e per pubblicare i loro libri, i quali riflettono non solo gli sforzi creativi dei singoli autori, ma anche sostanzialmente l'organizzazione, il contributo e la revisione creativa dei redattori assunti dagli editori, così come le spese significative per la stampa, la commercializzazione e la distribuzione di tali opere." (traduzione propria)

varietà di modi, senza che sia necessario scannerizzarli e copiarli. Fanno altresì leva sulla mancanza di una differenza principale tra il Library Project in discussione e l'altro progetto, il Partner Program, per il quale invece Google chiede i necessari permessi agli editori.

Le risposte di Google ai due atti, entrambe depositate nel mese di Novembre, sono pressoché identiche. In esse viene negata qualunque insinuazione fatta nei due *complaint*, si richiede il trial by jury e vengono poste le c.d. *affirmative defenses*, in cui si "contrattacca" con significative statuizioni.

Google nega la sussistenza dei copyright su alcune o tutte le opere (definite pertanto "not original", "in the public domain" o "unprotectable"). Asserisce la sussistenza di una o più eccezioni al Titolo 17 USC, prima fra tutte, il *fair use*. Accusa gli stessi attori di abuso di copyright. Denuncia la violazione del I Emendamento della Costituzione[13]. Infine, nella risposta all'azione degli autori, sostiene l'insussistenza dei requisiti previsti nella Federal Rule of Civil Procedure 23 per il riconoscimento della *class action*. Le richieste del convenuto sono, di conseguenza, il rigetto dei reclami e le spese a carico delle controparti.

Iniziano così lunghi procedimenti di *discovery*[14] documentale, con alcune richieste di *subpoena*[15]. Dal Maggio 2006, per merito del giudice John E. Sprizzo, i due procedimenti paralleli vengono condotti in stretta

13 « Il Congresso non promulgherà leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione, o che ne proibiscano la libera professione; o che limitino la libertà di parola, o di stampa; o il diritto delle persone di riunirsi pacificamente in assemblea e di fare petizioni al governo per la riparazione dei torti. »

14 Si tratta di una fase pre-processuale dal carattere istruttorio in cui ciascuna parte può richiedere alle altre di fornire materiale probatorio. In ambito federale, tale fase è regolata dalle Federal Rules of Civil Procedure, Titolo V, *Disclosure and discovery*.

15 Il *writ of subpoena* è un ordine formale dato per iscritto (solitamente da una corte) di testimoniare o produrre elementi di prova. L'inottemperanza a tale ordine comporta una sanzione.

correlazione, grazie ad un *Case Management Plan* che permette di coordinare gli atti processuali e gli elementi probatori. Nell'autunno dello stesso anno, le parti iniziano le negoziazioni per giungere ad un accordo, il quale raggiunge concretezza solamente nell'ottobre 2008.

1.2.2 Il *settlement agreement*

Il *settlement agreement*, documento lungo e voluminoso, è un "accordo di classe" e presenta una divisione interna in due sub-classi (autori ed editori). Questo primo accordo è definito di "opt-out": Google dà al titolare del copyright, il cui libro sia stato scannerizzato e messo online, il 63% dei ricavi che l'azienda ottiene attraverso la consultazione del testo, con la possibilità per l'autore di licenziare tale opera ad altri soggetti e, soprattutto, di chiederne e ottenerne la rimozione in ogni momento. Google si impegna dunque a pagare un totale di 125 milioni di dollari ai titolari dei diritti dei libri scannerizzati, a coprire le spese processuali degli attori e a creare un ente che si occupi della gestione dei libri e dei diritti a questi correlati, il *Book Rights Registry*. Il Registry sarà inizialmente finanziato da Google con più di 34 milioni di dollari, ma è concepito come un'organizzazione indipendente e non-profit con il compito di collezionare e gestire i diritti oggetto dell'accordo, così come di risolvere eventuali controversie.[16]

Il 17 Novembre 2008 avviene l'approvazione preliminare del *settlement*. Il giudice Sprizzo ordina l'istituzione di un sistema di notifica

16 H. Fletcher, *What to expect from the Book Rights Registry: a Q&A with the new executive director, Michael Healy*, su BookBusiness del 31/7/2009

agli autori ed editori coinvolti (al fine di potergli permettere di fare "opt-out" dall'accordo) nel periodo intercorrente tra il 5 Gennaio e il 5 Maggio 2009. L'udienza per l'approvazione definitiva del documento (c.d. *fairness hearing*) è fissata per l'11 Giugno dello stesso anno.

Le obiezioni e le critiche all'accordo non tardano ad arrivare, e sono molte. Per questi motivi, il nuovo giudice Denny Chin estende la deadline per fare opt-out a Settembre 2009. La *final fairness hearing* è posticipata al 7 Ottobre. Nel frattempo, affianco alle notifiche di opt-out, continuano ad arrivare lettere e *amicus brief*[17] da parte di scrittori, editori, imprese ed associazioni. In una lettera, lo scrittore texano John Moore si oppone all'accordo ed invita la corte a rigettalo, a meno che non venga rivisto e modificato in un accordo di opt-in.[18]

Una delle obiezioni più importanti arriva però da Amazon[19]. Con un documento di circa 50 pagine, in cui sono citati una cinquantina di casi giurisprudenziali, norme dello U.S.C. e numerose monografie della dottrina, la società di Bezos sottolinea forse i punti più critici dell'accordo. Nell'atto si sostiene che l'organo più adatto a stabilire un regime sulla digitalizzazione delle opere intellettuali sia il Congresso degli Stati Uniti, che oltretutto si era già mobilitato per legislare in tal senso. Il *settlement* creerebbe un cartello di titolari dei diritti e Google ne otterrebbe il monopolio. L'accordo, inoltre, si baserebbe su una vera e propria "espropriazione" delle opere orfane, al fine di ottenerne il controllo.

17 L'*amicus curiae* è una persona non parte in causa che volontariamente fornisce informazioni utili ai fini della decisione giudiziale. Negli Stati Uniti, è molto diffusa la prassi, per tali soggetti, di presentare dei *brief*, cioè dei documenti che riportano opinioni e aspetti più o meno giuridici sul caso.
18 https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/96
19 https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/206

Infine, il raggiungimento di tale compromesso permetterebbe a Google di aggirare la responsabilità per le sue azioni presenti, ma anche future.

Altre pesanti critiche arrivano dalla Open Book Alliance, che presenta un *memorandum of law*[20] , in cui sostiene che le parti si stanno accordando per fissare i prezzi e mantenere i monopoli. Tale accordo avverrebbe nel pieno di una crisi di settore e recherebbe grande nocumento alle biblioteche fisiche.

La *privacy* è un altro tema ricorrente nelle obiezioni presentate al *settlement*. Parte della dottrina sottolinea infatti come l'accordo non preveda alcuna regolamentazione di tale aspetto, e riflette sulla considerevole differenza che ciò comporta per i lettori *online* rispetto a quelli *offline*.[21]

Sotto la pressione di tanto dissenso, e in accoglimento della mozione presentata dagli attori, il 24 Settembre giudice Chin ordina l'aggiornamento dell'udienza fissata. "Sotto ogni circostanza – osserva il giudice – non ha più senso tenere un'udienza sulla *fairness* e sulla ragionevolezza dell'accordo corrente, perché sembra che non sarà il definitivo".

1.2.3 L'*Amended Settlement Agreement*

A Novembre, un nuovo ordine del giudice approva preliminarmente l'accordo modificato, che prende il nome di *amended settlement agreement* .

20 https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/282
21 C. Cohn, K. Hashimoto, *The case for book privacy parity: Google Books and the shift from offline to online reading*, su Harvard Law and Policy Review, 16/5/2010.

Nonostante il protrarsi delle obiezioni e delle notifiche di opt-out[22], il 18 Febbraio 2010 è la nuova data fissata per la *fairness hearing*. È previsto un breve intervento di molti amici curiae. Tra i 28 obiettori, spiccano Microsoft, Amazon, la Open Book Alliance e la Internet Archive, ma anche gli stati del Connecticut e della Pennsylvania, e delegazioni di Francia e Germania. A favore dell'accordo si trovano invece, tra gli altri, Sony, l'Institute of Intellectual Property and Social Justice, la Howard University, la University of Michigan e anche la Federazione Nazionale Ciechi.

L'*opinion* del giudice Chin (22 Marzo 2011) vanifica ogni sforzo fatto dalle parti sino a quel momento per giungere ad un compromesso: l'accordo non è approvato perché ingiusto, irragionevole e non adeguato. Il giudice invita le parti a modificare gli estremi del sinallagma del *settlement* e a trasformarlo, come qualcuno aveva suggerito, in un accordo di *opt in*. L'*agreement*, cioè, deve permettere agli attori di *aderire* a tali patti, invece di ritenerlì già controparti contrattuali e concedergli di uscire da tale accordo.

Per quanto concerne il diritto applicabile al caso, il giudice Chin prende in considerazione un *precedent* del 1974, *City of Detroit v. Grinnel Corporation*, e fa pertanto riferimento ai nove c.d. *grinnel factors* per statuire sulla liceità di un accordo in una class action. Tali fattori sono: (1) la complessità, le spese e la presunta durata della controversia; (2) le reazioni della classe al *settlement*; (3) lo stato del procedimento e la

22 Tra gli altri, un nuovo *memorandum* della Open Book Alliance parla di accordi segreti dietro al settlement, che in ogni caso non riesce a sciogliere i nodi criticati nella sua versione precedente. Cfr. https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/840

quantità di *discovery* effettuata; (4) i rischi delle deliberazioni in merito alle responsabilità; (5) i rischi delle deliberazioni in merito ai danni; (6) i rischi del mantenimento della class action in processo; (7) la capacità del convenuto di resistere ad un giudizio più ampio; (8) la gamma di ragionevolezza del fondo di risarcimento alla luce della migliore ripresa possibile; e (9) la gamma di ragionevolezza del fondo di risarcimento alla luce dei rischi connessi al contenzioso.[23]

Preliminarmente, il giudice ritiene che molti dei *Grinnel factors* effettivamente favoriscono l'approvazione dell'accordo. Egli considera l'ASA frutto della contrattazione tra parti esperte e capaci, con l'aiuto del Dipartimento di Giustizia americano. Protrarre la controversia sarebbe complicato, costoso e una perdita di tempo. La *discovery* è stata limitata, ma il caso va ormai avanti da anni. È un caso complesso, il rischio che, alla fine, i querelanti non siano in grado di provare i danni subiti o le responsabilità del convenuto è reale. Gli aspetti finanziari dell'ASA sono pienamente ragionevoli. Questi, sostanzialmente, i punti a favore dell'approvazione del *settlement*.

Riguardo l'ambito di rilievo dell'accordo sulla base della Federal Rule of Civil Procedure 23, il giudice Chin divide l'ASA in due parti. La prima parte, quella riguardante l'accordo sulla condotta del passato, è lecita. La seconda parte, invece, prevede accordi per lo scambio di diritti in merito a condotte future, e il giudice ritiene che ecceda i limiti di ciò che la corte può permettere sulla base della Rule 23, così come precedentemente sostenuto dallo stesso Dipartimento di Giustizia. Il *Rules Enabling Act*, tra

23 https://www.leagle.com/decision/infdco20110323000t

l'altro, prevede che le regole procedurali non possano ridurre, ampliare o modificare alcun diritto sostanziale.

Il giudice prosegue affermando che la materia è più adatta al Congresso che alla corte, soprattutto perché l'accordo creerebbe degli enti di gestione dei diritti, come il *Registry*. È il Congresso a doversi occupare di regolare la materia delle opere orfane, non privati, con specifici interessi economici, tramite accordo. A sostegno di tale opinione, il giudice cita il precedent *Sony*, in cui la Supreme Court dichiarava:

> *"Dalla sua nascita, la legge sul copyright si è sviluppata in risposta agli importanti cambiamenti della tecnologia. Invero, fu l'invenzione di una nuova forma di apparecchiatura per la copiatura – la macchina da stampa – che dette origine alla necessità della protezione di tali diritti. Ripetutamente, quando nuove invenzioni si sono verificate in questo paese, è stato il Congresso a modellare le nuove regole che la tecnologia rendeva necessarie"*[24]

Per quanto attiene lo scopo delle domande giudiziali, Chin evidenzia come il vero oggetto della controversia sia solamente l'utilizzo di uno strumento di indicizzazione e ricerca e non la vendita di opere protette. Ciononostante, l'ASA garantirebbe a Google il diritto di vendere il pieno accesso ad opere protette, che altrimenti non potrebbe sfruttare in nessun modo. Google avrebbe così il controllo sulla commercializzazione digitale di milioni di libri, comprese le opere orfane ed altre opere non

24 *Sony Corporation of America* v. *Universal City Studios, Inc.* - 464 U.S. at 430-31, 104, traduz. propria.

rivendicate. Mentre i suoi competitors si sono dedicati al meticoloso e costoso processo per l'ottenimento dei permessi, Google ha preso una scorciatoia.

Sugli interessi dei membri della classe, il giudice sostiene che i querelanti non rappresentino adeguatamente gli interessi della categoria. Alcuni obiettori hanno notato come i loro interessi e valori differiscano da quelli dei ricorrenti. In una lettera si legge: "Gli autori accademici, almeno per definizione, sono impegnati nella massimizzazione dell'accesso alla conoscenza. La Authors Guild e la Association of American Publishers, invece, sono istituzionalmente impegnati nella massimizzazione dei profitti."[25]

L'analisi del giudice prosegue in merito al copyright. Oltre a citare il *brief* presentato da Amazon[26], chiama in causa il titolo 17 USC, per affermare e precisare il concetto di esclusività dei diritti dell'autore, e segnatamente cita i paragrafi 201e[27] e 106(1), (3)[28], e aggiunge che è incongruente con lo scopo stesso del Copyright Act imporre agli autori l'onere di farsi avanti per difendere i propri diritti, quando Google ha copiato le loro opere senza chiedere i permessi. Vi sono comunque molti

25 Lettera di Pamela Samuelson (Berkeley Law) al giudice Chin del 9/3/2009, traduzione propria. https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/336

26 "La legge degli Stati Uniti permette al titolare del copyright di sedersi, non fare nulla e godere dei suoi diritti di proprietà senza che venga impastoiato da altri che sfruttino le sue opere senza permesso. Con l'ASA, però, se i titolari del copyright si siedono e non fanno nulla, perdono i loro diritti"

27 "Quando la titolarità del copyright di un autore individuale, o alcuno dei diritti esclusivi legati al copyright, non è stato precedentemente trasferito volontariamente da quell'autore individuale, a nessuna azione da parte di alcun organo di governo o altro ufficiale o organizzazione che pretenda di impadronirsi, espropriare, trasferire o esercitare diritti di proprietà rispetto al copyright, o alcuno dei diritti esclusivi legati al copyright, sarà data efficacia sulla base di questo titolo, salvo quanto previsto nel titolo 11."

28 "Il titolare del copyright sulla base di questo titolo ha il diritto **esclusivo** di fare ed autorizzare ognuna delle seguenti: […] riprodurre l'opera protetta [...] distribuire copie [...] dell'opera protetta al pubblico tramite compravendita o altro trasferimento della proprietà." (enfasi aggiunta)

autori che, semplicemente, non sanno nemmeno di doversi fare avanti a tal fine.

Vengono poi considerate le obiezioni avanzate, tra gli altri, da Amazon, Microsoft e dal Dipartimento di Giustizia[29] in base alle quali, tramite l'ASA, Google otterrebbe *de facto* il monopolio sulle opere non rivendicate. L'azienda si vedrebbe probabilmente garantito il controllo del mercato della ricerca. Allo stesso modo, l'ASA consentirebbe a terzi di "indicizzare e cercare" i libri digitalizzati solo se si trattasse di entità non commerciali o se altrimenti questi avessero il consenso scritto di Google.

Ulteriori preoccupazioni riguardano il tema della *privacy*. ASA conferirebbe a Google la possibilità di raccogliere dati quasi illimitati sulle attività degli utenti del suo Book Search e di altri programmi, comprese le domande di ricerca degli utenti, l'identità dei libri letti da un particolare utente, quanto tempo trascorre il lettore su ogni libro e anche quali pagine particolari sono state lette. Pur ritenendo tali obiezioni veritiere, il giudice Chin ritiene che non siano sufficienti a mettere in discussione il *settlement*, che nella sua versione emendata prevede un minimo di regolamentazione sul tema: Google è tenuta a conservare in confidenza le informazioni di identificazione personale ricevute da chiunque in relazione all'accordo. Si è inoltre impegnata ad attenersi a specifiche salvaguardie, sebbene si tratti di impegni volontari. Il giudice si augura comunque che alcune protezioni aggiuntive per la *privacy*

29 "Questa esclusività de facto (almeno per le opere orfane) sembra creare la pericolosa probabilità che solo Google avrebbe la possibilità di commercializzare a biblioteche ed altre istituzioni un abbonamento completo ai libri digitali. Il venditore di un database incompleto – cioè uno che non includa i milioni di opere orfane – non può competere efficacemente con il venditore di un prodotto completo." - DOJ Statement of Interest, 24/9/2009, ECF no. 720 – traduzione propria.

vengano incorporate nell'accordo, pur mantenendo e considerando gli sforzi di marketing di Google.

L'ultimo dei temi presi in considerazione in questa sede è quello attinente al diritto internazionale. L'accordo originale comprendeva qualsiasi libro soggetto al sistema di copyright degli Stati Uniti alla data di inizio del sistema di notifica. Tale definizione avrebbe incluso tutti i libri pubblicati dopo il 1989 in qualsiasi paese che sia firmatario della Convenzione di Berna, poiché questa garantisce agli autori stranieri gli stessi diritti e privilegi di autori nazionali. Dal momento dell'entrata in vigore della Convenzione negli USA nel 1989, i libri stranieri sono coperti dalla protezione del copyright degli Stati Uniti (indipendentemente dalla loro registrazione formale).

L'ASA ha ristretto la definizione cosicché qualsiasi "opera non statunitense" è protetta solo se il copyright è stato registrato in modo affermativo a Washington DC o se il libro è stato pubblicato in Canada, Regno Unito o Australia il 5 Gennaio 2009 o prima di questa data. Gli autori stranieri rimangono comunque coinvolti, dal momento che molte opere straniere sono state registrate negli USA per assicurare la protezione della legge americana, soprattutto quelli registrati prima del 1989. In effetti, Francia e Germania, così come molti autori ed editori di paesi come Austria, Belgio, India, Israele, Italia, Giappone, Nuova Zelanda, Spagna, Svezia, Svizzera e Regno Unito continuano a opporsi all'ASA, anche con le revisioni. Molti di tali obiettori esprimono preoccupazioni in merito ad eventuali violazioni della Convenzione di

Berna e dell'Accordo TRIPs[30]. Vengono citate le preoccupazioni di un'associazione di autori giapponesi sul "vantaggio di mercato quasi insormontabile in tutto il mondo nell'editoria digitale" che garantirebbe al contempo un monopolio negli Stati Uniti e in altri paesi anglofoni. Viene per giunta citato un passaggio del *brief* presentato dalla Repubblica francese in cui si esorta al rispetto dei principi internazionali del diritto d'autore e, in particolare, il consenso preliminare degli aventi diritto.

L'*opinion* del giudice Denny Chin si chiude in questa maniera:

«Infine, concludo che l'ASA non è giusto, adeguato e ragionevole. Come hanno notato gli Stati Uniti ed altri obiettori, molte delle preoccupazioni sollevate nelle obiezioni sarebbero mitigate se l'ASA fosse convertito da un accordo di opt-out in uno di opt-in. Di conseguenza, esorto le parti a considerare di rivedere l'ASA.

La mozione per l'approvazione finale dell'ASA è negata, fatto salvo il rinnovo nel caso in cui le parti negozino un accordo transattivo riveduto.»[31]

Orbene, anche l'accordo emendato viene respinto. Da questo momento in poi, le parti non tenteranno più di giungere a compromessi. Nell'autunno del 2011, la Authors Guild presenta un *fourth amended class action complaint* e viene affiancata da un altro ente associazionistico, l'American Society of Media Photographers, che rivendica violazioni del

30 Si tratta dell'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, firmato a Marrakech nel 1994 in ambito GATT (General Agreements on Tariffs and Trades), oggi Organizzazione Mondiale del Commercio. L'accordo si prefigge di fissare gli standard internazionali in materia.
31 United States District Court – Southern District of New York, *Opinion no. 100080*, del 22/3/2011, cfr. https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/971

copyright in merito a fotografie, illustrazioni ed altre opere visive che appaiano nei libri scannerizzati da Google chiedendo, oltre ad un ingente risarcimento danni, tutele ingiuntiva e dichiarativa.

1.2.4 La decisione del primo grado di giudizio: *fair use*

Si palesa di nuovo, per la Authors Guild, la necessità della *class certification* sulla base della Federal Rule of Civil Procedure 23. Google si oppone obiettando il difetto di giurisdizione per materia, sulla base della Rule 12(b)(1)[32]. Le difese dell'azienda, inoltre, cercano di conciliare gli aspetti sostanziali della norma sul *fair use* ed un'acuta strategia processuale: due dei fattori sulla base dei quali il giudice deve valutare il *fair use* (la natura dell'opera e l'effetto del suo uso sul mercato potenziale o il suo valore) devono essere valutati singolarmente, su ognuna delle opere scannerizzate e digitalizzate, sostiene Google. Tali riflessioni fanno capo agli aspetti soggettivi connaturati ai due fattori e rispecchiano l'elemento dell'individualità con il quale Google cerca di marcare l'eterogeneità della classe degli autori, i quali dovrebbero presentarsi in giudizio individualmente.

L'azienda considera come le opere creative e le opere non creative siano spesso trattate in maniera diversa nell'analisi sul *fair use*. Argomenta inoltre che la visione degli snippet possa, ad esempio, influire sul mercato dei libri in stampa molto più di quanto possa influire su quello dei libri

32 Federal Rules of Civil Procedure, Rule 12, (b) How to present defenses. *Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion: (1) lack of subject-matter jurisdiction* [...].

fuori stampa. La strategia di Google è quindi, *prima facie*, molto abile, dal momento che una verifica di tali criteri di *fair use* per ognuno dei circa 4 milioni di libri protetti da copyright copiati ed indicizzati è un compito impossibile in un arco temporale accettabile.[33]

L'*opinion* del 31 Maggio 2012, però, decide l'infondatezza delle mozioni di Google. L'analisi sul *fair use*, si legge, non richiede la partecipazione individuale dei membri dell'associazione. È possibile ovviare alla eterogeneità evidenziata da Google semplicemente raggruppando i membri e le loro rispettive opere in sottogruppi (ad esempio, tra gli autori si possono creare i sottogruppi per la narrativa, per la saggistica, per la poesia e per i ricettari; per la ASMP è invece possibile separare le fotografie dalle illustrazioni). L'analisi individuale richiesta da Google è ritenuta inutilmente onerosa e duplicativa. Tra le eque considerazioni, poi, la corte ricorda che quando Google ha copiato le opere, non si è preoccupata di condurre un'analisi sul copyright di ogni singola opera, né ha condotto una valutazione individualizzata sulla sussistenza del *fair use* per ognuno degli snippet pubblicati: ha copiato e reso i risultati di ricerca disponibili *en masse*. Giacché l'azienda ha trattato i detentori di copyright come un gruppo, questi devono essere in grado di essere in lite su base di gruppo.[34]

Nella prospettiva della Rule 23, Google sostiene la mancata soddisfazione del prerequisito della "adeguatezza"[35], *statuendo che la*

33 F. Macaluso – *E Mozart finì in una fossa comune – vizi e virtù del copyright*, pag. 132
34 United States District Court – Southern District of New York, *Opinion no. 101856*, del 31/5/2012, cfr. https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/1023
35 Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23 (a) Prerequisites. *One or more members of a class may sue*

maggior parte dei membri della classe percepisce il suo servizio come un beneficio. La rimostranza sarebbe inadeguata poiché non prenderebbe in considerazione gli interessi dei membri assenti della classe. In supporto a tale argomentazione, Google aveva presentato un sondaggio in cui poco più di 500 autori (il 58% degli intervistati) "approva" la scannerizzazione per fini di ricerca, ed approssimativamente 170 (il 19% degli intervistati) ne "avverte" il beneficio finanziario, attuale o potenziale. Il giudice Chin si sofferma sul fatto che le rivendicazioni dei principali querelanti non possono conunque compromettere le rivendicazioni di un altro gruppo di membri della classe. In merito al sondaggio, è ben possibile, suggerisce il giudice, che alcuni autori, pur "approvando" le azioni di Google, decidano comunque di unirsi alla class action.

L'unica questione rimasta da decidere, a questo punto, attiene alla sussistenza o meno dell'eccezione di *fair use* nei confronti delle accuse dei querelanti. Nel Novembre 2013, finalmente, la Corte Distrettuale del Secondo Circuito di New York si pronuncia nel merito e conclude il primo grado di giudizio.

La dottrina del *fair use* è codificata nel paragrafo 107 del Copyright Act, il quale stabilisce quanto segue:

«Fatte salve le disposizioni delle sezioni 106 e 106a, l'*uso equo* di un'opera protetta da copyright, compresi simili utilizzi mediante riproduzione di copie o di fonoincisioni o con qualsiasi altro mezzo specificato in quella sezione, per scopi quali critica, commento, notizie,

or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (4): *the representative parties will fairly and* ***adequately*** *protect the interests of the class*. (enfasi aggiunta)

insegnamento (incluse copie molteplici per uso scolastico), studio accademico o ricerca, non costituisce violazione di copyright. Nel determinare se l'uso di un'opera in un caso particolare è *uso equo*, i fattori da considerare devono includere:

(1) lo scopo e il carattere dell'uso, compreso se tale uso è di natura commerciale ovvero se è per scopi educativi senza fine di lucro;

(2) la natura dell'opera protetta da copyright;

(3) l'importo e la consistenza della porzione utilizzata in relazione all'opera protetta nel suo complesso; e

(4) l'effetto dell'uso sul mercato potenziale ovvero il valore dell'opera protetta.

Il fatto che un'opera non sia pubblicata non deve impedire, di per sé, un accertamento di *equo utilizzo* se tale accertamento sia compiuto in considerazione di tutti i fattori suindicati.»[36]

Una delle considerazioni chiave nell'indagine del primo di tali fattori, sostiene il giudice Chin citando il famoso precedente *Campbell v. Acuff-Rose Music, inc.*, è capire se l'uso delle opere può considerarsi "trasformativo". È dunque necessario stabilire se la nuova opera si limita a rimpazzare la creazione originale, oppure se "invece aggiunge qualcosa di nuovo, con uno scopo ulteriore o un carattere differente, modificando la prima con nuove espressioni, significati, o messaggi [...]."[37] Determinare

36 United States Copyright Act (17 United States Code), par. 107 – *Limitations on exclusive rights: Fair use*. Traduzione propria. Corsivi aggiunti. Cfr. https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/107
37 United States Supreme Court of Justice, *Campbell v. Acuff-Rose Music, inc.*, 510 U.S. 569 (1994), Opinion, par. 579. Traduzione propria. Cfr. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/case.html

l'uso "trasformativo" dell'opera non è indispensabile per stabilire il *fair use*, ma la sua sussistenza renderebbe altri fattori meno influenti sulla decisione finale (la sussistenza dello scopo di lucro, ad esempio, avrà certamente un peso minore).

Google sostiene questa qualificazione per l'uso fatto dei contenuti librari: dai libri indicizzati vengono riportati brani, dividendo ogni pagina in ottavi e pubblicando un certo numero di estratti dei testi ricercati attraverso l'impiego di parole chiave. Poiché per suo mezzo si creano nuove informazioni, senza che i libri riprodotti vengano sostituiti, l'uso deve essere considerato originale e "trasformativo".[38]

Nell'analisi sulla sussistenza del primo dei requisiti ex par. 107 del Copyright Act, il giudice ritiene l'uso fatto da Google "altamente trasformativo". L'uso che Google fa delle parole delle opere protette ha un diverso obiettivo: permette agli utenti di trovare i libri di interesse tramite parole chiave e, di conseguenza, li indirizza verso una vasta selezione di testi. L'uso è trasformativo anche (e forse soprattutto) nel senso che il contenuto librario è trasformato in dati per scopi di ricerca, compreso il *data mining*[39], in nuovi ambiti di studio. Le parole dei libri sono quindi usate in un modo in cui non erano mai state usate prima. Lungi dal soppiantare le opere riprodotte, lo strumento creato da Google invece "aggiunge valore alle originali" e permette la "creazione di nuove

38 F. Macaluso – *E Mozart finì in una fossa comune – vizi e virtù del copyright*, pag. 130
39 Letteralmente, "estrazione di dati". Si tratta di tecniche e metodologie di analisi matematica, eseguite su database di grandi dimensioni, che mettono in correlazione più variabili. L'obiettivo del *data mining* è quello di estrarre, in tal modo, informazioni o conoscenze ed impiegarle in utilizzi scientifici, industriali o operativi. Il *text mining* ne è una forma particolare che prevede l'analisi di testi e parole da documenti.

informazioni, nuova estetica, nuovi approfondimenti e comprensione".[40] Pur ammettendo la sussistenza di uno scopo di lucro (indiretto, perché l'azienda non vende i libri scannerizzati né gli snippets, ma guadagna attraverso le inserzioni pubblicitarie), non può negarsi che Google Books giovi ad importanti scopi educativi.

In merito al secondo fattore – la natura delle opere protette – le parti si erano previamente accordate, con dei memoranda, per ritenere la poca rilevanza di questo secondo fattore nelle determinazioni sul *fair use* (scelta ammessa sulle considerazioni del precedente *On Davis v. Gap, inc.* del 2001[41]). Il giudice cita il precedente *Stewart v. Abend* del 1990 nel quale si ritiene che le opere di narrativa godono di una protezione maggiore, poi osserva come la maggioranza delle opere scannerizzate da Google non sia riconducibile al genere della narrativa.

Il precedente *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, inc.*, già più volte richiamato dalla Corte, viene qui ripreso per sostenere che il *fair use* possa sussistere anche qualora sia copiata la totalità di un'opera protetta. Google offre la possibilità all'utenza di effettuare ricerche sull'intero testo delle opere, ma significativamente limita la quantità di testo che mostra in risposta a tali ricerche. L'analisi del terzo fattore (importo e consistenza della porzione utilizzata in relazione all'opera protetta nel suo complesso) non dà esito propriamente positivo e il giudice Chin la considera leggermente a sfavore del *fair use*.

40 P. N. Leval – *Towards a fair use standard*, Harvard Law Review vol. 103, n. 5 del 5/3/1990, pag. 1111.
41 «*The second statutory factor, the nature of the copyrighted work, is rarely found to be determinative.*»

In riferimento all'ultimo fattore, cioè gli effetti dell'uso su un mercato potenziale (o il valore dell'opera), sono respinte le accuse dei querelanti. Secondo l'accusa, infatti, Google Books avrebbe un'influenza negativa sul mercato del libro poiché le scannerizzazioni attuerebbero una sostituzione di mercato. Per giunta, attraverso una serie di ricerche e mutando leggermente i termini cercati su Google Books, gli utenti riuscirebbero ad accedere alla totalità del libro. Secondo il giudice Chin, tali accuse non hanno alcun senso. Le scannerizzazioni non sono in vendita, e sono concesse soltanto alle biblioteche che avevano fornito i libri. Gli unici a possedere tali scannerizzazioni, quindi, sono coloro che possiedono le copie fisiche dei libri.

Non è poi affatto plausibile, sostiene Chin, che qualcuno impieghi il tempo e le energie necessarie per svolgere innumerevoli ricerche per riuscire ad ottenere tutti gli snippets necessari alla ricostruzione di un libro intero. Ciò è impossibile perché alcune pagine e snippets vengono oscurati dal sito, e per giunta bisogna conoscere (e quindi possedere) il libro in questione per essere in grado di ricucire gli snippets nell'ordine corretto.

Al contrario e ragionevolmente, il servizio di Google va a beneficio degli stessi autori ed editori. Il primo traguardo importante nel successo di un titolo, sostiene Chin, è la scoperta stessa del titolo.[42] Google Books fornisce pertanto agli autori un utile strumento, una vetrina, attraverso

42 United States District Court – Southern District of New York, *Opinion no. 103753* del 14/11/2013, pag. 25. Traduzione propria.
Cfr. https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/1088

cui farsi conoscere ad un pubblico più vasto. Molti autori hanno notato come la navigazione online in generale, e Google Books in particolare, aiutino i lettori a trovare i loro lavori, aumentandone il seguito. Peraltro, sul sito è possibile trovare *link* che rimandano ai siti dei rivenditori e che permettono al lettore di ordinare un libro più facilmente. Il quarto fattore, pertanto, depone fermamente a favore del *fair use*.

Ebbene, il giudice Chin viene alla valutazione complessiva e statuisce: «Secondo me, Google Books fornisce significativi benefici pubblici. Fa avanzare il progresso delle arti e delle scienze, pur tenendo in rispettosa considerazione i diritti degli autori e di altri individui creativi, senza avere un impatto negativo sui diritti dei titolari del copyright. È diventato un inestimabile strumento di ricerca che permette a studenti, insegnanti, bibliotecari ed altri di identificare e localizzare i libri in maniera più efficiente. Ha dato agli studiosi, per la prima volta, l'abilità di svolgere ricerche full-text su decine di milioni di libri. Preserva i libri, in particolare quelli fuori stampa e quelli più risalenti dimenticati nelle viscere delle biblioteche, e gli dona nuova vita. Facilita l'accesso ai libri a persone con difficoltà ad accedere a testi stampati[43] ed alle popolazioni lontane e meno abbienti. Genera nuovi lettori e crea nuove fonti di guadagno per editori ed autori. Insomma, la società tutta ne beneficia.[44]»

Sulla base di tali risultati, il giudice rigetta la richiesta di *partial summary judgment* degli attori ed accoglie la mozione di Google per il

43 c.d. "print-disabled": tale espressione è utilizzata per fare riferimento ad un'ampia e generale categoria di persone – come ad esempio i non vedenti – le quali, per diverse ragioni, non possono fare alcun uso dei testi stampati.
44 *ivi*, pag. 26. Traduzione propria.

summary judgment[45]. Specifica inoltre che il giudizio sarà impostato sul rigetto dei ricorsi e quindi in favore di Google, la quale è tenuta a presentare una proposta di giudizio a tale scopo in 5 giorni lavorativi.

La decisione del giudice Chin, pertanto, accoglie le difese del convenuto. Il progetto Google Books non viola il copyright degli autori: trattasi di un progetto che – sebbene a scopo di lucro – svolge importanti funzioni di pubblico servizio, facendo del materiale digitalizzato un uso altamente trasformativo, e quindi "*fair*".

1.2.5 Considerazioni sulla decisione della Corte Distrettuale

Questo *ruling* pare non aggiungere molto allo status quo. Solo un anno prima, in un caso correlato, il giudice distrettuale Harold Baer si era pronunciato nella controversia *Authors Guild v. HathiTrust Digital Library* ed aveva ritenuto sussistente il "fair use"[46]. Il vero elemento di novità, nel caso Google Books, non si trova pertanto nel mero rapporto tra copyright e motori di ricerca, i quali sono operativi dagli anni 90'[47], ma nell'approccio particolare del gigante informatico di Mountain View. Se la totalità dei casi precedenti, infatti, riguardava la copia di informazioni già

45 Il *summary judgment* di common law è una specie di giudizio abbreviato che permette al giudice di decidere la controversia sommariamente. Nel sistema federale americano (Federal Rule of Civil Procedure 56) ciò può avvenire anche prima della fase dibattimentale. Ove appropriato, la corte può decidere sommariamente anche solo su alcune delle rivendicazioni del giudizio, e in questo caso di parla di *partial summary judgment*.

46 HathiTrust è un *repository*, un archivio digitale, gestito dall'University of Michigan in collaborazione con più di 50 biblioteche accademiche americane ed europee e con il progetto Google Books. Comprende le copie delle scansioni di differenti progetti di digitalizzazione, in gran parte provenienti da Google.

47 Il primo motore di ricerca, *Archie*, fu sviluppato nel 1990 dagli studenti di informatica americani A. Emtage, B. Heelan e J.P. Deutsch. Era un motore di ricerca "offline", perché operava su contenuti precedentemente scaricati da siti internet. Il primo vero "web search engine", invece, fu il *W3Catalog*, reso operativo nel 1993 da O. Nierstrasz, professore di scienze informatiche all'Università di Berna.

digitali, il caso Google Books attiene invece alla conversione di contenuti analogici in contenuti digitali.

Per quanto sia stata condivisa, dalla corte, la teoria che un simile progetto porti benefici universali (ne gioverebbero sia l'utenza, sia gli autori ed editori stessi), e che quindi tale decisione possa vedersi come una vittoria "di tutti", vi sono tre considerazioni da fare. In primis, le decisioni legate al "fair use" riguardano lo specifico caso concreto e difficilmente hanno una qualche valenza al di fuori della controversia (soprattutto se sono *rulings* di una corte distrettuale). In secondo luogo, una simile decisione garantisce attuali e significativi benefici solo a Google stessa. Effettivamente, l'esito della *lawsuit* intentata dagli autori legittima la creazione di un nuovo mercato, di cui Google detiene il monopolio sostanziale, con lo speciale privilegio di non dover chiedere alcun tipo di permesso ai titolari del copyright[48]. Si è visto inoltre come alcuni competitors abbiano tentato di dare luce a progetti analoghi, fallendo miseramente. La terza considerazione è meramente fattuale: gli Autori hanno già dichiarato il loro intento di appellare la decisione dinanzi al Secondo Circuito. Ciò nonostante, le prospettive per gli appellanti sono tutt'altro che rosee, dal momento che il giudice incaricato del caso è Pierre Nelson Leval, uno dei maggiori esperti di copyright, propugnatore del c.d "uso trasformativo", e famoso per il suo articolo "Towards a fair use standard" su *Harvard Law Review* del 1990.

48 P. A. Levy – *Google Books Program Upheld as Fair Use*, su PublicCitizen del 14 Novembre 2013. Cfr. http://pubcit.typepad.com/clpblog/2013/11/google-books-program-upheld-as-fair-use.html

1.3. United States Court of Appeals for the Second Circuit

1.3.1 Il ricorso in appello degli Autori

L'11 Aprile 2014 la Authors Guild deposita un *brief* alla Corte d'Appello del Secondo Circuito di New York. Il documento contiene due argomentazioni: la corte distrettuale ha commesso un errore nel riconoscere il *fair use* nel progetto biblioteca; una modifica così profonda nel bilanciamento tra i diritti dei titolari di copyright e degli utenti non va apportata da un ente privato con scopi di lucro, bensì dal Congresso[49].

Gli Autori intendono sottolineare come la corte distrettuale abbia omesso importanti spunti di riflessione: "Pur ammettendo che Google abbia trovato il modo per trasformare le produzioni creative degli autori in ulteriori dollari pubblicitari per i suoi shareholders, gli usi commerciali non autorizzati di Google non sono trasformativi ai sensi della legge sul copyright". La Authors Guild ribadisce che l'uso delle opere da parte di Google è fortemente commerciale. Lo scopo commerciale, come osservato nel più volte richiamato *Campbell v. Acuff-Rose*, depone a sfavore del primo elemento del fair use (scopo e carattere dell'uso). Nonostante ciò, il giudice Chin sembra aver ignorato tale considerazione. La corte distrettuale, tra l'altro, aveva dato rilievo al fatto che Google non mostri annunci pubblicitari nelle pagine che contengono gli snippets: un grosso fraintendimento su come davvero funzionino le pubblicità nella

49 *Authors Guild Brief in AG v Google Appeal* dell'11 Aprile 2014.
cfr. https://www.scribd.com/document/217743536/Authors-Guild-Brief-in-AG-v-Google-Appeal

costellazione Google, dal momento che pubblicità e contenuti sponsorizzati possono trovarsi, più o meno direttamente, in tutti gli altri "passaggi" che l'utente fa per arrivare allo snippet. Per esempio, la ricerca di "Steve Hovley" condurrebbe non solo ad un estratto di "*Ball Four*", libro di uno degli appellanti, ma anche ad annunci sponsorizzati di tre servizi di ricerca registri pubblici e di eBay. Viene altresì richiamato un punto della decisione del caso *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.* del 1992, in cui lo stesso giudice Leval osservava la differenza tra casi di copia "produttivi" e casi "non produttivi". Mentre i primi possono rientrare nei tipici casi di fair use, i secondi si rivelano più rari e consistono in copie meccaniche su una scala più larga. Ebbene, in quella occasione il giudice aveva rilevato come i casi di copia "non produttivi" potessero ricadere nel fair use, ma esclusivamente qualora questi usi non si caratterizzassero come commerciali. Per questi motivi, si ritiene che il test dell'uso trasformativo applicato dalla corte distrettuale sia poco adatto ad un caso, come quello di Books, ritenuto "non produttivo", consistente in copie meccaniche su larga scala.

Il caso *Campbell* viene richiamato anche per sostenere che la riproduzione, la distribuzione e la visualizzazione di milioni di opere protette non costituiscono usi trasformativi. In quel caso, la Corte Suprema aveva dichiarato che un uso è trasformativo quando aggiunge qualcosa di nuovo, con un ulteriore scopo o con un carattere diverso, che alteri l'opera originale con una nuova espressione, con un nuovo significato o con un nuovo messaggio. Di conseguenza, la semplice

estrinsecazione di un nuovo "scopo" per l'uso di un'opera protetta, che non modifica o aggiunge nulla di nuovo, non è sufficiente a rendere il lavoro trasformativo. Si sottolinea, poi, come la scannerizzazione, la digitalizzazione e la memorizzazione permanente di quattro milioni di libri sia una conversione meccanica, e come tale costituisca un uso non trasformativo. La digitalizzazione, così come la fotocopia, "trasforma semplicemente l'oggetto tangibile, il quale include l'elemento intangibile, che è l'opera originale protetta da copyright" (citando *Texaco*). La conversione di libri stampati in e-book non aggiunge nuove informazioni, nuove estetiche o nuovi contenuti o concezioni ai libri protetti. Le operazioni di digitalizzazione di massa sono sicuramente innovative, ma non sono trasformative. Ad ogni modo, non può essere permesso a Google di fare usi sproporzionati rispetto al raggiungimento degli scopi rilevati dalla Corte Distrettuale. La memorizzazione permanente di più copie digitali delle opere scannerizzate è inutile ai fini del Progetto Biblioteca .

Il secondo fattore statutario, sostengono gli autori citando nuovamente *Campbell*, "richiede il riconoscimento che alcune opere sono più vicine al cuore della protezione di copyright rispetto ad altre, con la conseguenza che è più difficile stabilire il *fair use* quando le prime sono copiate". Nonostante la Corte Distrettuale abbia affermato che la grande maggioranza delle opere erano libri di saggistica e pubblicate, i lavori digitalizzati includono ogni tipo di libro concepibile, compresa la narrativa, la saggistica, oscure opere accademiche e best-seller. Dal

momento che Google non ha svolto alcun tipo di selezione sulle opere che ha deciso di digitalizzare, non può soddisfare l'onere di dimostrare che la natura dell'opera protetta favorisca una decisione di *fair use*.

Citando il caso *Infinity*, l'Authors Guild ricorda che il terzo fattore "riconosce che maggiore è la porzione di opera protetta usata, meno è probabile che l'uso sia equo, e che anche un prelievo meno sostanzioso può essere iniquo se cattura l'essenza dell'opera protetta". La Corte distrettuale aveva statuito che "la riproduzione integrale è decisiva per il funzionamento di Google Books" e che "Google limita la porzione di testo che mostra in risposta ad una ricerca". Gli autori rispondono che la prima statuizione è semplicemente falsa, e che la seconda ignora la rilevanza quantitativa e qualitativa degli snippets, i quali possono contenere "il cuore" del libro.

Nelle parole del giudice Chin, "il quarto fattore pesa fortemente a favore di un accertamento di *fair use*". Tale conclusione, secondo gli appellanti, ignora totalmente i mercati esistenti ed emergenti per gli usi presi in considerazione nel caso *de qua*. La Corte Distrettuale ha omesso di considerare le conseguenze che la sua decisione avrà sugli usi di opere protette da parte di attori diversi da Google ed ignora la realità del mondo digitale di oggi, in cui la domanda non è "se", ma "quando" si verificherà una violazione dei dati.

È compito del Congresso, sostengono gli appellanti, stabilire il giusto bilanciamento tra i diritti dei titolari del copyright e quelli degli utenti. Nel motivare tale assunto, viene menzionato il *Digital Millennium*

Copyright Act (DMCA) del 1998, che ha introdotto nella Sezione 108 la facoltà delle biblioteche di creare ed utilizzare copie dei libri in formato digitale. La normativa in questione contiene importanti restrizioni a tale facoltà: non possono essere realizzate più di tre copie digitali e tali copie non possono essere messe a disposizione del pubblico in quel formato al di fuori dei locali delle biblioteche o degli archivi che ne abbiano il legittimo possesso. Gli autori sottolineano inoltre come il Congresso avesse concepito tali disposizioni "nel riconoscimento del rischio che un accesso pubblico incontrollato alle copie danneggi notevolmente gli interessi dei titolari del copyright attraverso l'agevolazione di una immediata, perfetta e diffusa riproduzione e distribuzione di copie addizionali".

In conclusione, i ricorrenti chiedono alla Corte di annullare la decisione della Corte Distrettuale, di ordinare alla Corte Distrettuale di concedere la mozione degli autori per il giudizio sommario e di rinviare la causa per considerare un rimedio adeguato, il quale includa un pagamento agli autori per l'uso delle loro opere, la fine della fornitura di e-books alle biblioteche da parte di Google e misure di protezione dal rischio di furto e diffusione.

1.3.2 Decisione di Appello; Supreme Court

Secondo le *Federal Rules of Appellate Procedure*, che stabiliscono il coacervo di norme regolanti i procedimenti presso le Corti di Appello

federali, il collegio giudicante (quasi sempre un *panel* di tre giudici) non ha la c.d. *original jurisdiction* (che gli consentirebbe di instaurare un vero e proprio processo con fase dibattimentale), ma solo la c.d. *appellate jurisdiction*. Questo vuol dire che solitamente in una Court of Appeals federale il procedimento è quasi del tutto cartolare e si basa sui documenti nella disponibilità della segreteria. Talvolta è ammesso, su richiesta motivata di parte, un *oral argument* di fronte al panel che vada ad integrare il contenuto degli atti depositati[50]. Nel dicembre del 2014, invero, si tengono degli *oral arguments* dinanzi ai giudici Pierre N. Leval, José A. Cabranes e Barrington Daniels Parker, Jr. . Per il resto, il giudizio di appello si rivela molto breve: meno di un anno più tardi, nell'ottobre 2015, il panel presieduto dal giudice Leval deposita la sua decisione[51].

Il primo punto della decisione si concentra sul *fair use*. Nel rievocare la stessa *copyright clause* della Costituzione americana, la Corte ricorda come l'obiettivo finale del copyright sia quello di espandere la conoscenza e la comprensione pubblica e, in ultima istanza, di "promuovere il progresso della scienza e delle arti utili". Allo stesso modo, viene considerato che per circa trecento anni le corti hanno riconosciuto che, in determinate circostanze, conferire all'autore un controllo assoluto può limitare, anziché espandere, la conoscenza pubblica.

La Corte intende chiarire che, malgrado diversi precedenti nella lunga storia di common law di *fair use*, gli standard di tale eccezioni non sono

50 *Federal Rules of Appellate Procedure*, Title VII. General Provisions. Rule 34. Oral Argument.
Cfr. https://www.law.cornell.edu/rules/frap/rule_34
51 *Authors Guild v. Google, inc.*, n. 13-4829 (Secondo Circuito, 2015)
Cfr. https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html

stati spiegati fino alla decisione, nel 1994, del caso *Campbell*. I principi di quel caso sono considerati "illustrativi e non limitativi" e forniscono solo delle linee guida generali sull'interpretazione dei quattro fattori. Ognuno di questi è considerato come una parte di una valutazione multiforme della domanda cruciale: come definire il limite dei diritti esclusivi dell'autore originale al fine di servire al meglio gli obiettivi principali della legge sul copyright, promuovendo l'apprendimento pubblico e al contempo proteggendo gli incentivi degli autori a creare per il bene pubblico? Oltre a ciò, la Corte richiama *Harper & Row* e *Campbell* per chiarire che, rispettivamente, il quarto ed il primo fattore possono essere i più importanti in un giudizio di *fair use*.

Successivamente, la Corte procede con l'analisi dei quattro fattori relativamente a quanto era stato menzionato nell'*appellate brief* presentato dalla Authors Guild. La Corte non vede alcun motivo per cui lo scopo generale del profitto dovrebbe, in questo caso, prevalere come motivo per negare il *fair use*, al di sopra dei suoi scopi convincentemente trasformativi, insieme all'assenza di una conocorrenza significativa. Molte delle forme universalmente accettate di *fair use* – specifica la Corte – sono fatte commercialmente a scopo di lucro.

Nella misura in cui la "natura" dell'opera originale protetta si combina necessariamente con "scopo e carattere" del lavoro secondario, per valutare se quest'ultimo utilizzi l'originale in maniera "trasformativa", il secondo fattore tende a favorire il *fair use* non perché le opere dei ricorrenti siano di saggistica, ma perché l'uso secondario fornisce

trasformativamente informazioni preziose sull'originale, piuttosto che replicare l'espressione protetta in un modo da fornire un sostituto rilevante dell'originale.

Il fatto che alcuni ricercatori dei ricorrenti siano riusciti a rivelare quasi il 16% del testo dei libri esagera il modo in cui la *snippet view* può fornire un sostituto rilevante. Tanto importanti quanto la percentuale di parole del libro rivelate sono la maniera e l'ordine in cui sono rivelate. Anche le la funzione di ricerca rivelasse il 100% delle parole di un libro protetto, ciò sarebbe di scarso valore sostitutivo se le parole fossero riorganizzate in qualunque altro ordine diverso dall'originale. Non si può parlare di una rivelazione "sostanziale" ai sensi del terzo fattore, se la rivelazione è eseguita in una maniera che comunichi poco o nulla dell'opera originale. La natura frammentaria dei frammenti rivelati, anche dopo una ricerca determinata, assidua e dispendiosa in termini di tempo, porta ad una rivelazione non "sostanziale", anche ove includa il 16% complessivo del testo del libro.

Anche se uno *snippet* riveli alcune espressioni autoriali, a causa della brevità dello *snippet* e della natura ingombrante, scomposta ed incompleta dell'aggregazione degli *snippet* disponibili, la Corte ritiene che sarebbe un caso raro quello in cui l'interesse del ricercatore per la parte protetta dell'opera fosse soddisfatto da ciò che è disponibile nella *snippet view*, e sarebbe ancora più raro che la *snippet view* possa fornire un sostituto rilevante all'acquisto del libro. Il giudizio di primo grado viene così confermato.

Il 31 Dicembre 2015, la Authors Guild presenta una richiesta di *writ of certiorari*[52] alla U.S. Supreme Court, chiedendole di rivedere la decisione di appello. La richiesta presenta tre questioni di diritto sostanziale:

- Se, al fine di essere qualificato "trasformativo" ai sensi della disciplina sul *fair use*, l'uso dell'opera protetta debba produrre "una nuova espressione, un nuovo significato o un nuovo messaggio", come affermato dalla stessa Corte Suprema in *Campbell* e dal Terzo, Sesto ed Undicesimo Circuito, oppure se la copia letterale di opere per uno scopo diverso e non espressivo possa essere un *fair use* trasformativo, come invece affermato dal Secondo, Quarto e Nono Circuito;
- Se l'approccio del Secondo Circuito al *fair use* impropriamente renda lo "scopo trasformativo" il fattore decisivo, in sostituzione del test dei quattro fattori previsto dalla legge;
- Se il Secondo Circuito abbia commesso un errore nel concludere che un'attività commerciale possa sottrarsi da responsabilità per le copie letterali tramite l'argomentazione che i destinatari di tali copie le useranno solo per scopi leciti e benefici, un fondamento logico categoricamente respinto dal Sesto Circuito.

Il 18 aprile 2016, la Corte Suprema ha negato la petizione e ha così confermato la decisione del Secondo Circuito in favore di Google[53].

52 Il *writ* ("breve") di *certiorari* [dalla parola latina con cui iniziava la scrittura, *certiorari* (*volumus*), tradotto "(desideriamo) essere informati"] è un ordine scritto formale emanato dalla Corte Suprema che richiede *judicial review* (il potere di rivedere una legge per questioni di costituzionalità o per violazioni ai principi basilari della giustizia).

53 United States Supreme Court – *Order List* del 18/4/2016, pag. 12
Cfr. https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/041816zor_2co3.pdf

1.4. Considerazioni conclusive

Il progresso scientifico e tecnologico pone, indiscutibilmente, nuove ed ampie sfide per il diritto nel suo complesso. L'area della proprietà intellettuale, *de iure condito*, si ritrova ad essere fortemente segnata dall'introduzione di tecnologie rivoluzionarie quali il *world wide web* e le sue conseguenti rielaborazioni delle metodologie di accesso alla conoscenza e alle opere artistiche. Il caso Books mostra, simbolicamente, tutte le preoccupazioni che in questa area del diritto sorgono dalla creazione di un nuovo mercato, da una nuova concezione di biblioteca e dalla presa di coscienza che vi sono nuovi, evanescenti, modi di sfruttamento delle opere intellettuali. Le leggi sul copyright sono sempre andate di pari passo con il progresso umano; la necessità di riqualificazione dell'apparato normativo è sempre dipesa dalla necessità di adattere le regole ad un mondo che cambia sempre più velocemente. Persino un istituto così elastico come il *fair use* fa fatica ad essere applicato in maniera efficace a queste nuove sfide, sino al punto da dover mettere nuovamente in discussione la natura del copyright stesso e degli istituti ad esso correlati. Gli Autori obiettavano, in appello, che la possibilità di accedere anche ad una minima parte dei contenuti di un'opera protetta avrebbe distolto l'utenza dall'acquisto dell'opera stessa. Chi fosse alla ricerca di un'informazione storica contenuta in un libro non sarebbe, ormai, tenuto ad acquistare una copia fisica dello stesso: basterebbe effettuare una ricerca ipertestuale tramite il servizio di Google per accedere a tutte le informazioni di cui si necessita, senza bisogno di

pagare, senza che l'autore del libro possa ricevere qualcosa in cambio. Il giudice Leval rispondeva, a questa considerazione, con un sonoro "*So what?*", "E allora?". La *public knowledge* si trasforma, pertanto, nella prima (ed ultima) considerazione da fare sotto questa luce: le informazioni storiche non sono di proprietà dell'autore del libro, sono e devono essere di tutti. Quello che un autore può rivendicare è lo stile di scrittura, l'impostazione del suo testo, la figura retorica usata e qualunque altro elemento provenga direttamente dalla sua creatività. La storia non fa parte del contenuto creativo dell'autore, perciò non può essere da questi rivendicata. Un concetto, quello del giudice Leval, complessivamente semplice, ma in grado di mettere in discussione tutto quello che si era pensato sui diritti della proprietà intellettuale fino a qualche anno fa.

CAPITOLO II – ANALISI COMPARATISTICA

2.1. Copyright e diritto d'autore: cenni storici

2.1.1 Definizione del diritto d'autore

Tradizionalmente, il diritto d'autore è una delle due branche del diritto della proprietà intellettuale, volto alla tutela dei prodotti creativi dell'uomo in ambito artistico, letterario, scientifico ed industriale. Tali produzioni si caratterizzano per una fondamentale differenza rispetto alla normale *res* su cui gli individui esercitano i loro diritti di proprietà. È infatti pressoché impossibile esercitare, su un'opera dell'ingegno pubblicata, lo *ius ad excludendi alios*, il diritto cioè "di godere e disporre delle cose in modo [...] esclusivo"[54]. Dal momento in cui l'opera viene resa disponibile al pubblico, cioè, il suo creatore non può più esercitare, tramite il mero possesso, un controllo sull'impiego successivo della stessa. Le prerogative del diritto della proprietà intellettuale, pertanto, sono quelle di garantire al creatori delle opere il controllo – per una specifica durata – sull'utilizzo che viene fatto di tali creazioni. Al contempo, tali garanzie e protezioni si traducono in un incentivo all'attività intellettuale e promuovono lo sviluppo economico, sociale e culturale[55].

54 Codice Civile, Libro III *Della Proprietà*, Titolo II *Della Proprietà*, Art. 832 *Contenuto del diritto*.
55 World Intellectual Property Organization, *Introduction to intellectual property: theory and practice*.

Il diritto d'autore è dunque costituito dall'insieme di norme giuridiche che disciplinano e tutelano le opere dell'ingegno e di carattere creativo, quali le opere artistiche e letterarie, le opere musicali, le fonoincisioni, le pellicole cinematografiche e le trasmissioni audiovisive. Qualunque utilizzo venga fatto delle suddette, qualunque ne sia l'effettiva circolazione, immanente resta l'inscindibile vincolo che lega l'opera al suo autore. Tale considerazione rende possibile cogliere il carattere bi-dimensionale che tipicamente contraddistingue le regolamentazioni in tema: da un lato, i diritti morali; dall'altro i diritti patrimoniali.

Il diritto morale si fonda sull'evento della creazione, di conseguenza ha carattere perpetuo e non può essere ceduto. In virtù di questo diritto, l'autore si vede riconosciuta la paternità dell'opera e può difenderne in ogni momento l'integrità artistica e culturale. L'autore, infatti, può difendere il suo lavoro da ogni tentativo di terzi di alterarne la forma e il contenuto ed ha l'ultima parola sulla pubblicazione, che egli può sempre impedire per evitarne la divulgazione al pubblico.

I diritti patrimoniali, invece, regolano ogni aspetto economico collegato all'opera e, pertanto, tutte le possibili modalità di sfruttamento della stessa. Pur trattandosi di diritti esclusivi (solo all'autore è riservata la facoltà di porre in commercio i propri lavori e di ottenerne un ritorno economico, egli soltanto può autorizzarne l'utilizzo), questi sono anche alienabili ed in genere è l'autore che, volontariamente, li cede a terzi (gli editori) in grado di garantirne un migliore sfruttamento economico. I più comuni diritti di natura economica riconosciuti dagli ordinamenti sono

quattro: il diritto di riproduzione, che subordina all'autorizzazione dell'autore la realizzazione di copie dell'opera; il diritto di distribuzione, che conferisce valore economico all'opera e si esaurisce con la prima vendita della stessa; il diritto di comunicazione al pubblico, per cui l'autore può impedire l'esecuzione dell'opera in luoghi pubblici o la trasmissione della stessa senza la propria autorizzazione; e infine il diritto di traduzione e di adattamento, in forza del quale l'autore può autorizzare qualunque alterazione dell'opera finalizzata alla realizzazione di un'altra opera, ed anche la sua trasposizione in una lingua diversa.

Al fine di meglio analizzare e comparare come gli attuali ordinamenti si comportano nella regolamentazione e tutela di dale diritto, è opportuno svolgere una breve indagine sulle sue origini, anche al fine di poter comprendere lo sviluppo, diversificato ma parallelo, del copyright di origine anglosassone.

2.1.2 *Droit d'auteur* e copyright: due storie parallele

Prima dell'invenzione della stampa, ad opera di Johann Gutenberg, nel 1455 circa, la copiatura di testi letterari richiedeva costi elevatissimi, e la riproduzione minuziosa di opere delle arti figurative risultava essere pressoché impossibile. Era pertanto escluso un interesse economico rilevante che potesse giustificare, o quantomento stimolare, pretese di esclusività da parte degli autori di tali opere. L'avvento della novità tecnologica del procedimento della stampa pian piano favorì una più ampia diffusione (e quindi "domanda") delle opere letterarie, dando vita

a nuovi interessi e a relativi problemi di protezione sino ad allora sconosciuti[56].

Il primario interesse delle autorità governative del tempo era quello di proteggere il nuovo procedimento tecnologico di Gutenberg, favorendone l'attuazione nei propri stati tramite la concessione di favori a coloro che erano in grado di implementarlo. Tali concessioni si caratterizzavano per essere dei provvedimenti ad hoc, perfettamente simili a quelli accordati ad inventori e ad importatori di invenzioni. Uno dei primi casi di tale fenomeno si può registrare nel tardo Quattrocento: la c.d. "Parte Veneziana" era infatti un privilegio concesso dalla Repubblica di Venezia agli editori e agli stampatori, in forza del quale, previo esame dell'opera, era loro attribuito il diritto esclusivo di stamparla e commerciarla per un determinato lasso di tempo.

La forma in nuce del diritto, dunque, si rivela un privilegio librario che aveva come oggetto il procedimento di stampa e come beneficiari l'editore e lo stampatore. In alcuni casi, tuttavia, quando l'opera si distingueva per essere particolarmente apprezzata, o quando richiedeva spese eccezionalmente gravose, il privilegio poteva essere concesso, a titolo di onorificenza, direttamente all'autore. Ben presto, inoltre, l'oggetto di tale privilegio divenne l'opera stessa, e non il procedimento di copia e diffusione. È in questo frangente che si delineò la sostanziale distinzione con la patente per inventori e nacque il concetto di opera come bene protetto.

56 N. Lucchi, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, 2009, p. 34.

Durante il XVI secolo, importanti cambiamenti favorirono la nascita di tale concezione: l'elargizione individuale (e discrezionale) dei privilegi venne abolita, le graziose concessioni furono protette da un sistema di difese civili e penali che comportavano anche la confisca del materiale contraffatto e, infine, vennero limitate alla sola stampa di nuove opere. In breve tempo emerse l'interesse dell'autore, il cui previo consenso divenne requisito imprescindibile per la concessione del privilegio. All'indomani del XVII secolo, iniziarono a nascere organismi associazionistici volti alla tutela di tali nuovi interessi: a Venezia si concedeva un monopolio di dieci anni a quanti fossero iscritti alla "Banca de' Librari e Stampadori"; a Londra si concedevano simili diritti con l'iscrizione alla "Company of Stationers". Stampatori ed editori si affiancarono agli autori nel preteso riconoscimento, in capo a questi ultimi, della proprietà dell'opera e di un relativo diritto di esclusiva.

Il diritto d'autore in senso moderno si afferma soltanto nel secolo dei Lumi, con le prime, vere, affermazioni dei diritti degli autori sulle proprie creazioni. La prima legge con tale contenuto fu lo Statuto della Regina Anna d'Inghilterra del 1709, che attribuiva agli autori ed ai loro aventi causa l'esclusivo diritto di stampare e riprodurre le loro opere per una durata di ventuno anni, se già pubblicate; di quattordici, se inedite, con la possibilità di ottenere un rinnovo di ulteriori quattordici anni ove l'autore fosse ancora in vita. Al fine di ottenere tali protezioni, i libri dovevano essere registrati presso la summenzionata corporazione dei librai, la "Company of Stationers". Nacque così il *copyright* (letteralmente "diritto di

copia") anglosassone, caratterizzato dalla totale ed esclusiva considerazione dei diritti patrimoniali legati all'opera.

In Nord America, le disposizioni dello Statute of Anne furono vigenti nelle colonie britanniche sino all'indipendenza (1776). L'articolo 1, Sezione 8 della Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787 autorizzava il Congresso a legiferare, inter alia, in materia di copyright "*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*"[57]. Gli USA adottarono il loro primo Copyright Act con Legge del 31 Maggio 1790.

Affianco al sistema legislativo "anglosassone", si venne a delineare un sistema definito come "latino germanico", che trova il proprio fondamento negli sforzi legislativi della Francia Rivoluzionaria e, successivamente, nell'opera di approfondimento della dottrina tedesca. Parallelamente al copyright, dunque, si affermò il *droit d'auteur*, maggiormente focalizzato sugli aspetti morali della proprietà intellettuale. Già la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino (1789), all'articolo 11, sanciva la libera manifestazione di pensieri ed opinioni, sulla base della quale ogni cittadino poteva parlare, scrivere e *stampare* liberamente, altresì prevedendo una responsabilità (nei casi determinati dalla legge) per chi abusasse di tale libertà.

Qualche anno dopo, vennero promulgate leggi in materia di opere teatrali e musicali (1792) e una legge che espressamente riconosceva la

57 *United States Constitution*, Article 1, Section 8, Paragraph 8.
Cfr. https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/articles/article-i

proprietà letteraria ed artistica (1793). Quest'ultima riservava agli autori l'esclusivo diritto di riproduzione delle proprie opere per tutta la durata della loro vita, diritto di cui, dopo la morte dell'autore, divenivano titolari i suoi aventi causa per ulteriori dieci anni. Un importante elemento di differenziazione rispetto al sistema anglosassone consisteva, quindi, nella facoltà di esercizio di tali diritti per tutta la vita e senza necessità di adempimenti formali come il deposito e la registrazione.

La commistione normativa e culturale del *droit d'auteur* si diffuse subitamente nelle altre esperienze europee. Francia, Germania, Italia, Olanda, Belgio, Spagna, Austria e Svizzera sono tutte accomunate da una concezione del diritto d'autore che pone al centro della disciplina l'indissolubile vincolo "spirituale" tra l'autore e la sua opera[58], la seconda intesa come frutto del lavoro del primo, ma anche come il riflesso della sua personalità. In questi sistemi di civil law, quindi, la tutela degli aspetti patrimoniali del diritto d'autore è strettamente correlata alla protezione del nome, della reputazione e dell'integrità del pensiero dello stesso, riflessi nella sua produzione artistica.

Nei sistemi di common law quali quello anglosassone e quello americano, invece, stenta ad affermarsi un diritto morale dell'autore. Se il *droit d'auteur* pone l'attenzione sul soggetto, il copyright si focalizza sull'oggetto e sul suo fine: l'opera risponde ad un interesse della comunità, è volta alla promozione di una *public knowledge*. Il primario rilievo viene qui riconosciuto all'aspetto economico, allo sfruttamento della creatività umana. Le fondamenta del copyright sono dunque "un

58 G. Ramello, F. Silva, *La natura del diritto d'autore*, 1997, pag. 3

calcolo utilitarista che bilancia le necessità dei produttori di copyright con i bisogni dei consumatori di copyright, un calcolo che lascia gli autori ai margini dell'equazione"[59]. Nei sistemi franco-germanici, tra l'altro, si ha una netta distinzione tra il diritto d'autore in senso stretto e i c.d. "diritti connessi". Questi sono, appunto, connessi ai primi perché riconosciuti a coloro che intrinsecamente siano legati all'autore nei processi imprenditoriali di sfruttamento economico dell'opera (ad esempio, il produttore discografico, l'ente radiofonico o televisivo) e che forniscono contributi fondamentali per l'effettiva monetizzazione dell'opera. Tale distinzione non esiste nei sistemi di common law. Ognuno di questi soggetti, in Regno Unito o in USA, è titolare di copyright.

Pur profondamente divergenti nella teoria, diritto d'autore e copyright tendono ad avvicinarsi sotto alcuni aspetti della pratica e dimostrano una univocità di intenti. Sia il sistema inglese che quello francese precedentemente esposti, infatti, sarebbero orientati all'incentivo della diffusione delle opere presso il pubblico[60]. Entrambi i sistemi sono dunque interessati alla riduzione degli investimenti in attività creative in assenza di un incentivo che consenta il recupero delle spese sostenute, mirando a garantire all'autore una remunerazione per la propria attività intellettuale e, conseguentemente, permettendogli di vivere del proprio lavoro[61].

59 P. Goldstein, *Copyright's Highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*, Stanford 2003, p. 138
60 J.C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, IV. Conclusions, in Tulane Law Review, 64 (5), 1990.
Cfr. http://www.compilerpress.ca/CW/Library/Ginsberg%20Tale%20of%20Two%20Copyrights%20TLR%201990.htm
61 G. Ramello, F. Silva, *La Natura del diritto d'autore*, op.cit., pag. 5

2.2. Diritto internazionale: punti di convergenza

Le opere dell'ingegno, in quanto "contenitori" di idee, pensieri, dottrine ed opinioni, si contraddistinguono per una spiccata propensione alla circolazione nei mercati internazionali. Questa proclività è direttamente proporzionale al crescente rafforzamento della comunità internazionale e del suo mercato, che si caratterizza per due – opposte, ma armoniche – spinte propulsive: da un lato, i dinamismi della globalizzazione, che spingono verso l'armonizzazione dei beni e servizi richiesti in tutto il mondo; dall'altro lato, i fenomeni della c.d. *glocalization*, che fa riemergere pian piano la tendenza verso forme di parcellizzazione e frammentazione. Nel commercio internazionale, quindi, affianco alle grandi produzioni merceologiche di massa, compaiono progressivamente servizi produttivi sempre più specializzati e localizzati, rivolti essenzialmente alla creazione di beni di "nicchia" per soddisfare la crescente domanda di prodotti differenti[62]. È evidente come entrambi i dinamismi favoriscano la circolazione dei prodotti di un settore quale quello delle opere dell'ingegno. Il fenomeno è ulteriormente amplificato dallo sviluppo di nuovi e sempre più efficienti sistemi di comunicazione e trasporto. Ogni fase della catena di distribuzione, dal produttore al consumatore finale, è agevolata dall'impiego delle più moderne tecnologie. E le opere letterarie, visive, audiovisive, le fonoincisioni si sono divincolate dai loro supporti fisici e sono oggi alienabili, sotto forma di *file*, con un paio di click. Il diritto d'autore contemporaneo, allora, si colloca all'interno di un vero e proprio

62 A. Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci, Bari 2015. p. 200

reticolato di diritto convenzionale, volto a rendere quanto più possibile omogenea la protezione delle opere dell'ingegno nei diversi Paesi del mondo, favorendo in questa maniera l'affidamento delle imprese del settore. La necessità di rendere effettivo il principio di reciprocità internazionale dei diritti ha dunque portato alla conclusione di accordi più o meno onnicomprensivi, i quali hanno poi ispirato ed orientato i relativi ordinamenti regionali e nazionali[63].

2.2.1 Convenzione di Berna (1886)

La prima e principale convenzione internazionale in tema è senz'altro la *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche*, firmata a Berna nel 1886 e regolarmente novellata ogni venti anni circa. Prima di questa, il mercato internazionale delle opere intellettuali aveva cercato di regolamentarsi attraverso accordi tra privati. Nella metà del XIX secolo, gli Stati iniziarono a subentrare in tali relazioni firmando accordi bilaterali. Contemporaneamente, autori ed artisti istituivano una serie di conferenze internazionali, tra cui spicca il Congresso di Parigi del 1878, che portò alla fondazione dell'Associazione Letteraria ed Artistica Internazionale (ALAI)[64]. L'ALAI ed altri *non-state actors* favorirono l'indizione delle conferenze di Berna che portarono, infine, alla firma della relativa Convenzione da parte di dieci Stati[65].

63 C. Seville, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Elgar European Law, Cheltenham, UK, 2009, p.8
64 L'*Association Littéraire et Artistique International*, fondata da Victor Hugo, è un'associazione di diritto francese. Ancora oggi persegue la finalità di affermare i diritti di autori ed artisti.
Cfr. http://www.alai.org/en/
65 Belgio, Francia, Germania, Haiti, Italia, Liberia, Regno Unito, Spagna, Svizzera e Tunisia. Attualmente, gli Stati Parti della Convenzione sono 175.

L'articolo 1 della Convenzione istituisce l' "Unione per la protezione dei diritti degli autori sulle loro opere letterarie ed artistiche". Per "opere letterarie ed artistiche", si intende (art. 2) qualsiasi produzione nel campo letterario, scientifico ed artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione[66].

La disciplina della Convenzione è in gran parte fondata sul principio del trattamento nazionale, enucleato dall'articolo 5, paragrafo 1. Secondo tale disposizione, nei Paesi diversi da quello di origine dell'opera, gli autori godono dei diritti che le rispettive leggi conferiscono ai nazionali (nonché dei diritti conferiti specificamente dalla Convenzione). È altresì importante sottolineare la disposizione dell'articolo 5, paragrafo 2, che recita:

> *«Il godimento e l'esercizio di questi diritti non sono subordinati ad alcuna formalità e sono indipendenti dall'esistenza della protezione nel Paese di origine dell'opera. Per conseguenza, al di fuori delle clausole della presente Convenzione, l'estensione della protezione e i mezzi di ricorso assicurati all'autore per salvaguardare i propri diritti sono regolati esclusivamente dalla legislazione del Paese nel quale la protezione è richiesta»*[67].

66 Il primo paragrafo dell'articolo 2 fornisce, inoltre, un elenco esemplificativo: "i libri, gli opuscoli ed altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammaticomusicali; le opere coreografiche e pantomimiche; le composizioni musicali con o senza parole; le opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia; le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, incisione e litografia; le opere fotografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche, i piani, schizzi e plastici relativi alla geografia, alla topografia, all'architettura o alle scienze."

67 L'automaticità dell'applicazione della disciplina della Convenzione contrastava con la legislazione statunitense, che subordinava la tutela dei diritti alla previa registrazione delle opere presso il *Copyright Office*. Questa fu una delle ragioni per cui gli Stati Uniti ratificarono la Convenzione solo nel 1989, con il *Berne Implementation Act*.

Un'eccezione al principio del trattamento nazionale si rinviene in una delle disposizioni sulla durata della protezione del diritto, che è invece soggetta, ex art. 7 par. 8[68], al principio di reciprocità e prende il nome di "regola della durata più breve". È comunque previsto, dallo stesso articolo, un regime generale sulla durata della protezione, che comprende la vita dell'autore, più un periodo di cinquanta anni dopo la sua morte. I Paesi dell'Unione hanno facoltà di disporre eccezioni per le opere cinematografiche e per le opere anonime e pseudonime. Possono inoltre stabilire la durata della protezione delle opere fotografiche e di quelle delle arti applicate, protette in qualità di opere artistiche, durata che, tuttavia, non potrà essere inferiore a venticinque anni dalla data della realizzazione dell'opera. È poi in generale prevista la facoltà per gli Stati di concedere durate di protezione superiori a quelle previste nella Convenzione.

Gli autori di opere protette dalla Convenzione hanno il diritto esclusivo di:

- traduzione, o autorizzare una traduzione (art. 8, art. 11);
- riproduzione (art. 9);
- rappresentazione pubblica, esecuzione pubblica, radiodiffusione, comunicazione pubblica, recitazione pubblica e trasmissione pubblica (artt. 11 – 11*ter*)
- autorizzare adattamenti, variazioni e altre trasformazioni (art. 12, art. 14).

68 "La durata è comunque regolata dalla legge del Paese dove è richiesta la protezione; tuttavia, salvo diversa disposizione legislativa del medesimo, la durata della protezione non può eccedere quella stabilita nel Paese d'origine dell'opera."

Importantissima possibilità riconosciuta dalla Convenzione è quella di derogare a tali diritti e consentire, in presenza di determinate circostanze, l'accesso alle opere senza autorizzazione. Segnatamente, l'articolo 9, paragrafo 2 subordina l'eccezione al diritto esclusivo di riproduzione delle opere letterarie ed artistiche al c.d. *three-step test*, ovverosia una verifica, in tre passaggi, volta ad accertare che:

- si tratti di "casi speciali";
- la riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera;
- la riproduzione non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore.

La Convenzione, all'articolo 6*bis*, paragrafo 1, prevede che, indipendentemente dai suoi diritti patrimoniali, "l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi ad ogni deformazione, mutilazione od altra modificazione, come anche ad ogni altro atto a danno dell'opera stessa, che rechi pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione".

Affinché gli autori di opere protette siano fino a prova contraria ritenuti tali, ed ammessi, di conseguenza, ad agire contro i contraffattori, è sufficiente che il nome dell'autore (o un suo pseudonimo, che non lasci dubbi sull'identità) sia indicato sull'opera (art. 15). L'articolo 16 dispone che ogni opera contraffatta possa essere soggetta a sequestro, nei Paesi dell'Unione nei quali l'opera originale ha diritto alla protezione legale, eseguito in conformità alla legislazione di ciascun Paese.

2.2.2 Convenzione di Ginevra (1952)

In un primo momento, tuttavia, diversi Paesi si trovarono contrari, per diverse ragioni, alle regole di Berna. Nello specifico, l'Unione Sovietica ed alcuni Paesi in via di sviluppo ne criticavano la vocazione tipicamente occidentalistica e sostenevano che simili disposizioni avrebbero giovato solamente a Paesi sviluppati e con alti tassi di esportazione. Gli Stati Uniti osteggiavano la regola dell'articolo 5 che prevedeva la diretta ed immediata applicabilità delle protezioni, contrastante con la legislazione americana che, invece, richiedeva la previa iscrizione delle opere nell'Ufficio del Copyright. Diversi Paesi dell'America Latina, infine, erano già parti di un accordo regionale in tema, la Convenzione di Buenos Aires del 1910.

Simili obiezioni portarono alla firma, nel 1952, a Ginevra, di un altro importante strumento di diritto internazionale pattizio: la *Convenzione Universale sul diritto d'autore*, o *Universal Copyright Convention*. La Convenzione di Ginevra fu concepita come un'alternativa alla Convenzione di Berna e, a differenza di questa, permetteva a Paesi con legislazioni simili a quelle americane di far parte di un accordo internazionale che determinasse uno standard armonizzato sul diritto d'autore. La Convenzione di Ginevra, tra l'altro, includeva una clausola di raccordo con la Convenzione "rivale": le Parti che fossero state anche parti della Convenzione di Berna non dovevano applicare le regole di quest'ultima nei confronti di un ex-Stato Parte che avesse rinunciato a tale Convenzione dopo il 1951. Di conseguenza, ogni Stato che avesse deciso

di rinunciare alle regole di Berna in favore di quelle di Ginevra sarebbe stato penalizzato, poiché avrebbe potuto perdere i suoi diritti d'autore nei confronti degli Stati ancora parti della Convenzione di Berna.

Con l'adesione dei Paesi della Convenzione di Ginevra alla Convenzione di Berna prima, e al TRIPs dell'Organizzazione Mondiale del Commercio poi, la Convenzione Universale ha via via perso aderenze ed importanza.

2.2.3 Convenzione di Roma (1961)

Le regole di Berna riconoscono i diritti degli autori di opere letterarie ed artistiche, ma nulla prevedono in tema di "diritti connessi", probabilmente a causa delle forti opposizioni delle associazioni rappresentative degli autori, i quali temevano ripercussioni negative sui loro introiti. Nell'ambito dei "diritti connessi", il trattato più importante è senz'altro la *Convenzione Internazionale per la Protezione degli Artisti Interpreti, dei Produttori Fonografici e degli Enti Teleradiofonici*, firmata a Roma nel 1961 dai Paesi membri del BIRPI[69]. Attualmente ne fanno parte 93 Paesi[70] ed è amministrata congiuntamente da OMPI, OIL e UNESCO tramite il Segretariato del Comitato Intergovernativo istituito dalla Convenzione (Art. 32).

L'articolo 2 della Convenzione sottopone la protezione offerta dalla

69 Acronimo di *Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* (Riunione degli Uffici Internazionali per la Protezione della Proprietà Intellettuale). Era un'organizzazione internazionale nata nel 1893 dalla fusione dei due Uffici Internazionali istituiti per amministrare rispettivamente la Convenzione di Berna e la Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale. Il BIRPI è il predecessore dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI).

70 *Status: International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations*, in United Nations Treaty database, aggiornato al 3/2/2018. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XIV-3&chapter=14&lang=en

stessa al principio del trattamento nazionale, inteso come "il trattamento previsto dalla legislazione nazionale dello Stato Contraente in cui si chiede la protezione"[71].

Gli Artisti Interpreti ed Esecutori (ex art. 3, lett. (a): attori, cantanti, musicisti, danzatori e ogni altro interprete di opere letterarie o artistiche) sono protetti da determinati atti ai quali non hanno acconsentito, come ad esempio la trasmissione e la comunicazione al pubblico di una performance dal vivo; la registrazione della performance; la riproduzione della registrazione della performance, se la registrazione originale non era stata autorizzata (c.d. *bootleg*) o se era stata autorizzata per scopi diversi (art. 7).

I Produttori di Fonogrammi (ex art. 3, lett. (c): l'individuo o l'ente che, per primo, registra i suoni di una performance o altri suoni) hanno il diritto di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta dei loro fonogrammi. Quando un fonogramma pubblicato a fini commerciali dà luogo ad usi secondari, come la trasmissione o la comunicazione al pubblico in qualsiasi forma, un compenso equo ed unico deve essere versato dall'utente agli Artisti Interpreti, ai Produttori di Fonogrammi o ad entrambi (art. 12). Gli Stati contraenti, tuttavia, sono liberi di non applicare in tutto o in parte questa regola (art. 16, par. 1).

Gli Organismi di Radiodiffusione (ex art. 3, lett. (f): "broadcasting" è la trasmissione via etere, per la ricezione pubblica, di suoni o di immagini e

71 Nello specifico, il trattamento nazionale è riservato: "a) agli Artisti Interpreti che siano cittadini, per quanto riguarda le esibizioni in atto, trasmesse o registrate per la prima volta sul suo territorio; b) ai Produttori di Fonogrammi che siano cittadini, per quanto riguarda i fonogrammi registrati o pubblicati per la prima volta sul suo territorio; c) agli Organismi di Radiodiffusione aventi la propria sede principale sul suo territorio, per quanto riguarda le trasmissioni diffuse da trasmettitori situati sul suo territorio."

suoni) hanno il diritto di autorizzare o vietare determinati atti, in particolare la ritrasmissione delle loro trasmissioni; la registrazione delle loro trasmissioni; la riproduzione di tali registrazioni; la comunicazione al pubblico delle loro trasmissioni, se tale comunicazione avviene in luoghi accessibili al pubblico dietro pagamento di una quota di ingresso (art. 13).

L'articolo 15 permette limitazioni ed eccezioni ai diritti sopra citati nelle legislazioni nazionali per quanto concerne l'uso privato, l'uso di brevi estratti in relazione al reportage di eventi attuali, la registrazione temporanea da parte di un organismo di radiodiffusione tramite proprie strutture e per le proprie trasmissioni, l'uso ai soli fini di insegnamento o ricerca scientifica ed in tutti gli altri casi in cui il diritto nazionale preveda eccezioni al diritto d'autore delle opere letterarie e artistiche. Inoltre, una volta che un Artista Interprete abbia acconsentito all'incorporazione di una sua performance in una ripresa visiva o audiovisiva, le disposizioni sui diritti degli Artisti Interpreti non hanno più applicazione.

In merito alla durata, l'articolo 14 la protezione di tali diritti non può essere inferiore a venti anni, calcolati dalla fine dell'anno in cui:

- è stata effettuata la registrazione, per i fonogrammi e per le performance in essi incorporate;
- la performance è avvenuta, per le performance non incorporate in fonogrammi;
- la trasmissione ha avuto luogo.

Infine, per la risoluzione delle controversie interstatuali sull'interpretazione o applicazione della Convenzione, è previsto il previo

esperimento delle vie negoziali ed amichevoli. In caso di fallimento, la controversia può essere deferita, su richiesta di Parte, alla Corte Internazionale di Giustizia, salvo diverso accordo delle Parti (art. 30).

2.2.4 Accordo TRIPs (1995)

In seno alla neonata Organizzazione Mondiale del Commercio[72], al termine del c.d. *Uruguay Round* del 1994, fu adottato l'Accordo sugli Aspetti della Proprietà Intellettuale Relativi al Commercio (*Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, o TRIPs). Tale accordo, di cui sono parti tutti gli Stati membri dell'OMC, stabilisce gli standard minimi per le legislazioni nazionali di molti aspetti della proprietà intellettuale. L'accordo TRIPs ha efficacemente introdotto, per la prima volta, il diritto della proprietà intellettuale nei sistemi del commercio intenazionale e resta, ad oggi, il più ampio accordo internazionale in materia di proprietà intellettuale.

La Convenzione di Berna non prevedeva alcuno strumento per l'*enforcement* delle sue disposizioni, né meccanismi per l'accertamento formale delle inottemperanze alla stessa. Le regole dell'Accordo TRIPs, invece, in quanto parti della costellazione OMC, possono essere fatte valere attraverso l'elaborato sistema di risoluzione delle controversie che molte volte, nel corso degli anni, ha dimostrato la sua efficacia[73].

72 L'OMC ha come suo predecessore il GATT '47 (*General Agreement on Tariffs and Trades*), trattato multilaterale firmato nel 1947 con lo scopo di promuovere il commercio internazionale attraverso la riduzione o l'abbattimento di barriere commerciali. Restò in vigore sino alla firma degli accordi dell'*Uruguay Round*, che istituirono la *World Trade Organization* (WTO), o Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). I tre c.d. "accordi di Marrakech" del 1994 furono l'*Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio* (GATT), l'*Accordo generale sul commercio dei servizi* (GATS) e gli *Aspetti commerciali dei diritti della proprietà intellettuale* (TRIPs).

73 Il DSU (*Dispute Settlement Understanding*) prevede la creazione di un Organo per la Risoluzione delle

L'Accordo si fonda su due pilastri: il principio del trattamento nazionale e sulla clausola della nazione più favorita. In base al primo (art. 3, par. 1), ogni Membro è tenuto ad accordare ai cittadini degli altri Stati Membri un trattamento non meno favorevole di quello che esso accorda ai propri nazionali, fatte salve deroghe presenti in altri trattati internazionali sul tema. La clausola della nazione più favorita (art. 4) dispone invece che tutti i vantaggi, benefici, privilegi o immunità che uno Stato Membro accorda ai cittadini di un altro Stato Membro, sono immediatamente e senza condizioni estese ai cittadini di tutti gli altri Stati Membri.

Il TRIPs contiene una norma di raccordo con la Convenzione di Berna. L'art. 9, infatti, impone ai Membri di conformarsi agli articoli da 1 a 21 della suddetta Convenzione. Le norme chiave di questa sono quindi riprese ed in alcuni casi ne è ampliato lo spettro di applicazione. Un esempio importante ne è il *three-step test*, che nelle regole di Berna si applicava esclusivamente alle eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione dell'opera. L'Accordo TRIPs riprende tale test ma ne estende l'applicazione alle eccezioni e limitazioni dei diritti esclusivi in generale (art. 13). In merito alla durata della protezione, l'art. 12 stabilisce che nei casi in cui la durata della protezione non sia calcolata sulla base della vita del titolare del diritto, tale durata non può essere inferiore a cinquant'anni dalla fine dell'anno di pubblicazione autorizzata dell'opera.

Controversie (DSB – *Dispute Settlement Body*) chiamato a decidere, inter alia, sui rapporti presentati da appositi *panel* o dall'*Appellate Body*. I procedimenti dinanzi ai *panel* o all'*Organo d'Appello* si caratterizzano per essere "quasi-giudiziali" e si attivano solo ove le risoluzioni amichevoli falliscano.

Se la pubblicazione non è avvenuta entro cinquant'anni dalla realizzazione dell'opera, la durata della protezione non può essere inferiore a cinquant'anni dalla fine dell'anno in cui l'opera è stata realizzata.

L'adesione alla Convenzione di Roma sui diritti connessi non è tuttavia richiesta. L'articolo 14 prevede ciò nonostante disposizioni simili. Gli artisti interpreti ed esecutori hanno il diritto di impedire la prima fissazione della loro performance, la riproduzione della registrazione, la radiodiffusione e la comunicazione al pubblico della loro performance dal vivo (par. 1). I produttori di fonogrammi hanno il diritto di autorizzare o vietare la riproduzione delle loro incisioni (par. 2). Gli organismi di radiodiffusione hanno il diritto di vietare la registrazione, la riproduzione, la ritrasmissione e la comunicazione al pubblico delle loro trasmissioni. Se i Membri non accordano tali diritti agli organismi di radiodiffusione, danno ai titolari del diritto d'autore sull'oggetto delle emissioni la possibilità di impedire le azioni suddette, fatte salve le disposizioni della Convenzione di Berna (par. 3). La durata della protezione per gli artisti interpreti o esecutori e per i produttori di fonogrammi si estende almeno fino alla fine di un periodo di cinquant'anni computati dalla fine dell'anno in cui e stata fatta la fissazione o ha avuto luogo l'esecuzione. La durata della protezione per gli organismi di radiodiffusione, invece, si estende per almeno venti anni dalla fine dell'anno in cui la trasmissione ha avuto luogo (par. 5). Condizioni, limitazioni, deroghe e riserve alle disposizioni sulla durata

della protezione possono essere previste dai Membri, ma solo entro i limiti di quanto disposto dalla Convenzione di Roma (par. 6).

L'Accordo TRIPs regola inoltre altre aree del diritto della proprietà intellettuale: i programmi per elaboratore (assimilati alle opere letterarie, così come nelle regole di Berna), le banche dati, i marchi, le indicazioni geografiche, i disegni industriali, i brevetti, le topografie di prodotti a semiconduttori, le informazioni segrete ed il controllo delle pratiche anticoncorrenziali nel campo delle licenze contrattuali. Tuttavia, il TRIPs non prevede diritti o obblighi relativamente ai diritti morali che invece la Convenzione di Berna riconosce all'art. 6*Bis*.

2.2.5 Trattati WIPO (1996)

Due importanti trattati furono firmati nel 1996 in seno alla World Intellectual Property Organization (WIPO), in italiano Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI)[74].

Il Trattato sul diritto d'autore (*WIPO Copyright Treaty* o WTC), fu adottato per permettere di effettuare un indiretto aggiornamento della Convenzione di Berna. L'aggiornamento diretto di questa si era infatti reso impossibile a causa dei contrasti tra Paesi in via di sviluppo e grandi potenze industriali. Inoltre, la stipula dell'accordo TRIPs in seno alla WTO rappresentava una minaccia per la WIPO, esautorata nei suoi ruoli di armonizzazione del diritto della proprietà intellettuale ed intenzionata

74 La WIPO è una delle 17 agenzie specializzate delle Nazioni Unite, creata nel 1967 "per incoraggiare l'attività creativa e per promuovere la protezione della proprietà intellettuale in tutto il mondo". Attualmente la WIPO amministra 26 trattati internazionali e ne fanno parte 191 Stati membri.

ad offrire standard minimi di protezione più elevati di quelli del TRIPs[75].

Il WCT è entrato in vigore nel 2002 e conta 96 Parti contraenti[76]. Il Preambolo dichiara che il Trattato mira a risolvere le questioni attinenti ai recenti sviluppi economici, sociali, culturali e tecnologici, assicurando "un equilibrio fra i diritti degli autori e un superiore pubblico interese, in particolare in materia di istruzione, ricerca e accesso all'informazione". Il WCT viene definito, all'articolo 1, come un accordo speciale, ai sensi della Convenzione di Berna, che si occupa della protezione delle opere e dei diritti dei loro autori nell'ambiente digitale. Le Parti del Trattato, pur non essendo parti della Convenzione di Berna, sono tenute a rispettare le disposizioni sostanziali (gli articoli da 1 a 21) di tale Convenzione nel suo ultimo aggiornamento (Parigi 1971), senza prevedere alcuna eccezione o limitazione ai diritti morali (a differenza del TRIPs). Oltretutto, il WCT fa menzione di due materie che devono godere della protezione del copyright: i programmi per elaboratore, qualunque sia la modalità o la forma della loro espressione; e le compilazioni di dati o di altro materiale ("*database*") in qualsiasi forma che, in ragione della selezione o della disposizione dei loro contenuti, costituiscano creazioni intellettuali.

In merito ai diritti degli autori, insieme a quelli riconosciuti dalle norme di Berna, il Trattato garantisce il diritto di distribuzione, il diritto di noleggio e un diritto di comunicazione al pubblico più ampio[77].

75 C. Seville, *EU Intellectual Property Law and Policy*, op.cit., p. 19
76 *WIPO-Administered Treaties: Contracting Parties > WIPO Copyright Treaty*
Cfr. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16
77 La Dichiarazione Concordata che accompagna il WCT chiarisce che il diritto d'autore e le relative eccezioni si applicano anche all'ambiente digitale e, in particolare, alla utilizzazione dell'opera in formato digitale. Si precisa altresì che "il caricamento su supporto elettronico di un'opera protetta in formato digitale costituisce riproduzione".

Il diritto di distribuzione (art. 6) è il diritto di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e delle copie di un'opera tramite la vendita o altro trasferimento di proprietà. Il Trattato fa riferimento esclusivamente alla distribuzione di copie fissate su di un supporto materiale, le quali "possono essere messe in commercio come oggetti tangibili".

Il diritto di noleggio (art. 7) è il diritto di autorizzare il noleggio commerciale al pubblico dell'originale o delle copie di tre tipi di opere: i programmi per elaboratore (tranne ove il programma informatico stesso non sia l'oggetto essenziale del noleggio); le opere cinematografiche (solo nei casi in cui il noleggio commerciale abbia portato a copie diffuse di tali opere, compromettendo materialmente il diritto esclusivo di riproduzione); e le opere incorporate in fonogrammi, secondo quanto stabilito nel diritto nazionale delle Parti contraenti.

Il diritto di comunicazione al pubblico (art. 8) è il diritto di autorizzare qualsivoglia comunicazione al pubblico, via cavo o *wireless*, tra cui "la messa a disposizione del pubblico delle opere, in modo che i membri del pubblico possano accedere all'opera da un luogo ed in un momento scelto da loro individualmente". Questa espressione è stata definita "umbrella solution" per la sua capacità di fornire una protezione particolarmente ampia. Essa copre, in particolare, la comunicazione interattiva *on demand* attraverso Internet.

In merito a limitazioni ed eccezioni, l'art. 10 incorpora il *three-step test* dell'articolo 9 della Convenzione di Berna, estendendone l'applicazione a

tutti i diritti. La Dichiarazione Concordata allegata al Trattato prevede che tali limitazioni ed eccezioni, come stabilito nella legislazione nazionale in conformità con la Convenzione di Berna, possano essere estese all'ambiente digitale, per il quale gli Stati Contraenti possono escogitare appropriate limitazioni ed eccezioni. La creazione di nuove deroghe, o l'estensione di quelle già esistenti, è consentita solo se vengano soddisfatte le condizioni del *three-step test*.

Per quanto concerne la durata, il termine di protezione deve essere almeno di cinquant'anni per qualsivoglia tipo di lavoro. Si osservi che a tale durata è sottoposta anche la protezione delle fotografie (art. 9), che invece nella Convenzione di Berna era di venticinque anni.

Le norme in materia di *enforcement* si rivelano meno specifiche di quelle dell'Accordo TRIPs. L'articolo 11, infatti, obbliga le Parti Contraenti a fornire rimedi giuridici contro l'elusione di misure tecnologiche di protezione (ad esempio, la crittografia o i codici di attivazione dei programmi per PC) e contro la rimozione o la modifica delle c.d. *informazioni sulla gestione dei diritti*, come ad esempio determinati dati, che identificano le opere o i loro autori, necessari per la gestione dei loro diritti (ad esempio, la concessione di licenze o la riscossione e distribuzione delle *royalties*). Il Trattato obbliga ciascuna Parte Contraente ad adottare, conformemente al suo ordinamento giuridico, le misure necessarie per garantire l'applicazione del Trattato. In particolare, ciascuna parte contraente deve garantire che le procedure di esecuzione siano disponibili in base alla propria legislazione, in modo da consentire

un'azione efficace contro qualsiasi atto di violazione dei diritti contemplati nel Trattato (art. 14). Tale azione deve includere rimedi rapidi per la prevenzione delle violazioni, e rimedi che costituiscano un deterrente per ulteriori violazioni.

Il Trattato sulle interpretazioni, le esecuzioni ed i fonogrammi (*WIPO Performances and Phonograms Treaty* o WPPT) è entrato in vigore nel 2002 e conta 96 Parti Contraenti[78]. Il Trattato fu emanato in risposta alla crescente distribuzione sul mercato di materiale protetto da copyright in formato digitale. Nel Preambolo è espresso il desiderio di proteggere i diritti di interpreti, esecutori e produttori di fonogrammi nel modo più efficace e in considerazione dell'impatto che "lo sviluppo e la convergenza delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione" esercitano sul mercato.

Come si può ben comprendere, il Trattato è concepito come un supplemento alla Convenzione di Roma. Come in quest'ultima, le sue regole si applicano agli "artisti interpreti ed esecutori" ed ai "produttori di fonogrammi", dei quali il WPPT puntualizza le definizioni. Sono tuttavia esclusi dall'ambito soggettivo di applicazione gli organismi di radiodiffusione.

Per quanto riguarda gli artisti interpreti, il Trattato conferisce agli esecutori diritti economici per le loro prestazioni fissate in fonogrammi (artt. 7-10). I diritti loro concessi sono il diritto di riproduzione, il diritto di distribuzione, il diritto di noleggio ed il diritto di messa a disposizione.

78 *WIPO-Administered Treaties: Contracting Parties > WIPO Performances and Phonograms Treaty* Cfr. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20

Il diritto di riproduzione è il diritto di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta del fonogramma in qualsiasi modo o forma. Il diritto di distribuzione è il diritto di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e le copie del fonogramma attraverso la vendita o altro trasferimento di proprietà. Il diritto di noleggio è il diritto di autorizzare il noleggio commerciale al pubblico dell'originale e le copie del fonogramma, come stabilito dalla legge nazionale delle parti contraenti. Il diritto di messa a disposizione è il diritto di autorizzare la messa a disposizione del pubblico, via cavo o *wireless*, di qualsiasi prestazione fissata su un fonogramma, in modo tale che i membri del pubblico possano accedere alle prestazioni fisse da un luogo e un tempo scelto da loro individualmente. Questo diritto copre, in particolare, la messa a disposizione interattiva e *on demand* attraverso Internet.

In merito alle performance dal vivo non fissate (art. 6), gli artisti interpreti godono del diritto di trasmissione (tranne in caso di ritrasmissione); del diritto di comunicazione al pubblico (tranne ove la prestazione sia trasmessa); del diritto di fissazione della performance.

L'articolo 5, peraltro, riconosce agli artisti i diritti morali, ovverosia il diritto di rivendicare "di essere identificati come esecutori" e il diritto di opporsi a qualsiasi distorsione, mutilazione o altra modifica che possa recare pregiudizio alla reputazione dell'interprete o dell'esecutore.

Ai produttori di fonogrammi sono conferiti (artt. 11-14) il diritto di riproduzione, il diritto di distribuzione, il diritto di noleggio e il diritto di messa a disposizione. Il diritto di riproduzione è il diritto di autorizzare

la riproduzione diretta o indiretta del fonogramma in qualsiasi modo o forma. Il diritto di distribuzione è il diritto di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e le copie del fonogramma attraverso la vendita o altro trasferimento di proprietà. Il diritto di noleggio è il diritto di autorizzare il noleggio commerciale al pubblico dell'originale e le copie del fonogramma, come stabilito dalla legge nazionale delle parti contraenti. Il diritto messa a disposizione è il diritto di autorizzare la messa a disposizione del pubblico, via cavo o *wireless*, di un fonogramma in modo tale che i membri del pubblico possano accedere al fonogramma da un luogo e in un momento scelti da loro individualmente. Questo diritto copre, in particolare, la messa a disposizione interattiva e *on demand* su Internet.

L'articolo 15 poi prevede che gli artisti interpreti o esecutori e i produttori di fonogrammi abbiano diritto a un equo ed unico compenso per l'uso diretto o indiretto di fonogrammi, pubblicati a fini commerciali, di radiodiffusione o di comunicazione al pubblico. Tuttavia, ogni parte contraente può limitare o - a condizione di formulare una riserva al trattato - negare questo diritto. Nel caso e nella misura in cui una parte contraente pone una riserva, le altre parti contraenti possono negare, nei confronti della parte contraente che ha prenotato, il trattamento nazionale ("reciprocità"). In tal senso, le eccezioni e le limitazioni a tutti diritti ivi contemplati sono soggette al *three-step test* (art. 16) che, di nuovo, una Dichiarazione Concordata estende all'ambiente digitale.

Il termine di protezione minimo è di cinquant'anni dalla fine dell'anno

di pubblicazione del fonogramma o, se non pubblicato, dalla fine dell'anno di fissazione (art. 17).

Riguardo l'*enforcement*, infine, il Trattato obbliga ciascuna parte contraente ad adottare, conformemente al suo ordinamento giuridico, le misure necessarie per garantire l'applicazione dello stesso. In particolare, ciascuna parte contraente deve garantire che le procedure di esecuzione siano disponibili in base alla propria legislazione, in modo da consentire un'azione efficace contro qualsiasi atto di violazione dei diritti contemplati dal Trattato. Tale azione deve includere rimedi rapidi per prevenire le violazioni, e rimedi che costituiscano un deterrente per ulteriori violazioni.

2.2.6 ACTA (2011)

La proliferazione di merci contraffatte e piratate nel commercio internazionale pone una minaccia sempre crescente allo sviluppo sostenibile dell'economia mondiale. Competenza, innovazione, qualità e creatività sono i principali fattori di successo nelle economie basate sulla conoscenza. Un'adeguata protezione e applicazione dei diritti di proprietà intellettuale è una condizione chiave per alimentare questi fattori. Nel 2006, il Giappone e gli Stati Uniti lanciarono l'idea di un nuovo trattato multilaterale per contribuire alla lotta alla contraffazione e alla pirateria, l'Accordo Commerciale Anticontraffazione (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* o ACTA). L'iniziativa mira a stabilire standard internazionali per l'applicazione dei diritti della proprietà

intellettuale tramite il rafforzamento della cooperazione internazionale e lo sviluppo di pratiche che consentano l'applicazione effettiva dei diritti di proprietà intellettuale. L'Accordo prevede una disciplina di raccordo con l'Accordo TRIPs, e la creazione di un nuovo organo direttivo, al di fuori dei forum storici sul tema (WTO, WIPO e ONU).

Nonostante la firma di otto Paesi nel 2011, e di altri ventitrè nell'anno successivo, l'accordo necessita delle ratifiche di almeno sei Stati, ad oggi ancora mancanti. Il motivo di tale sfiducia nello strumento risiede forse nelle forti influenze di *non-state actors* e particolarmente dell'opinione pubblica. Diverse ONG criticarono l'ACTA perché le sue disposizioni avrebbero potuto violare diritti fondamentali quali la libertà di espressione e la *privacy*. Medici Senza Frontiere ha inoltre evidenziato come un regime così rigido possa portare alla compromissione dell'accesso ai farmaci nei Paesi meno sviluppati[79]. Fu inoltre pesantemente criticata la natura segreta delle negoziazioni dell'Accordo, che avevano escluso le ONG, i Paesi in via di sviluppo e i *non-state actors* in generale. Tale pratica fu definita da parte dei critici come una forma di "riciclaggio" di politica. La firma dell'Unione Europea e della maggior parte dei suoi Stati Membri portò a diffuse proteste in Europa. L'eurodeputato scozzese David Martin si espresse prima della decisione sulla ratifica dell'Accordo, riconoscendo i benefici previsti nell'accordo, ma al contempo ritenendoli non sufficienti a giustificare le potenziali

79 Medecins Sans Frontieres, *A Blank Cheque for Abuse: The Anti-Counterfeiting Trade Agreeement and its Impact on Access to Medicines*, documento informativo, Febbraio 2012. Cfr. https://www.msfaccess.org/sites/default/files/MSF_assets/Access/Docs/Access_Briefing_ACTABlankCheque_ENG_2012.pdf

minacce alle libertà civili[80]. Nel luglio del 2012 il Parlamento Europeo rifiutò il suo consenso alla ratifica, respingendo efficacemente l'Accordo. L'unico Paese ad aver ratificato l'Accordo fino ad ora è il Giappone.

2.2.7 Marrakesh VIP Treaty (2013)

Un ultimo cenno sulle esperienze di diritto internazionale convenzionale va fatto al Trattato di Marrakech per facilitare l'accesso ai testi pubblicati alle persone cieche, con incapacità visive o con altre difficoltà ad accedere al testo stampato (*Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled*), firmato nella città marocchina nel 2013, su impulso della WIPO.

Il documento prevede la possibilità di eccezioni al diritto d'autore al fine di facilitare la creazione di versioni accessibili di libri e di altre opere protette da copyright per persone ipovedenti. Il Trattato pone l'obbligo, per i Paesi che lo ratificano, di prevedere un'eccezione al copyright nazionale che copra queste attività e che consente l'importazione e l'esportazione di tali materiali.

Il Trattato è entrato in vigore nel Settembre 2016 e conta 33 Parti. Tra queste, tuttavia, non risultano né gli Stati Uniti, né l'Unione Europea o i suoi Stati Parti[81].

80 *David Martin on ACTA: law negotiated in secret is usually bad law*, su European Parliament News, del 2/7/2012. cfr. http://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/world/20120618STO47110/david-martin-on-acta-law-negotiated-in-secret-is-usually-bad-law

81 Nell'UE, sono sorte divergenze sull'attribuzione della competenza in merito alla ratifica del Trattato. L'Unione propende per una sua competenza esclusiva, 7 Stati membri sostengono, invece, la competenza concorrente.
Cfr.http://notes9.senato.it/web/docuorc2004.nsf/b02bc7eed0eda6e2c12576ab0041cf0c/7156da9bc21abc0ec1257c4e00653eb5/$FILE/08305_add01_14_it.pdf

2.3. Stati Uniti d'America

2.3.1 Dal periodo coloniale alla Costituzione

Come accennato all'inizio del capitolo, lo Statute of Anne britannico estendeva la sua efficacia alle colonie in Nord America. Tuttavia, l'economia delle colonie era in larga parte agricola e le produzioni letterarie erano scarse. La mancanza di un vero e proprio mercato di queste rendeva lo Statuto, di fatto, inattuato.

Nel 1783, alcune petizioni di autori rivolte al Congresso continentale iniziarono a domandare un'effettiva regolamentazione di tali settori produttivi e sostenevano che "nulla è più propriamente di un uomo che il frutto del suo studio" e che "la protezione e la sicurezza della proprietà letteraria tenderebbero ad incoraggiare il genio e a promuovere scoperte utili". Pur non essendoci, negli *Articles of Confederation*, una disposizione che lo abilitasse all'isituzione di un corpus normativo accentrato sul copyright, il Congresso approvò una risoluzione che incoraggiava gli Stati a "garantire agli autori o agli editori di qualsiasi nuovo libro non ancora stampato [...] il diritto di copia di tali libri per un certo periodo di tempo non inferiore a quattordici anni dalla prima pubblicazione; detti autori, se sopravviveranno al termine sopra menzionato, [potranno beneficiare del] diritto di copia di tali libri per un altro periodo di tempo non inferiore a quattordici anni."[82]. Prima di tale risoluzione del Congresso, solo tre Stati avevano legiferato sulla materia. Tre anni più

82 P. K. Yu – *Intellectual Property and Information Wealth*, Harcourt Education, 2006, pag. 142

tardi, tutti gli Stati della Confederazione, eccezion fatta per il Delaware, approvarono statuti che garantivano la doppia protezione di quattordici anni, oppure singole protezioni di quattordici, venti e ventuno anni.

Nel corso della *Constitutional Convention*, le lunghe discussioni su quali sarebbero dovuti essere i c.d. *enumerated powers* del Congresso (i poteri espressamente sanciti dalla Costituzione), vennero portate avanti alcune proposte in tema di proprietà intellettuale. Tra i promotori di queste vi era James Madison, importante statista, padre costituente e, successivamente, quarto Presidente degli Stati Uniti. Madison proponeva che la Costituzione delegasse al Congresso il potere di assicurare agli autori di opere letterarie i loro copyright per un tempo limitato, o, in alternativa, il potere di sviluppare un sistema di norme e concessioni che potesse incoraggiare l'avanzamento del sapere utile e delle scoperte. Queste proposte si tradussero nella c.d. *Copyright Clause* nella Costituzione americana. L'Articolo 1, Sezione 8, Clausola 8 della Costituzione degli Stati Uniti recita:

«Il Congresso avrà il Potere [...] di promuovere il Progresso delle Scienze e delle Arti utili, assicurando per Tempi limitati ad Autori ed Inventori il Diritto esclusivo ai loro rispettivi Scritti e Scoperte».

La clausola è dunque intesa a garantire al Congresso il potere di emanare leggi sulla proprietà intellettuale e costituisce la base sia per la legge federale sul copyright (*Copyright law*), sia per la legge federale sui

brevetti (*Patent law*). L'unica condizione imposta dalla Carta fondamentale a tali diritti consiste nella necessaria previsione di un termine di durata della protezione. È interessante notare come Thomas Jefferson, in una lettera a Madison, proponesse di stabilire una specifica durata del copyright, da incorporare nel *Bill of Rights*. L'articolo proposto da Jefferson così recitava:

«Art. 9. Monopoli saranno concessi alle persone per le loro produzioni in letteratura e per le loro invenzioni nelle arti per un termine non eccedente – anni, ma non per un termine più lungo e per nessun altro scopo.»[83]

La proposta di Jefferson non fu seguita, ma se egli fosse riuscito ad introdurre tale soglia temporale (soglia che, sulla base degli standard statali del tempo, avrebbe probabilmente ammontato a 14 o 21 anni), avrebbe introdotto nella Legge Fondamentale una chiara qualificazione di copyright e brevetti come "monopoli" e, soprattutto, avrebbe posto un divieto costituzionale alle successive legislazioni in materia che ad oggi estendono il termine di protezione a più di 100 anni.

2.3.2 Copyright Act del 1790

Il primo atto federale sul copyright risale al 1790, approvato dal Secondo Congresso degli Stati Uniti e firmato dal Presidente George Washington. Il Copyright Act del 1790 aveva come scopo primario

83 S. Kinsella – *Thomas Jefferson's Proposal to Limit the Length of Patent and Copyright in the Bill of Rights*, su The Libertarian Standard, 11/12/2011.

"l'incoraggiamento dell'apprendimento", attraverso il conferimento agli autori dell' "unico diritto e libertà di stampare, ristampare, pubblicare e vendere" copie delle loro "mappe, grafici e libri". La durata di tale diritto era di quattordici anni, con il diritto di rinnovo per un ulteriore periodo di quattordici anni ove il titolare del copyright fosse ancora in vita.

L'Atto non prevedeva la titolarità di tali diritti per le opere visive (incluse solo nel 1870) né per le composizioni musicali (incluse nel 1831). Queste ultime, tuttavia, erano regolarmente registrate come "libri"[84].

Le disposizioni di questa legge riprendono in larga parte quelle dello Statuto di Anna britannico. Per ricevere la protezione, l'opera deve essere previamente registrata e depositata nei designato registro ufficiale, la Biblioteca del Congresso. In caso contrario, l'opera entrava immediatamente a far parte del pubblico dominio. Tali disposizioni si applicavano esclusivamente ai cittadini degli Stati Uniti. Opere ed autori non statunitensi dovranno attendere l'*International Copyright Act* del 1891 per vedere i loro diritti riconosciuti dalla legge federale.

2.3.3 Riforme del XIX secolo

Nel 1819 fu concessa alle corti federali *original jurisdiction* sui casi di copyright e brevetti. Conferendo alle corti distrettuali la giurisdizione originale (ma non esclusiva) su tali controversie, si pose fine all'anomalia per cui i casi federali potevano essere portati dinanzi alle corti federali solo nei casi in cui le parti in lite avessero cittadinanza di Stati diversi

84 W. F. Patry – *Copyright Law and Practice*, Bureau of National Affairs, 2000, Chapter 1 – Introduction – The First Copyright Act. Cfr. http://digital-law-online.info/patry/patry5.html

della Federazione, mentre ogni altro caso federale doveva essere presentato dinanzi alle corti statali. L'emendamento in questione permise espressamente che le azioni per violazione di copyright potessero essere presentate alle corti di *equity* e conferì alle *circuit courts* il potere di concedere decreti ingiuntivi per prevenire le violazioni.

I principali cambiamenti dell'Ottocento furono apportati dal Copyright Act 1831. Tale revisione prevedeva: la protezione espressa per le composizioni musicali (ma senza un diritto legato alla performance) e per tutti i tipi di tagli e incisioni; l'estensione della durata originale del copyright a ventotto anni (ancora misurata dalla data di deposito del titolo nel tribunale distrettuale); la limitazione del termine di rinnovo di 14 anni all'autore o alla sua vedova e/o ai figli (e l'onere di chiedere il rinnovo gravante su questi, ove l'autore fosse deceduto durante il primo termine); l'estensione, da uno a due anni, del termine entro cui proporre azioni per danni; e l'eliminazione del requisito in forza del quale un avviso di rivendicazione di copyright sia pubblicato su un giornale. La forma di notifica richiesta per le copie fu semplificata, ma allo stesso tempo l'Atto chiariva che l'apposizione della notifica su tutte le copie era una condizione necessaria per la protezione. Le copie da depositare dovevano essere consegnate alla cancelleria del tribunale distrettuale entro tre mesi dalla pubblicazione. La cancelleria era tenuta a trasmettere le copie, insieme ai duplicati certificati degli atti, al Segretario di Stato almeno una volta l'anno.

Nel 1856 fu finalmente concesso il diritto alla performance pubblica, sebbene limitato a composizioni drammatiche, ma saggiamente comprendeva sia le prestazioni retribuite, sia quelle *not-for-profit*. Le violazioni del diritto dovevano essere quantificate per una somma non inferiore a cento dollari per la prima, e cinquanta dollari per ogni successiva esecuzione, secondo quanto la corte che avrà cognizione del caso riterrà opportuno. Si tratta della prima disposizione sui danni legali minimi nella legislazione sul copyright federale.

La seconda revisione generale della legge, risalente al 1870, si rivelò portatrice di tragiche conseguenze. In primo luogo, nonostante le obiezioni di autori ed editori, tutte le responsabilità per l'amministrazione delle questioni relative al copyright furono trasferite e centralizzate nella Biblioteca del Congresso, nella quale fu istituito un piccolo "Dipartimento del copyright" per facilitare la catalogazione. Centralizzare l'amministrazione dei copyright nella Biblioteca del Congresso ebbe l'effetto di aumentare drasticamente il numero delle registrazioni, che in meno di sei mesi aumentarono di circa cinquemila[85]. In secondo luogo, la portata delle opere protette e dei diritti accordati alle opere protette fu notevolmente ampliata. Dipinti, disegni, cromolitografi, statue e statuari e "modelli o disegni destinati a essere perfezionati come opere d'arte" furono protetti per la prima volta. I danni per violazione di questi lavori furono fissati a dieci dollari per copia. Allo stesso tempo, venne previsto un diritto di traduzione ed un diritto di drammatizzazione fu esteso a

85 *Annual Report of the Librarian of Congress Exhibiting the Progress of the Library during the Year ending December 1, 1870*, Washington Government Printing Office, 1971, pag. 4
Cfr. https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015036836974;view=1up;seq=32

tutte le opere. Il godimento di tali diritti era sottoposto al deposito di due copie nel termine perentorio di dieci giorni dalla pubblicazione dell'opera. Il rispetto del requisito della notifica fu trasformato da un requisito della protezione sostanziale ad una condizione per il mantenimento dell'azione processuale a tutela del copyright.

Altre importanti riforme furono l'Atto del 1873, che assicurò finalmente alle corti federali giurisdizione esclusiva sui casi di copyright, e l'*International Copyright Act* del 1891. Ai sensi di questa legge, la protezione fu concessa agli autori stranieri, ma a condizione di reciprocità e a condizione che l'autore straniero rispettasse tutte le formalità applicabili alle opere degli autori degli Stati Uniti (ad esempio, avviso e deposito). Un'ulteriore disposizione, nota come "*manufacturing clause*" (clausola di fabbricazione), subordinava la protezione delle opere straniere alla condizione che fossero stampate da composizioni tipografiche "entro i limiti degli Stati Uniti", oppure "da lastre ivi prodotte, o da negativi, o disegni su pietra realizzati entro i limiti degli Stati Uniti o trasferiti da questi". Quest'ultima condizione, che pare quasi un ritorno al monopolio della Stationers Company, fu in seguito modificata, ma infelicemente rimase nel Copyright Act fino al 1986.

2.3.4 Copyright Act del 1909

Il Copyright Act del 1909 è stato uno dei più importanti momenti di riforma nella legge sul copyright americana. Nonostante sia stato abrogato dall'Act del 1976, rimane efficace per le opere protette create

prima dell'entrata in vigore di quest'ultima legge. Il 4 marzo 1909, il presidente Theodore Roosevelt, nel suo ultimo giorno in carica, firmò il disegno di legge. L'Atto entrò in vigore il 1 luglio 1909.

Nel redigere la legge del 1909, si fece attenzione ad utilizzare, nel testo, termini e frasi che erano già stati oggetto di ricostruzione giudiziale. Nella sua forma definitiva, l'atto risultò una misura di compromesso, un insieme di diverse proposte che incarnano punti di vista ed interessi diversificati. Ciò comportò una mancanza di chiarezza e coerenza in alcune sezioni, con le dovute ripercussioni sull'amministrazione della legge. Ad ogni modo, la legge del 1909 presenta alcuni importanti migliorie:

- la lista delle opere protette fu significativamente espansa e venne utilizzata una clausola collettiva che sancisce la volontà del Congresso di proteggere "tutti gli scritti" di un autore;
- libri in lingua straniera e fotografie di origine straniera furono esentati dalla clausola di fabbricazione;
- il termine di rinnovo della protezione, che fino ad allora consentiva una proroga di quattordici anni al termine originario di ventotto, venne raddoppiato, portando così la durata massima della protezione ad un totale di cinquantasei anni;
- il certificato di registrazione venne considerato una prova *prima facie* dei fatti registrati;
- le azioni secondo la legge e le azioni secondo *equity* furono unificate in un procedimento unico.

Ai sensi della Sezione 1(e) della Legge, ai titolari del copyright fu concesso il diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione delle loro opere con mezzi meccanici. Tuttavia, dopo l'iniziale registrazione autorizzata del lavoro, qualsiasi l'altra persona era autorizzata a fare un "uso simile" dell'opera protetta dietro pagamento al titolare di una royalty di due centesimi "su ogni parte prodotta". Inoltre, riprendendo la sentenza della Corte Suprema del 1908 nel caso *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, la sezione 41 della Legge codificò la dottrina c.d. della "prima vendita" o dell' "esaurimento", secondo la quale una copia legalmente ottenuta può essere trasferita senza il consenso del proprietario del copyright.

Sotto diversi aspetti, però, la legge del 1909 non ha apportato sostanziali miglioramenti rispetto alle precedenti. Le formalità di notifica, deposito e registrazione, nonché la clausola di fabbricazione per libri in lingua inglese, periodici, fotoincisioni, litografie e la maggior parte delle illustrazioni incorporate nei libri, erano mantenuti e resi ancora più onerosi. Inoltre, escludendo la protezione federale per opere inedite ad eccezione di quelle progettate per mostre, performance o consegna orale, la legge ha fatto un passo indietro che non è stato rettificato fino alla revisione generale del 1976.

La legge fu deludente anche in termini di relazioni internazionali. Richiedendo agli autori stranieri di rispettare i requisiti di avviso e deposito e (in alcune circostanze) la clausola di fabbricazione, l'adesione alla Convenzione di Berna venne resa impossibile. In sostanza, la Legge del 1909 ha continuato la spiacevole tendenza americana di mantenere le

formalità inglesi del primo Settecento, molto tempo dopo che gli inglesi si erano spostati su un approccio più continentale. Così facendo, gli Stati Uniti si sono deliberatamente lasciati al di fuori della comunità internazionale del diritto d'autore per quasi 50 anni. Solo l'anno prima del duecentesimo anniversario del Copyright Act gli USA – anche se solo in parte – abbandonarono l'antiquato approccio.

2.3.5 Copyright Act del 1976

Numerosi sforzi furono fatti, nel periodo 1924 – 1940, per rivedere la legge del 1909 allo scopo di consentire l'adesione degli USA alla Convenzione di Berna. Dopo la guerra, gli Stati Uniti parteciparono allo sviluppo della *Universal Copyright Convention* di Ginevra, a cui aderirono nel 1955. Un ampio progetto di riesame fu autorizzato dal Congresso nello stesso anno. Sotto questa autorizzazione, l'Ufficio del copyright preparò 35 studi legali e fattuali sui principali problemi sostanziali inerenti a una revisione generale, che culminarono in un rapporto del 1961 al Congresso. Un progetto di legge fu introdotto alla Camera e al Senato già nel 1964, ma fu rivisto ed emendato molteplici volte prima di essere approvato. La versione definitiva fu promulgata, come Titolo 17 dello United States Code, nell'Ottobre del 1976 con la firma del Presidente Gerald Ford. Il Copyright Act del 1976, con i suoi successivi emendamenti, rappresenta il fulcro della legislazione americana sul copyright. In esso vi si trova la regolamentazione dei diritti principali dei titolari di copyright, ma anche la codificazione della dottrina del *fair use* e

l'adozione (nella maggior parte dei casi) di un termine unico per il computo delle durate della protezione.

In merito al suo contenuto, la Legge del '76 abroga tutte le disposizioni degli Acts precedenti che contrastino con la sua lettera. Il titolo 17 U.S.C. consta di 8 Capitoli, a loro volta suddivisi in Sezioni. Il primo Capitolo individua oggetto e scopo del copyright; il secondo Capitolo si occupa di titolarità del diritto e suo trasferimento; il terzo Capitolo regola la durata del diritto; il quarto Capitolo disciplina la notifica, il deposito e la registrazione; il quinto Capitolo attiene alle violazioni e ai rimedi; il sesto Capitolo prevede i requisiti di produzione ed importazione; il settimo Capitolo si occupa del *Copyright Office*; l'ottavo Capitolo infine disciplina il *Copyright Royalty Tribunal*.

Ai sensi della Sezione 102 dell'Atto, la protezione si estende a "opere d'autore originali fissate su qualsiasi mezzo di espressione tangibile, conosciuto ora o sviluppato successivamente, dal quale possano essere percepiti, riprodotti o altrimenti comunicati, direttamente o con l'ausilio di una macchina o dispositivo". La legge definisce "opere d'autore" le opere letterarie; le composizioni musicali (incluse le parole di accompagnamento); le opere drammatiche (inclusa la musica di accompagnamento); le pantomime e i lavori coreografici; le opere pittoriche, grafiche e scultoree; i film ed altre opere audiovisive; le registrazioni sonore[86]. Al di là delle specifiche categorie, è importante sottolineare come la definizione generale di opere protette si sia enormemente ampliata rispetto alle precedenti legislazioni. Mentre il

86 Nel 1990 fu aggiunta una categoria ulteriore: le opere architettoniche.

Copyright Act del 1909 proteggeva solo le opere che fossero state pubblicate e che avessero affisso l'avviso di copyright, quello del 1976 protegge, in generale, le opere "fissate". La Sezione 102(b), poi, esclude diverse categorie dalla protezione del copyright, richiedendo che "in nessun caso la protezione del copyright per un'opera d'autore originale si estende a idee, procedure, processi, sistemi, metodi operativi, concetti, principi o scoperte, indipendentemente dalla forma in cui sono descritti, spiegati, illustrati o incorporati in tale lavoro".

Ai titolari del copyright sono riconosciuti, dalla Sezione 106, diritti esclusivi:

- il diritto di riprodurre il lavoro in copie e fonoincisioni;
- il diritto di creare opere derivative del lavoro originale;
- il diritto di distribuire copie e fonoincisioni al pubblico attraverso la vendita, la locazione o il noleggio;
- il diritto alla performance pubblica dell'opera;
- il diritto all'esposizione pubblica dell'opera;
- il diritto di performare una registrazione sonora per mezzo di audio digitale (questo diritto è inserito nella modifica del 1995).

La difesa del *fair use* è finalmente codificata nella Sezione 107 della Legge. Il *fair use* di un'opera protetta da copyright, incluso tale uso mediante riproduzione in copie o fonoincisioni o con qualsiasi altro mezzo specificato dalla sezione, per scopi di critica, commento, notizia, insegnamento (incluse copie multiple per uso in classe), apprendimento o

ricerca, non costituisce violazione del copyright. Nel determinare se l'uso di un'opera in un caso particolare è *fair*, i fattori da prendere in considerazione sono quattro:

- lo scopo e il carattere dell'uso, incluso se tale uso è di natura commerciale o è per scopi educativi senza fini di lucro;
- la natura dell'opera protetta;
- la quantità e la consistenza della parte utilizzata in relazione all'opera protetta nel suo complesso; e
- l'effetto dell'uso sul mercato potenziale o valore dell'opera protetta.

Il fatto che un'opera non sia stata pubblicata non impedisce, di per sè, un giudizio di *fair use*, se tale giudizio si basa sulla considerazione dei fattori suindicati[87].

La § 201 stabilisce che la titolarità originale del copyright spetta all'autore o agli autori dell'opera, prevedendo un regime di comproprietà per gli autori di un lavoro collettivo. In assenza di un trasferimento espresso del copyright o di qualsiasi diritto in esso contenuto, si presume che il comproprietario abbia il solo privilegio di riprodurre e distribuire il proprio contributo a quel particolare lavoro collettivo, a qualsiasi revisione del lavoro collettivo e a qualsiasi lavoro collettivo successivo della stessa serie. Nel caso di un'opera realizzata da un lavoratore subordinato, il datore di lavoro o altra persona per cui il lavoro è stato realizzato è considerato l'autore e detiene tutti i diritti compresi nel copyright, salvo diverso accordo scritto delle parti.

87 La *Public Law* 102-492 del 1992 ha esteso l'applicabilità del *fair use* alle opere non pubblicate.

La titolarità del copyright può essere trasferita, in tutto o in parte, con qualsiasi mezzo di trasmissione o strumento legale, e può essere lasciata in eredità o passata come proprietà personale dalle leggi applicabili sulla successione intestata. Ognuno dei diritti esclusivi compresi in un copyright può essere trasferito in questa maniera e posseduto separatamente. Quando la titolarità di un copyright, o di uno qualsiasi dei diritti esclusivi in questo compresi, non è stata precedentemente trasferita volontariamente dal titolare, nessuna azione da parte di enti governativi, funzionari o organizzazioni che pretenda di sequestrare, espropriare, trasferire o esercitare i diritti relativi al copyright avrà efficacia.

La § 202 dispone che la titolarità di un copyright o dei suoi diritti esclusivi è distinta dalla titolarità di qualsiasi oggetto materiale in cui l'opera sia incorporata. Il trasferimento della proprietà di qualsiasi oggetto materiale, inclusa la copia o la fonoincisione in cui l'opera viene inizialmente fissata, non conferisce di per sé alcun diritto sull'opera protetta da copyright incorporata nell'oggetto; né, in assenza di un accordo, il trasferimento di copyright o dei diritti esclusivi comporta trasmissione dei diritti di proprietà di qualsiasi oggetto materiale.

In merito alla durata del copyright, il Capitolo 3 stabilisce un regime generale. Il copyright di un'opera creata dal 1 Gennaio 1978 deriva dall'atto della creazione dell'opera e salvo disposizione contraria dura per un periodo costituito dalla vita dell'autore più cinquant'anni dopo la sua morte. Nel caso di opere anonime, o pseudonime, o di opere realizzate in

rapporti di lavoro subordinato, il copyright dura per un periodo di settantacinque anni a partire dall'anno della sua prima pubblicazione, oppure per cento anni dall'anno della sua creazione, a seconda di quale termine scada per primo. Se, prima della scadenza, viene rivelata l'identità di uno o più autori di un'opera anonima o pseudonima, il copyright dell'opera torna a basarsi sulla vita dell'autore o degli autori la cui identità è stata rivelata. Qualsiasi persona che abbia un interesse per il copyright in un'opera anonima o pseudonima può, in qualsiasi momento, registrarsi al Copyright Office, con una dichiarazione che identifichi l'autore, la natura del suo interesse, la fonte delle informazioni registrate e il particolare lavoro interessato. Qualsiasi persona interessata può in qualsiasi momento depositare al Copyright Office una dichiarazione sulla data di morte dell'autore di un opera protetta, oppure una dichiarazione che attesti che l'autore è ancora in vita ad una determinata data.

La Sezione 401 regola l'avviso di copyright. Ogni volta che un'opera protetta viene pubblicata negli Stati Uniti o altrove dal titolare, deve essere posto su tutte le copie distribuite pubblicamente un avviso di copyright composto da tre elementi: il simbolo © (o la parola "Copyright", anche abbreviata in "Copr."), l'anno della prima pubblicazione del lavoro e il nome del titolare del copyright (o una designazione alternativa da cui sia generalmente desumibile il titolare).

La Sezione 407 disciplina il deposito presso il Copyright Office della Biblioteca del Congresso. Il titolare del copyright o del diritto esclusivo di pubblicazione di un'opera pubblicata con avviso di copyright negli Stati

Uniti deve depositare, entro tre mesi dalla data di tale pubblicazione, due copie complete della migliore edizione. Se il lavoro è una registrazione sonora, devono essere depositate due fonoincisioni complete della migliore edizione, insieme a qualsiasi materiale stampato o visivamente percettibile pubblicato assieme alle fonoincisioni.

La Sezione 408 regola invece la registrazione del diritto. In qualsiasi momento durante la sussistenza del copyright per qualsivoglia lavoro pubblicato o non pubblicato, il titolare può ottenere la registrazione della richiesta di copyright presso il Copyright Office. Tale registrazione non costituisce una condizione per la protezione del diritto. Il *Copyright Register* è autorizzato a specificare, con regolamenti, le classi amministrative in cui vanno inserite le opere ai fini di deposito e registrazione e la natura di copie o fonoincisioni da depositare nelle classi specificate. Questa classificazione amministrativa delle opere non ha alcun significato per quanto riguarda l'oggetto del copyright o dei diritti esclusivi di cui si compone. In alternativa a separate richieste di rinnovo della registrazione, all'autore è consentito fare una singola domanda (e pagare una singola tariffa) per il rinnovo della registrazione di un gruppo di opere dello stesso autore se queste sono state tutte pubblicate per la prima volta come contributi a pubblicazioni periodiche, compresi i giornali. Quando, dopo un esame di ammissibilità, il *Register* stabilisce che il materiale depositato costituisce oggetto sottoponibile a copyright, e che gli altri requisiti legali e formali sono stati rispettati, il *Register* iscrive la domanda e rilascia al richiedente un certificato di registrazione. Il

certificato deve contenere le informazioni fornite nella domanda, insieme al numero e alla data effettiva della registrazione. Se tali condizioni non risultano rispettate, il *Register* deve rigettare la domanda di registrazione e comunicare per iscritto al richiedente le motivazioni di tale rifiuto. In qualsiasi procedimento giudiziario, il certificato di una registrazione (ottenuta prima o entro cinque anni dalla prima pubblicazione dell'opera) costituisce una prova *prima facie* della validità del copyright e dei fatti riportati nel certificato. Il peso probatorio di un certificato è rimesso alla discrezionalità della corte. Nessuna azione per violazione del copyright può essere intentata fino alla registrazione della domanda di copyright. Tuttavia, laddove il deposito, la domanda e la quota richiesti per la registrazione siano stati consegnati al *Copyright Office* in forma corretta e la registrazione sia stata rifiutata, il richiedente ha il diritto di intraprendere un'azione per violazione, se una notifica, assieme a copia del reclamo, viene presentata al *Copyright Register*. Quest'ultimo può, a sua discrezione, prendere parte alla controversia in relazione alla questione sulla registrabilità della domanda. La mancata partecipazione del *Register* alla controversia non priva la corte della giurisdizione su tale questione.

In merito alla violazione del copyright, il Capitolo 5 dispone quanto segue. Chiunque violi alcuno dei diritti esclusivi del titolare del copyright è considerato contraffattore. Il titolare o il beneficiario dei diritti esclusivi può intraprendere un'azione per qualsiasi violazione. La corte può richiedere al titolare di notificare per iscritto una copia del reclamo ad

ogni persona direttamente interessata, e richiedere che tale avviso sia notificato a qualsiasi persona il cui interesse è suscettibile di essere influenzato dalla decisione della controversia. La corte può permettere l'intervento in causa di chiunque abbia o rivendichi un interesse in tale diritto. Un primo rimedio giudiziale è previsto dalla Sezione 502: la corte può concedere ingiunzioni temporanee o definitive alle condizioni che riterrà ragionevoli per prevenire o limitare la violazione. La corte può inoltre ordinare il sequestro, nei termini che riterrà ragionevoli, di tutte le copie o fonoincisioni illegittime e di ogni lastra, stampo, matrice, nastri, negativi di film o altri articoli per mezzo dei quali è possibile riprodurre tali copie o fonoincisioni (Sez. 503). Nella decisione finale, la corte può ordinare la distruzione "o altra disposizione ragionevole" di tali articoli.

La Sezione 504 disciplina i danni da violazione. Un contraffattore è responsabile per i danni patrimoniali al titolare del copyright, sia nella forma del *damnum emergens* sia in quella del *lucrum cessans*. Il titolare del copyright, ha peraltro facoltà di scegliere (in qualsiasi momento prima della decisione definitiva), al posto del danno patrimoniale, un risarcimento per danni legali sulla base di tutte le violazioni denunciate, quantificato in una somma compresa tra i 250 e i 10.000 dollari.

Ove la corte accerti che le infrazioni sono state commesse intenzionalmente, può aumentare, a sua discrezione, la somma del danno legale fino ad un massimo di 50.000 dollari. Ove invece sia accertato che il contraffattore non era a conoscenza e non aveva motivo di ritenere che i suoi atti costituissero violazione del copyright, la corte può

discrezionalmente ridurre la somma del danno legale fino ad un minimo di 100 dollari. In ogni caso in cui il contraffattore creda ed abbia ragionevole motivo di ritenere che il suo uso di un'opera protetta sia *fair use*, ai sensi della Sezione 107, la corte può annullare i danni legali, se l'autore della violazione è un'istituzione educativa senza scopo di lucro, una biblioteca o un archivio (o loro dipendenti nell'esercizio delle loro mansioni), oppure se trattasi di un ente radiotelevisivo pubblico o suo dipendente che, come parte regolare dell'attività senza scopo di lucro, ha incorporato parte dell'opera in un programma di trasmissione.

La Sezione 506 prevede disposizioni penali per le violazioni. Chiunque violi il copyright intenzionalmente e per fini di vantaggio commerciale o per scopo di lucro personale è punito con pena pecuniaria non superiore a 10.000 dollari, o con la reclusione per un periodo non superiore ad un anno, o con entrambe le sanzioni. Un regime appesantito vige per coloro che violino il copyright di incisioni sonore o di pellicole cinematografiche: la prima violazione è punita con pena pecuniaria non superiore a 25.000 dollari e/o con la reclusione per un periodo non superiore ad un anno; le violazioni successive sono punite con pena pecuniaria non superiore a 50.000 dollari e/o con la reclusione per un periodo non superiore a due anni.

In ogni caso di condanna per tali violazioni, la corte è tenuta ad ordinare la confisca e la distruzione o altra disposizione di tutti gli strumenti utlizzati per commettere la violazione. Sono puniti con sanzione pecuniaria di massimo 2.500 dollari coloro che

fraudolentemente appongono avvisi di copyright falsi su qualsiasi articolo, oppure rimuovono o alterano un avviso di copyright, e/o distribuiscono gli articoli in questo modo contraffatti. Allo stesso modo è multato chi consapevolmente fa una falsa rappresentazione di un fatto materiale nella domanda di registrazione del copyright.

2.3.6 Copyright Term Extension Act (1998)

Una delle modifiche più significative al Titolo 17 dello United States Code fu il *Copyright Term Extension Act* (Atto di estensione del termine del copyright), firmato dal Presidente Bill Clinton nel 1998[88]. La legge, che si divide in un primo Titolo inerente l'estensione del termine di copyright e un secondo Titolo che invece riguarda l'esenzione dalla concessione di licenze musicali per i servizi di ristorazione e per i c.d. *drinking establishments*[89] fu oggetto di grande lobbismo da parte di gruppi di pressione quali la Walt Disney Company, Time Warner, Universal, Viacom e alcune delle più importanti leghe sportive professionistiche americane (NFL, NBA, NHL, MLB). La legge entrò in vigore, ma solo dopo un travagliato percorso. Parte dell'opinione pubblica, infatti, si oppose fermamente alla legge, denunciandone il vantaggio esclusivo che avrebbe dato alle grandi aziende e chiedendo alle corti di esercitare *judicial review* per incongruità con i principi della Costituzione.

88 La novella è conosciuta anche con il nome di *Sonny Bono Act*, dal nome del cantautore americano membro della House of Representatives che energicamente sostenne il disegno di legge. Un altro nome che fu dato all'atto fu *Mickey Mouse Protection Act*, poiché la Disney, in un momento in cui il copyright su Topolino stava per raggiungere la sua massima durata, svolse un importante ruolo di lobbismo per l'approvazione di tale normativa, la quale infine portò ad un'estensione di tali termini di scadenza, evitando quindi che i film più risalenti di Topolino diventassero di pubblico dominio.

89 Un *drinking establishment* è un'attività la cui funzione principale è la somministrazione di bevande alcoliche per il consumo sul posto. La categoria comprende bar, pub, taverne, microbirrifici ed altri.

Nello specifico, gli oppositori contestavano il mancato rispetto della c.d. "*necessary and proper clause*"[90]: l'Act non era né "necessario" né "appropriato" al raggiungimento dello scopo costituzionale di "promuovere il progresso della scienza e delle arti utili": la maggior parte delle opere porta profitti solo nei primi anni, e quindi non ci sarebbe alcun interesse economico ad estendere ulteriormente la durata della protezione, eccetto per i pochi proprietari di franchise che godono di un successo sfrenato e le cui opere mantengono alto valore economico anche dopo molti anni dalla prima pubblicazione, come la Disney. I termini estesi di tale Legge (così come quelli del Copyright Act del 1976) furono visti come l'inizio di un "pendio scivoloso" verso un copyright perpetuo, che sarebbe contrario alla *copyright clause* dell'art. 1 Costituzione.

Il CTEA modifica i termini di protezione previsti nel Capitolo 3 del Copyright Act 1976. Il copyright di un'opera creata dopo il 31 Dicembre 1977 durava per tutta la vita dell'autore, più 50 anni. Il termine viene qui esteso a 70. Il copyright su opere anonime, pseudonime o realizzate in rapporto di lavoro subordinato durava 75 anni dall'anno di pubblicazione oppure 100 anni dall'anno di creazione (a seconda di quale termine sarebbe scaduto per primo). Questi due termini vengono dal CTEA portati rispettivamente a 95 e 120 anni.

90 L'Articolo 1, Sezione 8 della Costituzione degli Stati Uniti conferisce al Congresso il potere di approvare leggi che siano "necessarie" ed "appropriate" per l'esercizio dei poteri ad esso conferiti.

2.3.7 DMCA (1998)

L'ultimo, importantissimo, sforzo della legislazione americana sul copyright del Novecento porta all'approvazione del *Digital Millennium Copyright Act*. Si tratta di una legge che attua due trattati WIPO del 1996. L'atto criminalizza la produzione e la diffusione di tecnologia, dispositivi o servizi destinati a eludere le misure che controllano l'accesso alle opere protette da copyright (il c.d. *digital rights management* o DRM). Inoltre, criminalizza l'elusione di un controllo di accesso a prescindere da un'effettiva violazione di copyright. La principale innovazione del DMCA, comunque, è costituita dall'esenzione dalla responsabilità diretta e indiretta degli ISP (*Internet Service Providers*, fornitori di servizi internet) e di altri intermediari.

Il Titolo I della legge dà attuazione ai Trattati WIPO. Al fine di dare effetto ai requisiti nazionali di ammissibilità previsti dai Trattati, viene modificate le Sezioni 101 e 104 del Titolo 17 USC, per estendere la protezione ai sensi della legge americana alle opere protette da tali Trattati.

Il DMCA ripristina la protezione per le opere straniere non in pubblico dominio nel Paese di origine (a meno che non sia ivi scaduto il termine di protezione) ma che non fossero originariamente protette negli USA a causa del mancato rispetto dei requisiti formali. Le opere straniere, quindi, a differenza di quelle *made in U.S.*, sono esenti dalle formalità di registrazione previste dalla Sezione 411.

La nuova Sezione 1201 proibisce l'accesso non autorizzato a un'opera e vieta l'elusione dei regimi di protezione contro le copie. L'elusione degli schemi di protezione delle copie, a differenza dell'accesso non autorizzato, non è strettamente vietata perché il fair use (almeno teoricamente) si applica ai lavori online, e quindi in alcuni casi l'utente sarà giustificato nell'eludere i regimi di protezione delle copie al fine di fare copie di *fair use*. Le attività governative sono espressamente escluse dalle disposizioni sull'elusione, così come le biblioteche senza scopo di lucro, gli archivi e gli istituti di istruzione e alle entità che commettono tali elusioni per gli scopi di *reverse engineering*, ricerca crittografata, ottenimento e diffusione di informazioni di identificazione personale e test di sicurezza.

La sezione 1202 proibisce la fornitura o la distribuzione consapevole di false *Copyright Management Information* (informazioni sulla gestione del copyright, così come definite nella Sezione 1201), con l'intento di indurre, abilitare, facilitare o nascondere la violazione. È altresì proibita l'intenzionale e non autorizzata rimozione o alterazione delle *Copyright Management Information* o la diffusione di un'opera in cui tali informazioni siano state rimosse. Le attività governative sono completamente escluse da tali disposizioni, mentre per le stazioni di trasmissione e i servizi via cavo è previsto un regime di responsabiltà più limitata.

Le sezioni 1203 e 1204 stabiliscono sanzioni civili per le violazioni, compresi rimedi equitativi, danni monetari, e sanzioni penali quali una multa di massimo un milione di dollari o la reclusione fino a dieci anni.

Il Titolo II del DMCA crea una nuova Sezione del Copyright Act volta a limitare la responsabilità dei fornitori di servizi per comunicazioni transitorie, il caching del sistema, la memorizzazione delle informazioni su sistemi o reti a direzione dell'utente e gli strumenti di localizzazione delle informazioni. Al fine di ottenere un'esenzione, il *service provider* deve adottare e sviluppare ragionevolmente una politica di chiusura degli account dei recidivi e accogliere e non interferire con particolari "misure tecniche standard".

L'esenzione per le comunicazioni transitorie limita la responsabilità del fornitore di servizi quando questo trasferisce informazioni digitali su richiesta di un'altra persona. L'esenzione per il caching del sistema limita la responsabilità di un fornitore di servizi per la conservazione temporanea di copie non modificate di materiale reso disponibile da una persona diversa dal fornitore di servizi che un sottoscrittore trasmette. Ci sono però ulteriori condizioni: il contenuto non può essere modificato, le copie conservate devono essere aggiornate e l'accesso deve essere limitato secondo le condizioni imposte da colui che ha pubblicato il materiale. Il materiale pubblicato senza autorizzazione deve essere rimosso o bloccato non appena il fornitore di servizi nota che questo è stato rimosso o bloccato sul sito da cui proviene.

Il DMCA limita anche la responsabilità dei fornitori di servizi per materiale illecito pubblicato sui siti web ai sensi delle Sezione 512. Per ottenere tale esenzione, il fornitore non deve avere conoscenza effettiva dell'infrazione o essere informato, da fatti o circostanze, dell'infrazione e

deve bloccare o rimuovere il materiale non appena sia venuto a conoscenza dell'illiceità. A titolo di salvaguardia, nell'eventualità che qualcuno fraudolentemente dichiari che un'opera sia illecita, oppure che sia stata rimossa o bloccata per errore, questi è responsabile per i danni, i costi e le spese legali imputate al presunto contraffattore, al titolare del copyright o al fornitore di servizi. Le stesse limitazioni di responsabilità sono previste per i provider nel caso in cui gli utenti siano reindirizzati, attraverso i c.d. collegamenti ipertestuali, ad un sito web contenente materiale illecito.

2.3.8 Proposte di legge

Lo *Stop Online Piracy Act* (SOPA) è stato un controverso disegno di legge degli Stati Uniti volto ad espandere la capacità delle forze dell'ordine statunitensi di combattere la violazione del copyright online e il traffico online di merci contraffatte. La proposta fu presentata nel 2011 allo *U.S. House Committee on the Judiciary*[91], che dopo un anno di dibattiti non riuscì a trovare sufficiente consenso per poter presentare il testo all'intera Camera dei Rappresentanti. Le disposizioni del SOPA avrebbero compreso la possibilità di richiedere una serie di provvedimenti giudiziari volti a:

- impedire alle reti pubblicitarie di contrattare con siti web contenenti violazioni o elusioni di copyright;
- impedire ai motori di ricerca di fornire link ai siti in violazione;

91 Chiamato anche *House Judiciary Committee*, è un comitato permanente nella Camera dei Rappresentati americana incaricato di sovrintendere all'amministrazione della giustizia nelle corti federali, nelle agenzie amministrative e nelle forze dell'ordine federali.

- richiedere agli ISP di oscurare i siti in violazione e bloccarne la possibilità di accesso da parte dell'utenza.

La legge avrebbe inoltre ampliato le disposizioni penali esistenti sulla diffusione non autorizzata di contenuti protetti da copyright, imponendo una pena massima di cinque anni di carcere.

I sostenitori della legislazione affermavano che il SOPA avrebbe protetto il mercato della proprietà intellettuale e l'industria, i posti di lavoro e le entrate corrispondenti, e che fosse necessario per rafforzare l'applicazione delle leggi sul copyright, in particolare contro i siti web di dominio estero. Il disegno di legge ricevette un sostegno forte e bipartisan alla Camera dei rappresentanti e al Senato, oltre che di una serie di gruppi di pressione.

Gli oppositori invece evidenziavano la minaccia alla libertà di parola e all'innovazione, riflettendo su come in tal modo un singolo contenuto illecito, su una singola pagina web, avrebbe permesso alle forze dell'ordine di bloccare l'accesso all'intero sito web. Sostenevano inoltre che SOPA avrebbe cancellato la disciplina delle esenzioni di responsabilità offerta dal DMCA.

Nello stesso anno 2011, al Senato veniva proposto un progetto di legge per alcuni aspetti simili al SOPA della Camera dei Rappresentanti. Il *Protect IP Act* (*Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act*, o PIPA) fu una proposta di legge che prendeva le mosse da una precedente proposta di legge presentata – ma

non approvata – l'anno prima[92]. L'obiettivo dichiarato era quello di fornire al governo e ai titolari di copyright strumenti aggiuntivi per limitare l'accesso a "siti web delinquenti dedicati al vendita di merci illegali o contraffatte", in particolare quelle registrate al di fuori degli Stati Uniti[93]. L'atto avrebbe autorizzato il Dipartimento di Giustizia a chiedere un ordine giudiziario contro siti web dediti ad attività illecite, ove non fosse stato possibile localizzare un singolo titolare o operatore del sito tramite la dovuta diligenza. L'ordine della corte poteva essere rivolto ai fornitori di transazioni finanziarie, ai servizi pubblicitari sulla rete, agli ISP ed ai motori di ricerca per imporre l'interruzione di accordi finanziari con il sito illecito e far rimuovere i link allo stesso.

Sulla scia delle proteste online tenutesi nel gennaio 2012, il leader della maggioranza al Senato Harry Reid annunciò che il voto sulla proposta di legge sarebbe stato rinviato fino a quando non fossero state risolte le questioni sollevate in merito al testo.

92 Si tratta del *Combating Online Infringement and Counterfeits Act (COICA)*, tradotto "Legge sulla lotta alle violazioni online e alle contraffazioni", un progetto di legge proposto al Senato nel 2010 che avrebbe modificato alcune disposizioni del Titolo 18 USC (il "codice penale" federale americano).
93 D. McCullagh, *Senate bill amounts to death penalty for Web sites*, su Cnet del 12/5/2011
Cfr. https://www.cnet.com/news/senate-bill-amounts-to-death-penalty-for-web-sites/

2.4. Unione Europea

2.4.1 Precedenti importanti della Corte di Giustizia

Il Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità Economica Europea non prevedeva alcuna competenza in materia di proprietà intellettuale. Ciò nonostante, la spinta propulsiva verso l'obiettivo del mercato comune, di cui avrebbero dovuto far parte anche le opere d'autore, pose quasi immediatamente la CEE di fronte alle sfide di una tutela della proprietà intellettuale che si potesse adattare alla nuova base europeista. Fino ad allora, la tutela della proprietà intellettuale era avvenuta su base squisitamente territoriale, dando vita a monopoli temporanei, mentre il mercato unico europeo si fonda sui principi della libera circolazione e della concorrenza. Non vi era, di conseguenza, una piena consapevolezza degli aspetti economici legati alla protezione dei diritti degli autori, materia questa che appariva ancora prettamente culturale. L'articolo 30[94] del Trattato CEE prevedeva infatti una deroga ai divieti di restrizioni quantitative tra gli Stati membri all'importazione, all'esportazione ed al transito giustificati, tra gli altri motivi, per la tutela della proprietà industriale e commerciale. Tali divieti e restrizioni non dovevano costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. L'articolo dunque non fa alcuna menzione dei diritti d'autore. Eppure, il riferimento alla proprietà industriale e commerciale fu oggetto di dubbi ermeneutici, legati alla diversa collocazione di tali diritti nei vari ordinamenti della

94 Ai sensi del Trattato di Lisbona del 2007, l'articolo in questione corrisponde all'odierno art. 36 TFUE.

Comunità. Dopotutto, proprietà industriale e diritto d'autore ben possono essere ricondotte sotto il comun denominatore di "proprietà intellettuale".

Nella sentenza *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH* c. *Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* del 1971 la Corte di Giustizia delle Comuità Europee ebbe modo di esprimersi sull'applicabilità dell'articolo 30 TCEE a materie concernenti il diritto d'autore. La Deutsche Grammophon, etichetta discografica tedesca specializzata nella produzione di dischi di musica classica, aveva creato una rete di distributori delle riproduzioni sonore di cui deteneva i diritti i quali si impegnavano contrattualmente a praticare un certo prezzo di rivendita e ad effettuare importazioni solo previa autorizzazione dell'etichetta. La concessione di tale autorizzazione era subordinata all'impegno, da parte del rivenditore, a mantenere invariato il prezzo concordato. Nel caso in questione, la *Gesellschaft* aveva venduto ad una sua affiliata in Francia, la Polydor, alcune riproduzioni sonore. Queste ultime erano poi state importate nuovamente in Germania da Metro-SB-Großmärkte, un distributore all'ingrosso non appartenente alla rete di Deutsche Grammophon, che le aveva rivendute ad un prezzo inferiore a quello fissato dall'etichetta di Hannover. Si profilava, dunque, un conflitto tra le regole europee sulla libera circolazione delle merci e il diritto di distribuzione delle opere, uno dei diritti connessi al diritto d'autore. La CGCE non escluse che un diritto connesso al diritto d'autore potesse ricadere, come i diritti di proprietà industriale e commerciale, sotto l'articolo 30 del Trattato. La pronuncia della corte, pertanto, ritenne che il comportamento della Deutsche Grammophon fosse stato

incompatibile con le norme sulla libera circolazione, poiché il divieto di reimportazione in Germania dei dischi da essa esportati costituiva atto idoneo ad isolare il mercato nazionale[95]. Di conseguenza, il fabbricante di riproduzioni sonore che si vale del diritto esclusivo (attribuitogli dall'ordinamento di uno Stato membro) di metterle in commercio onde vietare la messa in circolazione in questo Stato di prodotti da lui stesso (o col suo consenso) smerciati in un altro Stato membro, adducendo come unico motivo che la messa in commercio non è avvenuta nel territorio del primo Stato membro, agisce in modo incompatibile con le norme relative alla libera circolazione delle merci nel mercato comune.

Nel caso *Deutsche Grammophon*, quindi, la Corte non escluse la riconducibilità del diritto d'autore nell'ambito applicativo dell'art. 30. Ma nel caso *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, ed altri c. Ciné-Vog Films SA e altri* del 1980, il diritto d'autore fu per la prima volta esaminato nell'ambito delle eccezioni alla libera circolazione dei servizi giustificate da motivi di tutela della proprietà intellettuale.

L'azione che aveva dato origine a questa causa mirava al risarcimento del danno che la società belga Ciné-Vog Films sosteneva di aver subito a causa della ritrasmissione in Belgio di un programma della televisione tedesca dedicato al film "*Le Boucher*", per il quale Ciné-Vog aveva ottenuto dalla società francese Les Films la Boétie l'esclusiva di distribuzione in

95 "Se un diritto connesso al diritto d'autore viene fatto valere per vietare la messa in circolazione in uno Stato membro di prodotti messi in commercio dal suo titolare, o col suo consenso, nel territorio di un altro Stato membro, per la sola ragione che tale messa in commercio non è stata effettuata nel territorio nazionale, un divieto siffatto, che contribuisca all'isolamento dei vari mercati nazionali, è in contrasto con lo scopo essenziale del Trattato, il quale tende alla fusione di detti mercati in un mercato unico. Questo scopo non può essere raggiunto se, valendosi dei diversi regimi giuridici degli Stati membri, i cittadini di questi hanno la possibilità di isolare il mercato e di porre in essere delle discriminazioni arbitrarie o delle restrizioni dissimulate nel commercio fra gli Stati membri." - Motivazione della sentenza, punto 13.

Belgio. L'accordo fra le due società comprendeva il diritto esclusivo per Ciné-Vog di trasmettere il film nelle sale cinematografiche di Belgio e Lussemburgo, ed altresì il diritto di comunicazione al pubblico, sotto forma di trasmissione televisiva, esercitabile però solo dopo che fosse trascorso un significativo lasso di tempo dalla prima proiezione al cinema. Les Films la Boétie aveva tuttavia concesso il diritto di trasmettere il film in Germania ad un'altra società francese, la Filmedis, con facoltà di questa di esercitare il diritto di comunicazione al pubblico sin da subito. Il film fu quindi trasmesso immediatamente sulla televisione tedesca. Tre società belghe, collettivamente denominate "Coditel", effettuavano con l'autorizzazione dell'amministrazione belga un servizio in abbonamento per la fruizione di segnali televisivi di alta qualità. Il segnale della trasmissione tedesca fu quindi captato da Coditel che lo ritrasmise ai suoi abbonati in Belgio, permettendo loro di guardare il film solo dopo pochissimo tempo dalla sua uscita al cinema. Ciné-Vog allora propose ricorso contro Les Films la Boétie e Coditel, sostenendo che tale trasmissione avesse compromesso le prospettive commerciali del film in Belgio, invocando l'art. 81 del Trattato CEE[96]. Il Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee condannò Coditel, la quale propose appello, denunciando una limitazione del principio della libera prestazione dei servizi garantito dal Trattato. La Corte d'Appello respinse il ricorso, affermando che le disposizioni del Trattato relative alla libera

96 L'art. 81 TCEE dichiara incompatibili con il mercato comune e vieta gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate tra imprese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato comune. Tali accordi e decisioni sono nulli.

prestazione dei servizi non si oppongono a che il cessionario dei diritti di rappresentazione di un film eserciti il proprio diritto di vietarne la rappresentazione non autorizzata.

Un cambiamento importante arrivò tuttavia solo un anno più tardi, quando la Corte adottò una nozione ampia di proprietà industriale e commerciale, includendovi non solo marchi e brevetti industriali ma anche il diritto d'autore. Nella sentenza *Musik-Vertrieb Membran GmbH e K-tel International* c. *GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs – und mechanische Vervielfältigungsrechte* venne infatti affermato, per la prima volta in modo esplicito, che la tutela del diritto d'autore ricadeva nell'ambito di applicazione dell'art. 30 del Trattato CEE. La società *Membran* importava nella Repubblica Federale di Germania dischi e musicassette da altri Paesi della Comunità, nei quali si trovavano in regime di libera circolazione. La Musik-Vertrieb Membran pagava le licenze di riproduzione e messa in circolazione delle opere musicali protette ai titolari dei diritti nei Paesi di fabbricazione. La GEMA, società tedesca per i diritti d'autore, riteneva che ciò ledesse i diritti dei titolari sulle opere in questione. Si era quindi rivolta ai giudici tedeschi chiedendo un risarcimento pari alla differenza fra i corrispettivi per le licenze pagati all'estero e il corrispettivo normalmente versato in Germania. Sia in primo grado che in appello, il giudizio si era risolto in modo favorevole a GEMA.

La K-tel International, invece, aveva importato in Germania dal Regno Unito supporti che riproducevano opere musicali protette, ed aveva

versato alla MCPS (società britannica dei diritti d'autore) un diritto di licenza di importo pari alla percentuale richiesta per i dischi destinati ad essere messi in commercio nel Regno Unito. La GEMA chiedeva dunque il pagamento, da parte di K-tel, della differenza tra il diritto di licenza normalmente versato in Germania e quello già pagato nel Regno Unito alla MCPS. La richiesta di risarcimento fu anche qui accolta in favore di GEMA.

Le due imprese tedesche allora opposero ricorso dinanzi alla *Bundesgerichtshof*, la Corte di Cassazione Federale tedesca, la quale attivò il meccanismo della pregiudiziale comunitaria. La questione pregiudiziale presentata alla Corte di Giustizia aveva ad oggetto la compatibilità dell'esercizio dei diritti connessi al diritto d'autore, quali la riproduzione e la distribuzione, con le disposizioni sulla libera circolazione delle merci del Trattato CEE. Sulla espressione "tutela della proprietà industriale e commerciale" di cui all'art. 30 del Trattato, la Corte si espresse in questo modo:

«[...] comprende la tutela data dal diritto d'autore, in particolare qualora questo venga sfruttato commercialmente mediante la concessione di licenze che possono incidere sulla distribuzione, nei vari Stati membri, di merci che incorporano l'opera letteraria o artistica tutelata».

Tale pronuncia della Corte di Giustizia tolse finalmente ogni dubbio in merito alla riconducibilità dei diritti d'autore tra le cause ammissibili di

deroga alla libera circolazione fornite dal Trattato. La Corte affermò altresì che sebbene il Trattato riconoscesse l'esistenza dei diritti di proprietà intellettuale secondo quanto stabilito dalle legislazioni nazionali, le modalità di esercizio di tali diritti rientravano nell'ambito di applicazione del Trattato. L'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale, infatti, non può spingersi sino al punto di pregiudicare lo scopo essenziale del Trattato, cioè l'unificazione dei mercati nazionali in un mercato unico.

L'approccio alla materia in questi primi anni, pertanto, si rivela decentrato e fondato sull'operato della Corte di Giustizia, la quale riconosceva la sussistenza dei diritti della proprietà intellettuale solo in quanto questi fossero garantiti dagli ordinamenti interni. Tali diritti venivano quindi in rilievo solo nell'ambito delle disposizioni sulla libera circolazione e sulla libera concorrenza. Ma già a partire dal citato caso *Membran*, la Commissione Europea aveva iniziato ad occuparsi della materia, reagendo alle pronunce della Corte tramite lo studio e l'elaborazione di proposte di direttiva volte all'armonizzazione di specifici aspetti del diritto d'autore. Sotto questa luce, si rileva come il Trattato CEE contenesse già le basi normative per i successivi interventi di armonizzazione: l'articolo 3, lettera h, disponeva che l'azione della Comunità potesse muoversi nel ravvicinamento delle legislazioni nazionali, nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune.

2.4.2 I Libri Verdi della Commissione

La prima generazione di direttive europee sulla proprietà intellettuale ha origine dal *Libro Verde sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche*[97], pubblicato dalla Commissione delle Comunità Europee nel 1988. Si evince quindi come l'obiettivo fosse non tanto quello di esautorare gli Stati membri dai loro regimi di tutela imponendone uno europeo, bensì di porre dei solidi argini ad alcune pronunce "creative" della Corte di Giustizia e, constatando che significative differenze nella protezione di alcuni tipi di opere poteva produrre frammentazioni nel mercato interno[98], prevedere un intervento del legislatore limitato a quanto strettamente necessario per il conseguimento degli obiettivi della Comunità. La Commissione, insomma, prendeva in considerazione i grandi cambiamenti che hanno caratterizzato gli ultimi decenni del ventesimo secolo, esaminava ed affrontava la tematica delle c.d. "nuove tecnologie" in relazione alla suddetta disciplina, finalizzava gli studi e le proposte ad una sostanziale politica industriale[99]: rimozione delle distorsioni della concorrenza e promozione e rafforzamento della competitività dell'industria europea (specialmente in settori strategici quali i programmi per computer e le banche dati).

In tale pubblicazione, la Commissione individuava quattro necessità fondamentali a cui prestare attenzione. La prima necessità era quella di creare un mercato unico europeo per beni e servizi protetti dal diritto

97 *Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche – Problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata* [COM88 172 def., Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles 7 giugno 1988].
98 "[...] significant differences in the protection available to particular classes of copyright works can clearly fragment the internal market in those works in an undesirable way".
99 G. Mazziotti – *EU Digital Copyright and the End User*, op. cit., pag. 47.

d'autore, tramite la rimozione delle barriere legali e delle distorsioni concorrenziali che possano frammentare il mercato unico. La seconda necessità era quella di implementare la competitività della Comunità attraverso la creazione di un quadro giuridico di tutela della proprietà intellettuale che potesse rivelarsi efficace e completo quanto quello dei principali concorrenti internazionali. La terza necessità era quella di proteggere la creazione intellettuale e gli investimenti della Comunità contro lo sfruttamento illecito da parte di utenti di Paesi terzi. La quarta necessità era quella di limitare gli effetti restrittivi del diritto d'autore sulla concorrenza, soprattutto nei settori delle nuove tecnologie, tenendo presenti gli interessi dei titolari dei diritti ma anche quelli dei consumatori finali. Venivano poi individuati sei aree che richiedevano al legislatore comunitario una azione immediata ("*immediate action*"): la tutela giuridica del diritto d'autore; la copia domestica di materiale audiovisivo; i diritti di distribuzione, noleggio ed esaurimento; il software; le banche dati; le relazioni esterne bilaterali e multilaterali.

In seguito, nel programma di lavoro del 1990[100], la Commissione specificò aree addizionali di possibile intervento, come i diritti morali, la durata della protezione, la reprografia[101], i diritti degli artisti sulle successive vendite dell'originale di un'opera e le trasmissioni. L'Appendice al programma di lavoro delineò un'agenda per l'elaborazione di cinque proposte di direttiva dedicate rispettivamente ai

100 *Iniziative da adottare a seguito del Libro Verde* [COM(90), 584 def., Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 17 gennaio 1991].
101 Con "reprografia" si indica il complesso di tutte le tecniche di riproduzione, quali i procedimenti fotografici, termografici, xerografici, litografici, per inchiostrazione ed elettronici. (*Dizionario di economia e finanza Treccani*, 2012).

diritti di noleggio e di prestito, alla copia domestica di materiale audiovisivo, alla durata della protezione, alle banche dati ed alle trasmissioni via satellite e via cavo. Veniva altresì prevista una proposta di decisione per l'adesione degli Stati membri all'Atto di Parigi (1971) della Convenzione di Berna e alla Convenzione di Roma.

Negli anni seguenti, la Commissione proseguì nelle sue pubblicazioni: risale al 1995 il Libro Verde[102] dedicato alla necessità di adeguare i concetti tradizionali della materia in oggetto ai cambiamenti del modo in cui sono create e fruite le opere all'interno dello spazio digitale. Segue poi, nel 1998, un Libro Verde dedicato a contraffazione e pirateria[103], una delle problematiche più evidenti e di più difficile soluzione legate al mercato comune ed alle nuove tecnologie.

Appartengono a tempi più recenti il Libro Verde[104] riguardante questioni generali concernenti le eccezioni ai diritti esclusivi previste nella direttiva 2001/29/CE del Consiglio, e la Comunicazione sui contenuti creativi online nel mercato unico[105], entrambe del 2008. In data 24 maggio 2011, la Commissione ha rilasciato una comunicazione [COM(2011) 287] avente ad oggetto un piano d'azione per la riforma delle disposizioni riguardanti i diritti di proprietà intellettuale, tra cui rientrano i diritti di proprietà industriale, il diritto d'autore e i diritti connessi.

---

102 *I diritti d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione* [COM(95), 382 def., Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 19 luglio 1995].
103 *La lotta alla contraffazione e alla piratera nel mercato interno*[COM(98), 569 def., Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 15 ottobre 1998].
104 *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza* [COM(2008), 466 def., Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles,, 16 luglio 2008].
105 Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sui contenuti creativi online nel mercato unico [COM(2007) 836 def., 3 gennaio 2008].

Nonostante la produzione legislativa derivante da tali studi e piani d'azione della Commissione continui a risultare inadeguata e superata rispetto alle crescenti esigenze del mondo digitale, tanto che la Corte di Giustizia non ha mai smesso di intervenire per smussarne gli angoli (come invece prefigurato dalla Commissione), furono molte le direttive che negli anni si susseguirono per armonizzare la materia:

- Direttiva sui programmi per elaboratore (1991)[106];
- Direttiva sul diritto di noleggio e sul diritto di prestito (1992)[107];
- Direttiva sulla radiodiffusione e la ritrasmissione (1993)[108];
- Direttiva sulla durata della protezione del diritto d'autore (1993)[109];
- Direttiva sulla protezione delle banche dati (1996)[110];
- Direttiva sull'*e-commerce* (2000)[111];
- Direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione (2001)[112]
- Direttiva sul diritto dell'autore sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte (2001)[113];

106 Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, 14 maggio 1991, sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.
107 Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, 19 novembre 1992, sul diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale.
108 Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune disposizioni in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo.
109 Direttiva 93/98/CEE del Consiglio, 29 ottobre 1993, sull'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, sostituita dalla Direttiva 2006/116 prima, e dalla Direttiva 2011/77/UE poi.
110 Direttiva 96/9/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 11 marzo 1996, sulla tutela giuridica delle banche dati.
111Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.
112 Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.
113 Direttiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 27 settembre 2001, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale.

- Direttiva IPRED (2004)[114];
- Direttiva sul diritto di noleggio e sul diritto di prestito (2006)[115]
- Direttiva sulla durata della protezione del diritto d'autore (2006)[116]
- Direttiva sulla protezione dei programmi per elaboratore (2009)[117];
- Direttiva sui servizi media audiovisivi (2010)[118];
- Direttiva sulla durata della protezione del diritto d'autore (2011)[119];
- Direttiva sulle opere orfane (2012)[120];
- Direttiva Barnier sulla gestione collettiva (2014)[121].

Ai fini di questa trattazione, saranno esaminate solamente le Direttive più importanti e quelle direttamente concernenti il diritto d'autore e i diritti correlati.

114 Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.
115 Direttiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi in materia di proprietà intellettuale.
116 Direttiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 12 dicembre 2006, concernente la durata della protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi.
117 Direttiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.
118 Direttiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi.
119 Direttiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 27 settembre 2011, che modifica la Direttiva 2006/116/CE concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi.
120 Direttiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012, su taluni utilizzi consentiti di opere orfane.
121 Direttiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 26 febbraio 2014, sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno.

2.4.3 Direttiva sul diritto di noleggio, di prestito e su alcuni diritti connessi (1992/100/CEE; 2006/115/CE)

La Direttiva numero 100 del 1992 ha armonizzato, e per alcuni Stati introdotto, i diritti di noleggio e di prestito. La premessa di tale strumento è sempre quella di promuovere il buon funzionamento del mercato interno, tramite l'armonizzazione delle diverse norme e prassi rilevate negli Stati membri sul tema. La Direttiva è stata oggetto, negli anni, di alcune limitate modifiche[122], ed oggi è in vigore così come novellata dalla Direttiva 2006/115/CE.

Il diritto di noleggio è inteso come "la cessione in uso per un periodo limitato di tempo ai fini di un beneficio economico commerciale diretto o indiretto" (art. 2.1, lett. a)). Il diritto di prestito è definito come "la cessione in uso, per un periodo limitato di tempo ma non ai fini di un beneficio economico e commerciale diretto o indiretto, quando il prestito viene effettuato da istituzioni aperte al pubblico" (art. 2.1, lett. b)). L'articolo 2.2 prevede un termine minimo di riferimento per la definizione di *autore* ai fini della Direttiva, stabilendo che "il regista principale di un'opera cinematografica o audiovisiva si considera come suo autore o uno dei suoi autori", specificando poi che "gli Stati membri possono disporre che altre persone siano considerate coautori".

La Direttiva riconosce, all'articolo 3, il diritto esclusivo di autorizzare o vietare il noleggio o il prestito all'autore (per l'originale e per le copie dell'opera), all'artista interprete o esecutore (per le fissazioni della

122 Direttiva 93/98/CEE del Consiglio, limitatamente all'articolo 11, paragrafo 2; Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, limitatamente all'articolo 11, paragrafo 1.

prestazione artistica), al produttore di fonogrammi (per i propri fonogrammi) ed al produttore cinematografico (per l'originale e le copie della sua pellicola). Qualora un autore o un artista interprete o esecutore abbia trasferito o ceduto il diritto di noleggio relativo ad un fonogramma o all'originale o copia di una pellicola a un produttore di fonogrammi o pellicole, detto autore o artista conserva il diritto, dichiarato "irrinunciabile", di ottenere un'equa remunerazione per il noleggio. La gestione di tale diritto può essere affidata a società di gestione collettiva che rappresentano gli autori o gli artisti. L'articolo 6, tuttavia, prevede anche un'eccezione: gli Stati membri possono derogare a tale diritto esclusivo per consentire il prestito da parte di istituzioni pubbliche "a condizione che almeno gli autori ricevano una remunerazione per tale prestito". Agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di stabilire l'ammontare della remunerazione, tenendo conto dei loro obiettivi di promozione culturale.

Il Capo II della Direttiva definisce, inoltre, un quadro armonico per la protezione dei diritti connessi di interpreti, produttori di fonogrammi, società di trasmissione e produttori cinematografici. Tali diritti connessi sono il diritto di fissazione dell'opera, il diritto di radiodiffusione e comunicazione al pubblico ed il diritto di distribuzione. Tale quadro, pertanto, pone l'attenzione sui diritti patrimoniali di coloro che siano coinvolti nella realizzazione di un'opera, garantendo loro un coacervo di diritti che possano essere fatti valere ai fini del contrasto della pirateria e per la salvaguardia dei loro ritorni economici. Ad interpreti ed esecutori

viene infatti riconosciuto il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la diffusione della loro esecuzione (art. 7), la radiodiffusione via etere e la comunicazione al pubblico delle loro prestazioni artistiche (art. 8). Il diritto di ricevere un'equa remunerazione, versata dall'utente allorché un fonogramma sia fatto oggetto di comunicazione al pubblico, è condiviso dagli interpreti ed esecutori con il produttore del fonogramma.

Agli organismi di radiodiffusione è riconosciuto, dall'articolo 7, il diritto esclusivo di autorizzare o vietare fissazioni delle loro emissioni, siano esse trasmesse su filo o via etere, incluse le emissioni via cavo o via satellite. L'articolo 8 riconosce loro il diritto esclusivo di controllare la ritrasmissione via etere delle loro emissioni e la loro comunicazione al pubblico, ove questa avvenga in luoghi accessibili al pubblico mediante pagamento di un diritto d'ingresso.

Il diritto esclusivo di mettere a disposizione del pubblico (diritto di distribuzione) gli originali e le copie delle opere è previsto dall'articolo 9. Ne sono titolari: gli artisti interpreti ed esecutori (per le fissazioni delle loro prestazioni artistiche); i produttori di fonogrammi (per i loro fonogrammi); i produttori delle prime fissazioni di una pellicola (per l'originale e per le copie della pellicola); e gli organismi di radiodiffusione (per le fissazioni delle loro emissioni). Tale diritto può essere trasferito, ceduto o dato in uso in base a licenza contrattuale.

L'articolo 10 concede agli Stati membri la facoltà di prevedere una serie di eccezioni, riconducibili agli istituti di *fair use* e *fair dealing* propri dei sistemi di common law. Le eccezioni possono riguardare i casi di

utlizzazione privata, utilizzazione di corti frammenti a scopi di cronaca, utilizzazione unicamente a fini didattici o di ricerca scientifica. È anche prevista la facoltà di disporre eccezioni sulle fissazioni effimere da parte di organismi di radiodiffusione fatte con propri mezzi e per le proprie emissioni.

2.4.4 Direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione (2001/29/CE)

Nel Libro Verde del 1995 la Commissione aveva sottolineato l'importanza degli investimenti in infrastrutture tecnologiche, i quali necessitavano di essere promossi attraverso un adeguato quadro di protezione del diritto d'autore. Nel piano legislativo previsto, la Commissione aveva messo da parte alcune specifiche questioni, quali l'*enforcement* dei diritti in questione o i diritti di ritrasmissione, concentrandosi invece sui diritti di riproduzione e distribuzione, l'elusione delle misure tecnologiche di protezione e il diritto di comunicazione al pubblico. Nei considerando si evince come il diritto d'autore e i diritti connessi svolgano un'importante funzione nel contesto della società dell'informazione in Europa, in quanto proteggono e stimolano lo sviluppo e la commercializzazione di nuovi prodotti e servizi nonché la creazione e lo sfruttamento del loro contenuto creativo. La Direttiva può essere considerata un punto di svolta, giacché sancisce l'abbandono dell'approccio tipicamente settoriale che aveva caratterizzato la legislazione europea sul tema sino a quel momento, e denota la volontà

di considerare la materia in termini complessivi. Nelle parole dell'allora Commissario europeo per il mercato interno e i servizi, Frederik Bolkestein:

«Questa Direttiva non è soltanto la misura più importante che l'Europa abbia mai adottato nel campo del diritto d'autore, ma rappresenta la trasposizione della normativa europea sul diritto d'autore nell'era digitale. I creatori, gli artisti e le industrie del diritto d'autore d'Europa possono ora guardare avanti, con rinnovata fiducia, alle sfide poste dal commercio elettronico. Allo stesso tempo, la Direttiva assicura i legittimi interessi di utenti, consumatori e della società tutta.»[123].

Il campo di applicazione di tale strumento è invero potenzialmente onnicomprensivo. Il Capo I, piuttosto che definire gli ambiti applicativi, preferisce specificare le vigenti disposizioni comunitarie che non vengono modificate o pregiudicate dalla Direttiva *de qua* (programmi per elaboratore, diritto di noleggio, di prestito e diritti connessi, radiodiffusione via satellite e ritrasmissione via cavo, banche dati).

L'Articolo 2 riconosce il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte:

- agli autori, per quanto riguarda le loro opere;

123 "Not only is the Directive the most important measure ever to be adopted by Europe in the copyright field but it brings European copyright rules into the digital age. Europe's creators, artists and copyright industries can now look forward with renewed confidence to the challenges posed by electronic commerce. At the same time, the Directive secures the legitimate interests of users, consumers and society at large".

- agli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche;
- ai produttori di fonogrammi per quanto riguarda le riproduzioni fonografiche;
- ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole;
- agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite.

L'articolo 3 riconosce il diritto di comunicazione al pubblico, diritto che non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la messa a disposizione del pubblico. Agli autori è riconosciuto il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente agli artisti interpreti o esecutori (per le fissazioni delle loro prestazioni artistiche); ai produttori di fonogrammi (per le loro riproduzioni fonografiche); ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola (per l'originale e le copie delle loro pellicole); agli organismi di diffusione radiotelevisiva (per le fissazioni delle loro trasmissioni, su filo o via etere, via cavo o via satellite).

L'Articolo 4 garantisce agli autori 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. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità sia effettuata dal titolare del diritto con il suo consenso.

È interessante notare come l'Articolo 5 preveda un'eccezione obbligatoria solo per gli atti di riproduzione. Sono ivi presi in considerazione quegli atti di riproduzione temporanea che siano privi di rilievo economico proprio, che siano transitori ed accessori, che siano parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, e che siano eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, oppure un *utilizzo legittimo*. Sono in seguito previste venti eccezioni facoltative al diritto di riproduzione e al diritto di comunicazione al pubblico, che gli Stati membri sono liberi di adottare in quanto le ritengano opportune o necessarie. Le eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione concernono: la reprografia; le riproduzioni per uso privato e a fini non commerciali (a condizione che i titolari ricevano un equo compenso); le riproduzioni realizzate da biblioteche pubbliche, istituti di istruzione, musei o archivi che non mirino ad alcun vantaggio economico o commerciale; le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con propri mezzi e per le proprie emissioni; le riproduzioni di emissioni

radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che non abbiano scopo commerciale (a condizione che i titolari ricevano un equo compenso). Più numerose sono le eccezioni facoltative ai diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico, quali gli usi per finalità educative, per ricerca scientifica, a fini di critica o di rassegna (purché si indichi la fonte); gli impieghi per finalità di pubblica sicurezza; l'utilizzo a scopo di parodia o caricaturale. Quando gli Stati membri possono disporre un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione, possono anche disporre un'eccezione o una limitazione al diritto di distribuzione nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa.

Il Capo III della Direttiva attiene alla tutela delle misure tecnologiche e delle informazioni sul regime dei diritti. Tale porzione della normativa fu oggetto di una serie di controversie, dal momento che talune misure tecnologiche di protezione rischiavano *de facto* di compromettere o rendere pressoché impraticabili le eccezioni e le limitazioni ai diritti suindicate. Per esempio, la presenza di dispositivi anti-copia, la cui eventuale violazione costituisce un illecito punito dalla legge, renderebbe materialmente impossibile la copia di una illustrazione o di un testo effettuata per soli fini didattici, comportamento che sarebbe invece ammissibile sulla base delle eccezioni previste dall'Articolo 5. L'Articolo 6 della Direttiva cerca pertanto di trovare un compromesso equilibrato tra fruibilità giustificata ed enforcement dei diritti. Gli Stati membri sono tenuti a prevedere adeguate protezioni giuridiche contro la deliberata e

consapevole elusione di efficaci misure tecnologiche. Gli Stati devono altresì prevedere adeguata protezione 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:

- siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere efficaci misure tecnologiche, o
- non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere efficaci misure tecnologiche, o
- siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche[124].

Il paragrafo 4 dell'Articolo 6, tuttavia, prevede che gli Stati membri prendano provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al materiale protetto.

124 Art. 6, par. 3: "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".

L'Articolo 7 prevede poi una serie di obblighi relativi alle informazioni sul regime dei diritti. Gli Stati devono prevedere un'adeguata protezione giuridica contro chiunque compia consapevolmente, senza averne diritto, un elenco di comportamenti. Tale elenco comprende la rimozione o l'alterazione di qualsiasi informazione elettronica sul regime dei diritti e qualunque diffusione o messa a disposizione del pubblico di materiali protetti da cui siano stati rimosse o alterate, senza averne diritto, le informazioni elettroniche sul regime dei diritti[125]. L'unica condizione prevista è che chi compia tali atti sia (o si possa ragionevolmente presumere che sia) consapevole che con essi induce, rende possibile, agevola o dissimula una violazione dei diritti d'autore o diritti connessi previsti dalla legge, o del diritto *sui generis* di cui al Capitolo III della Direttiva 96/9/CE (relativo alle banche dati).

Le disposizioni comuni in materia di sanzioni e mezzi di ricorso sono previste dall'Articolo 8. Gli Stati membri devono prevedere adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni previste ed adottare tutte le misure necessarie a garantire l'applicazione delle sanzioni e l'esperibilità dei mezzi di ricorso. Le sanzioni devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. I mezzi di ricorso devono prevedere la possibilità di intentare un'azione per danni e/o chiedere un provvedimento inibitorio e, se del caso, il sequestro del materiale all'origine della violazione, nonché di attrezzature, prodotti o

125 Art. 7, par. 2: "Ai fini della presente direttiva, per "informazioni sul regime dei diritti" s'intende qualunque informazione fornita dai titolari dei diritti che identifichi l'opera o i materiali protetti di cui alla presente direttiva o coperti dal diritto sui generis di cui al capitolo III della direttiva 96/9/CE, l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti, o qualunque informazione circa i termini e le condizioni di uso dell'opera o di altri materiali nonché qualunque numero o codice che rappresenti tali informazioni".

componenti. Il provvedimento inibitorio deve essere assicurato anche nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati per le violazioni.

La Direttiva in questione è stata oggetto di aspre critiche da parte dei commentatori, soprattutto per quanto riguarda la lunga lista di eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi. Il professor Bernt Hugenholtz sottolineava come entrambi gli obiettivi principali della Direttiva fossero stati sostanzialmente mancati[126]. Il primo di questi, cioè l'allineamento della normativa europea con i Trattati WIPO, sarebbe stato facilmente raggiungibile in pochi mesi semplicemente copiando le disposizioni di tali Trattati nella Direttiva. «*E invece no* – scrive il professore – *sarebbe stato troppo facile. In una mossa che rifletteva la sua ambizione di stabilire le norme sul diritto d'autore del mondo, la Commissione Europea ha scelto subito di non accontentarsi del livello di protezione concordato a livello WIPO, ma di alzare lo standard*».

L'altro grande obiettivo della Direttiva doveva essere quello di armonizzare, o quantomeno ravvicinare, le legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore, così come previsto già dal Libro Verde del 1995. Ci si meraviglia del fatto che, se da un lato la Direttiva prende in considerazione meno della metà delle aree di interesse elencate nel Libro Verde, dall'altro si dedica estensivamente ad una questione che il Libro menziona solo incidentalmente: le deroghe ai diritti di privativa. La portata estremamente ampia di queste di certo non favorisce gli scopi di armonizzazione, poiché la maggioranza delle eccezioni è facoltativa e le

126 B. Hugenholtz, *Why the Copyright Directive in Unimportant, and Possibly Invalid.*, pubblicato su European Intellectual Property Review, vol. 11, pagg. 501-502.
Cfr. https://pure.uva.nl/ws/files/3086454/9021_opinion_EIPR.html

loro formulazioni sono suscettibili di interpretazioni estensive e diversificate.

2.4.5 Direttiva sul diritto d'autore sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte (2001/84/CE)

Il c.d. *droit de suite* è il diritto di ricevere una quota dei guadagni derivanti dalle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte figurativa. Trattasi di un diritto frugifero, che consente all'autore di percepire un compenso ogniqualvolta l'opera venga alienata. Il diritto sulle successive vendite mira dunque ad assicurare agli autori di opere d'arte figurativa la partecipazione economica al successo delle loro opere. Detto diritto tende, quindi, a ristabilire l'equilibrio tra la situazione economica degli autori di opere figurative e quella di altri creatori, i quali traggono effettivo profitto dalle successive utilizzazioni delle loro opere. Tale diritto era già riconosciuto dalla quasi totalità dei Paesi dell'Unione prima dell'adozione della Direttiva 84 del 2001[127], e la Convenzione di Berna ne prevede l'applicazione, ma solo ove la legislazione nazionale del Paese lo ammetta. Ciò non toglie che eventuali disparità di trattamento in tal senso siano suscettibili di compromettere pesantemente il mercato unico in primis e quello mondiale in generale: l'autore di un'opera d'arte figurativa sarebbe poco interessato alla diffusione del suo lavoro in un Paese che non gli riconoscesse adeguati ritorni economici. Queste considerazioni sono alla base della c.d. *Resale Rights Directive* del 2001, che nel suo Preambolo auspica un'armonizzazione globale, attraverso la

127 Eccezioni di rilievo erano costituite da Austria, Irlanda, Italia, Malta, Paesi Bassi e Regno Unito.

modifica del carattere della disposizione prevista tra le regole di Berna da facoltativa a perentoria per tutti i Paesi firmatari. Nel frattempo, precisa il testo del Preambolo, si rivela necessaria una fissazione di regole transitorie che possano valere per il mercato unico europeo.

Nonostante l'obiettivo di migliorare le condizioni di concorrenza e il buon funzionamento del mercato interno delle opere d'arte, diverse obiezioni vennero sollevate da alcuni Paesi sul paventato impatto negativo che tale disciplina avrebbe apportato sulle capacità dell'Unione di concorrere con altri Paesi del mondo che non prevedessero una simile norma.

Segnatamente, il Regno Unito manifestava la preoccupazione che, dato che l'onere economico della direttiva sarebbe ricaduto interamente sul venditore, le case d'asta europee avrebbero trovato più conveniente delocalizzare le vendite verso altri Paesi in cui il *droit de suite* non era riconosciuto, quali la Svizzera o gli Stati Uniti. Si temeva inoltre che la disciplina comunitaria avrebbe penalizzato le opere di artisti emergenti[128].

Il diritto sulle successive vendite di opere d'arte viene definito, all'Articolo 1, come "diritto inalienabile, cui non è possibile rinunciare nemmeno anticipatamente, ad un compenso sul prezzo ottenuto per ogni vendita successiva alla prima cessione da parte dell'autore", che si applica a tutte le alienazioni in cui sia previsto "l'intervento, in qualità di venditori, acquirenti o intermediari, di professionisti del mercato dell'arte, come le case d'asta, le gallerie d'arte e, in generale, qualsiasi

128 La Direttiva fu adottata nel 2001, ma furono previste diverse misure transitorie prima del suo completo receimento, la cui data fu eccezionalmente – e significativamente - fissata al 1° gennaio 2006.

commerciante di opere d'arte". Gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere che tale diritto non si applichi se il venditore ha acquistato l'opera direttamente dall'autore meno di tre anni prima di tali vendite ed il prezzo non è stato superiore a mille euro.

L'Articolo 2 individua il campo di applicazione e intende, per opere d'arte, "gli originali delle opere delle arti figurative, come i quadri, i "collages", i dipinti, i disegni, le incisioni, le stampe, le litografie, le sculture, gli arazzi, le ceramiche, le opere in vetro e le fotografie, purché si tratti di creazioni eseguite dall'artista stesso o di esemplari considerati come opere d'arte e originali".

Spetta agli Stati membri stabilire un prezzo minimo di vendita al di sopra del quale le vendite sono soggette al diritto di cui sopra, prezzo minimo che in ogni caso non può superare i tremila euro (Art. 3). L'Articolo 4 indica le percentuali relative a quote del prezzo di vendita (calcolato al netto dell'imposta), cui corrisponde il compenso che spetta di diritto all'artista. L'importo totale dei compensi non può mai essere superiore a 12.500 euro.

Sono beneficiari dei compensi l'autore dell'opera e, dopo la sua dipartita, i suoi aventi causa. Gli Stati membri possono prevedere una gestione collettiva (obbligatoria o facoltativa) dei compensi. I cittadini di Stati terzi e i loro aventi causa beneficiano del *droit de suite* solo ove la legislazione del loro Paese di provenienza lo consenta (Art. 7).

La durata della protezione corrisponde, secondo l'Articolo 8, a quella prevista dall'Articolo 1 della Direttiva 93/98/CE, la quale però è stata

abrogata e sostituita dalla Direttiva 2006/116/CE. La nuova disciplina prevede coerenza perfetta con l'Art. 2 della Convenzione di Berna, pertanto il diritto dura tutta la vita dell'autore, più settant'anni dopo la sua morte, indipendentemente dal momento in cui l'opera è stata resa lecitamente accessibile al pubblico. Tuttavia, la Direttiva concede un regime particolare ad applicazione progressiva a quei Paesi che non riconoscevano il *droit de suite* nel loro ordinamento prima dell'entrata in vigore della Direttiva. A tali Paesi è consentito applicare tale diritto solo all'artista vivente, e non ai suoi aventi causa, fino al 1° gennaio 2010. Al termine di questa scadenza, tali Paesi possono inoltre negoziare una proroga di due anni. Hanno chiesto ed ottenuto tale proroga l'Austria, l'Irlanda, Malta e il Regno Unito. L'Italia ha riconosciuto il diritto agli artisti e ai loro aventi causa sin da subito[129].

2.4.6 IPRED (2004)

La Direttiva 2004/48/CE è chiamata anche IPRED (acronimo di "*Intellectual Property Rights Enforcement Directive*") o anche *Direttiva Enforcement*. Si può ben comprendere allora come tale strumento rivolga l'attenzione, in particolare, agli strumenti giuridici a disposizione dei titolari di diritti di privativa per far valere ("to enforce") tali loro diritti. La Direttiva cioè lascia sostanzialmente invariati provvedimenti ed obblighi internazionali in materia di proprietà intellettuale, ma va a regolare addizionali misure di sicurezza per quanto riguarda il copyright digitale. Come si evince dal Preambolo, l'obiettivo della IPRED è quello di

129 D.lgs. 118/2006 di attuazione della Direttiva 2001/84/CE.

ravvicinare le legislazioni degli Stati membri "al fine di assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno". La Direttiva infatti "concerne le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale" (art. 1), nozione che include anche la proprietà industriale. È oltretutto prevista la facoltà di estensione delle disposizioni ad atti di concorrenza sleale, comprese le copie pirata o attività simili.

Gli Stati membri definiscono le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale di cui alla Direttiva stessa, la quale si fonda sulle migliori pratiche (*best practices*) sviluppate negli ordinamenti interni degli Stati membri ed incorpora e supera le misure previste dall'Accordo TRIPs.

Ex Art. 3, tali misure, procedure e mezzi di ricorso devono essere leali ed equi, non inutilmente complessi o costosi e non devono comportare termini irragionevoli né ritardi ingiustificati. Misure, procedure e mezzi di ricorso devono inoltre essere "effettivi, proporzionati e dissuasivi" vanno applicati in modo da non creare ostacoli al legittimo commercio e da prevedere salvaguardie contro gli abusi.

In base all'articolo 4, i soggetti legittimati a chiedere l'applicazione di tali strumenti di *enforcement* sono:

- i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, conformemente alle disposizioni della legislazione applicabile;
- tutti gli altri soggetti autorizzati a disporre di tali diritti, in

particolare i titolari di licenze, conformemente alla legislazione applicabile;

- gli organi di gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale regolarmente riconosciuti come aventi facoltà di rappresentare i titolari, conformemente alla legge applicabile;
- gli organi di difesa professionali regolarmente riconosciuti come aventi facoltà di rappresentare i titolari dei diritti, conformemente alla legge applicabile.

Si presume, sino a prova contraria, che gli autori di opere letterarie ed artistiche siano tali, ed in quanto tali siano ammessi ad agire contro i contraffattori, ove il loro nome sia indicato sull'opera o nei modi d'uso. Tale presunzione si applica, mutatis mutandis, ai titolari di diritti connessi per quanto riguarda il rispettivo materiale protetto (Art. 5). Se una parte in causa ha presentato elementi di prova ragionevolmente accessibili e sufficienti per sostenere le sue affermazioni, specificando prove che si trovano nella disponibilità della controparte, l'autorità giudiziaria competente può ordinare alla controparte di produrre tali elementi, salva la tutela di eventuali informazioni riservate. Alle stesse condizioni, in caso di violazione commessa su scala commerciale, gli Stati membri possono consentire alle autorità giudiziarie di ordinare, se del caso, su richiesta di parte, la comunicazione di documentazioni bancarie, finanziarie o commerciali che si trovino in possesso della controparte, salva la tutela delle informazioni riservate (Art. 6). I soggetti legittimati possono anche chiedere al giudice l'adozione di misure provvisorie a

protezione delle prove (art. 7) e misure cautelari, che possono tradursi in un'ingiunzione interlocutoria la quale può assumere svariati contenuti o nel sequestro o consegna dei prodotti sospettati di pregiudicare un diritto di proprietà intellettuale (Art. 9).

L'Articolo 8 disciplina invece il diritto di informazione. In tal senso, gli Stati devono assicurare che, nel contesto dei procedimenti sulle violazioni della proprietà intellettuale e in risposta ad una richiesta giustificata e proporzionata del richiedente, l'autorità giudiziaria possa ordinare che le informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di proprietà intellettuale siano fornite dall'autore della violazione e/o da ogni altra persona che:

- sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale;
- sia stata sorpresa a utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale;
- sia stata sorpresa a fornire, su scala commerciale, servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto; oppure
- sia stata indicata dai soggetti dei punti precedenti come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi.

La Sezione 5 della Direttiva regolamenta le misure adottate a seguito della decisione sul merito della controversia, che possono essere di tre tipi: misure correttive, ingiunzioni e misure alternative. L'Articolo 10, fatto salvo il risarcimento dei danni dovuto al titolare del diritto, e senza

indennizzo di alcun tipo, mira ad assicurare alle autorità giudiziarie nazionali la possibilità di ordinare, su richiesta dell'attore, le misure correttive adeguate da adottarsi per le merci che si è accertato violino un diritto di proprietà intellettuale e, nei casi opportuni, per i materiali e gli strumenti principalmente utilizzati per la realizzazione o la fabbricazione di siffatte merci. Le misure, che salvo motivi particolari sono a spese dell'autore della violazione, comprendono il ritiro dai circuiti commerciali, l'esclusione definitiva dai circuiti commerciali oppure la distruzione. Nel considerare la richiesta di tali misure correttive, l'autorità è tenuta ad una valutazione di proporzionalità che tenga conto della gravità della violazione, dei mezzi di ricorso ordinati, nonché degli interessi dei terzi.

In presenza di una decisione che abbia accertato una violazione della proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie devono poter emettere, nei confronti dell'autore della violazione, un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione. La legislazione nazionale può altresì prevedere il pagamento di una pena pecuniaria, suscettibile di essere reiterata, in caso di mancato rispetto dell'ingiunzione (Art. 11).

È nella facoltà degli Stati membri stabilire che nei casi adeguati e su richiesta del soggetto cui potrebbero essere applicate le misure di cui sopra, l'autorità giudiziaria competente può ordinare il pagamento alla parte lesa di un indennizzo pecuniario, invece delle misure suindicate. Tale possibilità è esercitabile solo se tale soggetto ha agito in modo non intenzionale e senza negligenza, se l'esecuzione delle misure di cui sopra

causerebbe un danno sproporzionato e se l'indennizzo alla parte lesa sembri ragionevolmente soddisfacente (Art. 12).

In merito al risarcimento del danno, l'Articolo 13 stabilisce che gli Stati membri assicurino che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione di risarcire al titolare del diritto danni adeguati al pregiudizio effettivo subito. L'autorità giudiziaria deve tener conto delle conseguenze economiche negative (sia danno emergente sia lucro cessante), dei benefici illegalmente realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, di elementi diversi da quelli economici, come il danno morale. In alternativa a tali considerazioni, l'autorità giudiziaria può fissare una somma forfettaria in base ad altri elementi, e perlomeno in base all'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti se l'autore della violazione avesse chiesto l'autorizzazione per l'uso della proprietà intellettuale in questione.

Gli Stati membri assicurano, inoltre, che spese giudiziarie ragionevoli e proporzionate (nonché altri oneri eventualmente sopportati dalla parte vincitrice) siano di norma a carico del soccombente, a meno che il rispetto del principio di equità non lo consenta (art. 14). L'autorità giudiziaria deve avere facoltà di ordinare, su richiesta dell'attore e a spese del soccombente, misure adeguate per la divulgazione dell'informazione riguardo la decisione, quali l'affissione o la pubblicazione integrale o per estratto (art. 15). Fatte salve misure, procedure e mezzi di ricorso di natura civile ed amministrativa previsti dalla Direttiva, gli Stati membri possono applicare ulteriori sanzioni appropriate (art. 16).

Ai sensi dell'articolo 17, gli Stati devono incoraggiare la formulazione di codici di condotta con l'intento di assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Al fine di promuovere collaborazione e scambio di informazioni, ogni Stato designa un corrispondente nazionale (Art. 19).

2.4.7 IPRED2

Nel luglio del 2005 la Commissione aveva presentato una nuova proposta di Direttiva sulle misure penali volte a garantire il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (2005/0127/COD). Le motivazioni di tale proposta consideravano come contraffazione, pirateria e, più in generale, le violazioni della proprietà intellettuale costituissero un fenomeno dalle dimensioni internazionali in costante crescita e rappresentassero una seria minaccia per le economie nazionali. Lo sviluppo dell'uso di Internet, in particolare, permette una distribuzione immediata e globale dei prodotti pirata, fenomeno che risulta sempre più legato alla criminalità organizzata e che va ad intaccare non solo i diritti di coloro che operano nel mercato delle opere d'arte, ma anche la tutela dei consumatori, in paricolare quando siano in gioco salute e sicurezza pubblica. La Commissione rilevava come, potenzialmente, fosse possibile ricavare profitti elevati dalla commercializzazione di materiali contraffatti senza incorrere in sanzioni giuridiche rilevanti o appropriate. La Direttiva IPRED del 2004 si limitava a prevedere procedure e mezzi di ricorso di natura civile ed amministrativa. Lo scopo di questa nuova proposta, dunque, era quello di integrare la IPRED con alcune disposizioni penali

di rafforzamento e miglioramento della lotta alla contraffazione e alla pirateria[130]. Qualificandosi come seconda Direttiva europea sul rispetto (o meglio, sull'*enforcement*) dei diritti di proprietà intellettuale, tale strumento venne ridenominato IPRED2.

La IPRED2 prevedeva un'obbligo in capo agli Stati membri di qualificare come reato qualsiasi violazione intenzionale del diritto di proprietà intellettuale commesso su scala commerciale, comprendendovi il tentativo, la complicità e l'incitamento. Le sanzioni per tali violazioni, oltra a pene restrittive della libertà per le persone fisiche, comprendevano le ammende e la confisca dell'oggetto contraffatto, degli strumenti e dei prodotti originati dai reati, o di beni il cui valore corrisponda a questi prodotti. Altre sanzioni, previste in casi particolari, comprendevano la distruzione delle merci controverse e dei beni ad esse strumentali e la chiusura, totale o parziale, definitiva o temporanea, dello stabilimento in cui principalmente sia stata commessa la violazione. Erano altresì previsti: l'interdizione, permanente o temporanea, dall'esercizio di attività commerciali; il controllo giudiziario; la liquidazione giudiziaria; il divieto di accedere a sovvenzioni e aiuti pubblici; la pubblicazione delle decisioni giudiziarie. I reati dovevano essere punibili con una pena massima di almeno 4 anni di reclusione, quando commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale o quando comportino un rischio per salute o sicurezza pubbliche. Le sanzioni comprendevano ammende penali o non penali di un massimo di almeno 10.000 euro per i casi meno gravi e di un

130 Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale [COM(2005)276 def.].
Cfr. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM:2005:276:FIN

massimo di almeno 300.000 euro per i reati commessi in ambito di una organizzazione criminale e per quelli comportanti un rischio per salute e sicurezza pubblica.

La proposta riuscì ad arrivare all'esame parlamentare nel 2007. L'eurodeputato italiano Nicola Zingaretti, relatore del provvedimento, nell'accogliere la proposta della Commissione, suggerì una serie di emendamenti. Di particolare importanza risulta l'Emendamento n. 16[131], presentato dall'allora eurodeputato italiano (nonché astrofisico ed astronauta) Umberto Guidoni, che aggiungeva un nuovo comma all'articolo 3, che recita:

*«Gli Stati membri provvedono a che l'**uso equo** di un'opera protetta, inclusa la riproduzione in copie o su supporto audio o con qualsiasi altro mezzo, a fini di critica, recensione, informazione, insegnamento (compresa la produzione di copie multiple per l'uso in classe), studio o ricerca, non sia qualificato come reato.»*[132]

La motivazione di tale emendamento, che avrebbe introdotto l'eccezione di *fair use* nell'acquis comunitario, risiedeva nella necessità di previsione di misure penali a protezione della libertà di stampa. Professionisti quali i giornalisti, gli scienziati e gli insegnanti non sono criminali, così come i giornali, gli istituti di ricerca e le scuole non sono organizzazioni criminali. La misura non avrebbe comunque pregiudicato

131 Progetto di risoluzione legislativa del Parlamento Europeo.
Cfr. http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?Type=REPORT&Reference=A6-2007-0073&language=IT
132 Enfasi aggiunta.

la protezione dei diritti, in quanto sarebbe residuata la possibilità del risarcimento per i danni civili.

La proposta di Direttiva, tuttavia, suscitò pesanti critiche da più parti. Alcuni, in particolare, obiettavano che IPRED2 non fosse il frutto di una buona redazione. La Free Software Foundation Europe, ad esempio, sottolineava la debolezza dei termini "intenzionale" e "su scala commerciale" nella definizione dei crimini, termini che avrebbero indotto molte persone a ritenere che tale direttiva avrebbe avuto applicazione solo a violazioni premeditate della legge a scopi di profitto. Viene qui fatto l'esempio di un musicista di strada che suona per qualche moneta. Il testo proposto qualificherebbe il musicista come un criminale, se egli suonasse canzoni protette dal diritto d'autore senza prima aver ottenuto una licenza. Ma oltre al musicista, criminali sarebbero anche la persona che magari abbia dato un passaggio al musicista per permettergli di raggiungere la postazione (per aver aiutato il compimento dell'infrazione), tutti coloro che si siano fermati ad ascoltare o abbiano lasciato qualche moneta al performer (per istigazione all'infrazione) e persino chiunque possa prevenire l'infrazione e non l'abbia fatto[133].

Ulteriori rilievi critici, avanzati dalla Electronic Frontier Foundation, dalla Foundation for a Free Information Infrastructure, dalla Law Society di Inghilterra e Galles, dal Parlamento olandese ed altri[134], comprendevano la sproporzionata ampiezza del campo di applicazione (il progetto avrebbe di gran lunga ampliato lo standard internazionale

133 Free Software Foundation Europe – *Criminalisation of copyright and trademark infringement*. Cfr. http://fsfe.org/campaigns/ipred2/#summary

134 Gruppo di lavoro IPRED2, par. 8 – *External Opinions*. Cfr. https://action.ffii.org/ipred2

previsto dall'Accordo TRIPs del 1994), la redazione frettolosa delle disposizioni sulle sanzioni (contenenti misure "draconiane", poco adatte alla materia) e il fatto che nel complesso IPRED2 avrebbe costituito un rischio per l'industria e per l'innovazione.

Il Parlamento olandese scrisse una lettera all'allora Commissario europeo per la Giustizia, la Libertà e la Sicurezza, Franco Frattini, nella quale si sosteneva che entrambe le camere "considerano che la presente proposta non rientra nei poteri della comunità" e "non rispetta i principi di sussidiarietà e proporzionalità"[135]. Con IPRED2, la Commissione avrebbe ripresentato ciò che era stato precedentemente escluso dalla Direttiva del 2004, perché votato come incompatibile con il diritto dell'Unione. Veniva infatti obiettato che le decisioni del c.d. primo pilastro dell'Unione (politiche economiche, sociali ed ambientali delle Comunità) non potessero affrontare sanzioni penali.

Nel settembre del 2010, la Commissione Europea ha deciso di ritirare la proposta, così come annunciato nella Gazzetta Ufficiale C/252[136].

2.4.8 Direttive sulla durata della protezione del diritto d'autore (93/98/CEE, 2006/116/CE e 2011/77/UE)

La prima Direttiva sulla durata della protezione del diritto d'autore risale al 1993 ed è successiva al caso *EMI Electrola GmbH v. Patricia Im – und Export e altri*, dal quale erano emersi proprio i problemi derivanti

135 M. Ermert – *EU IP Enforcement Directive Questioned On Procedure*, su Intellectual Property Watch dell'11/07/2006. Cfr. https://www.ip-watch.org/2006/07/11/eu-ip-enforcement-directive-questioned-on-procedure/?res=1024_ff&print=0

136 Official Journal of the European Union – Withdrawal of Obsolete Commission Proposals, p.3 Cfr. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:252:0007:0011:EN:PDF

dalla mancata armonizzazione dei termini di protezione.

La tedesca EMI Electrola aveva ottenuto dalla britannica EMI Records Ltd. i diritti di riproduzione e diffusione in Germania di brani musicali interpretati dal cantante inglese Cliff Richards. Due società tedesche, la Patricia e la Luene-ton, avevano importato dalla Danimarca alcuni supporti sonori contenenti le incisioni di alcuni dei brani del cantante, e li avevano rivenduti nella Repubblica Federale di Germania. La EMI Electrola chiedeva pertanto ai tribunali tedeschi la cessazione delle vendite dei supporti importati dalla Danimarca e il risarcimento dei danni. I due convenuti replicavano che, prima della commercializzazione in Germania, i supporti erano stati legalmente prodotti e commercializzati in Danimarca, ove il termine di protezione dei diritti di esclusiva era già scaduto. Era poi emerso che si trattava di una specie di simulazione, poiché la Patricia aveva in realtà prodotto i supporti in Germania, poi li aveva consegnati in Danimarca, per infine reimportarli nella Repubblica Federale. Pur riconoscendo fondato il ricorso della EMI Electrola, alcune incertezze sulla compatibilità della legge federale con il Trattato CEE spinsero il giudice tedesco a sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia. La Corte si espresse in questi termini:

«*Il problema che sorge in tal modo deriva dalle differenze tra le legislazioni nazionali relative al periodo di protezione garantito al diritto d'autore e dai diritti connessi, quelle differenze relative alla durata della protezione stessa o ai suoi dettagli, come ad esempio il momento da cui il termine di protezione inizia a*

decorrere. A tale proposito, va notato che nello stato attuale del diritto comunitario, caratterizzato da una mancanza di armonizzazione o di ravvicinamento delle legislazioni che disciplinano la protezione della proprietà letteraria ed artistica, spetta ai legislatori nazionali stabilire le condizioni e regole dettagliate per tale protezione».

L'articolo 30 del Trattato andava quindi interpretato nel senso che non ostava all'applicazione della normativa nazionale tedesca e, di conseguenza, alla facoltà di un produttore di fonogrammi di far valere i propri diritti esclusivi di riproduzione e distribuzione al fine di vietare la vendita, nel territorio statale, di registrazioni dello stesso brano musicale importate da un altro Stato membro in cui sono state legalmente commercializzate e il cui produttore aveva goduto di una protezione nel frattempo scaduta.

Prima dell'adozione della Direttiva 93/98, la maggior parte degli Stati membri aveva scelto di adottare il termine minimo previsto dalla Convenzione di Berna (al tempo, cinquant'anni dalla morte dell'autore), pur essendoci state differenze significative (la Germania, ad esempio, prevedeva un termine di settant'anni). Maggiori disparità si riscontravano nell'ambito dei diritti connessi, a causa della bassa adesione alla Convenzione di Roma. Così, affianco a variazioni dell'evento da cui decorreva il termine di protezione, esistevano Stati membri, quali Paesi Bassi e Belgio, in cui all'epoca non era proprio riconosciuta alcuna protezione ai diritti connessi.

All'adozione della Direttiva del 1998 seguirono altri interventi sul tema, quali l'emendamento con la Direttiva 2001/29/CE, la codificazione della Direttiva 2006/116/CE ed, infine, la Direttiva 2011/77/UE. La disciplina attuale, quindi, si basa sulla Direttiva del 2006, così come modificata dalla Direttiva del 2011.

Ex Art. 1, i diritti d'autore di opere letterarie ed artistiche ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione di Berna durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno dopo la sua morte (dalla morte del coautore in caso di opera congiunta), indipendentemente dal momento in cui l'opera è stata lecitamente accessibile al pubblico. Per le opere anonime o pseudonime, la durata è di settant'anni dal momento in cui l'opera è stata resa lecitamente accessibile al pubblico. Per le opere pubblicate in volumi, parti, fascicoli, numeri o episodi, il termine decorre, separatamente per ogni singolo elemento, dal momento in cui è stato lecitamente reso accessibile al pubblico. Se l'opera non è stata resa lecitamente accessibile al pubblico e la sua durata di protezione non è calcolata a partire dalla morte dell'autore o degli autori, la protezione cessa entro settant'anni dalla creazione dell'opera.

La durata di protezione di un'opera cinematografica o audiovisiva[137] scade decorsi settant'anni dalla morte dell'ultima persona sopravvissuta fra le seguenti persone (a prescindere che siano riconosciute o meno come coautori): il regista principale, l'autore della sceneggiatura, l'autore del dialogo e il compositore della musica realizzata specificamente per

137 Art. 2 Par. 1: "Si considera come autore o uno degli autori il regista principale di un'opera cinematografica o audiovisiva. Gli Stati hanno facoltà di riconoscere altri coautori."

l'opera cinematografica o audiovisiva. Tale protezione è estesa, dall'Articolo 6, alle fotografie che si possano considerare opere originali (che siano cioè il risultato della creazione intellettuale dell'autore). Gli Stati membri possono prevedere regimi di protezione di altre fotografie.

La novella del 2011 aggiunge un altro paragrafo all'articolo 1:

«La durata della protezione di una composizione musicale con testo scade settanta anni dopo la morte dell'ultima persona sopravvissuta fra le seguenti persone, a prescindere dal fatto che esse siano o meno riconosciute quali coautori: l'autore del testo e il compositore della composizione musicale, purché entrambi i contributi siano stati specificamente creati per la rispettiva composizione musicale con testo».

La durata della protezione dei diritti connessi è disciplinata dall'Articolo 3, anch'esso significativamente modificato dalla Direttiva del 2011. I diritti di artisti interpreti ed esecutori scadono cinquant'anni dopo l'esecuzione. Tuttavia, se una fissazione della performance è lecitamente pubblicata o lecitamente comunicata al pubblico durante questo periodo, i diritti scadono cinquant'anni dopo la prima pubblicazione o, se anteriore, dopo la prima comunicazione al pubblico. Tale termine è innalzato a settant'anni nello specifico caso in cui la fissazione dell'esecuzione sia avvenuta in un fonogramma.

I diritti dei produttori di fonogrammi scadono, di regola, cinquant'anni dopo la fissazione del fonogramma. Tuttavia, se durante

tale periodo il fonogramma è lecitamente pubblicato, o lecitamente comunicato al pubblico, un termine di protezione di settant'anni decorre, rispettivamente, dal momento della prima pubblicazione lecita e dal momento della prima comunicazione al pubblico.

Se, decorsi cinquant'anni dalla pubblicazione lecita del fonogramma, o in mancanza di pubblicazione, decorsi cinquant'anni dalla lecita comunicazione al pubblico, il produttore non mette in vendita un numero sufficiente di copie del fonogramma, o non lo mette a disposizione del pubblico, consentendo all'utente di accedervi dal luogo e nel momento da esso scelti, l'artista, interprete o esecutore, ha il diritto irrinunciabile di risolvere il contratto di trasferimento o cessione dei suoi diritti di fissazione dell'esecuzione. In caso di risoluzione di tale contratto, i diritti del produttore di fonogrammi sul fonogramma scadono.

Ove il contratto di trasferimento o cessione conferisca all'artista il diritto ad esigere una remunerazione non ricorrente, gli è inoltre conferito il diritto irrinunciabile di ottenere una remunerazione annua supplementare da parte del produttore per ogni anno completo immediatamente successivo al cinquantesimo anno dalla pubblicazione del fonogramma o dalla sua comunicazione al pubblico. L'importo complessivo di tale remunerazione annua supplementare corrisponde al 20% del ricavo percepito dal produttore nell'anno precedente. Gli Stati membri devono garantire che i produttori di fonogrammi forniscano, su richiesta, agli artisti aventi diritto a tale remunerazione, ogni informazione necessaria per garantirne il pagamento; provvedono inoltre

a che il diritto ad ottenere la remunerazione sia amministrato da società di gestione collettiva.

I diritti dei produttori della prima fissazione di una pellicola scadono cinquant'anni dopo la fissazione della stessa. Anche qui, se entro tale termine la pellicola è lecitamente pubblicata o comunicata al pubblico, il termine di cinquant'anni decorre dalla prima pubblicazione o, se anteriore, dalla prima comunicazione al pubblico. Infine, i diritti degli organismi di radiodiffusione scadono cinquant'anni dopo la prima diffusione di un'emissione, sia essa trasmessa su filo o via etere, incuse le emissioni via cavo o via satellite.

L'Articolo 4 si occupa della protezione di opere non pubblicate anteriormente. Chiunque, dopo la scadenza della protezione, per la prima volta pubblichi o comunichi al pubblico un'opera inedita, beneficia di una protezione pari a quella dei diritti patrimoniali dell'autore. La durata di tali diritti, però, è di soli venticinque anni dal momento della pubblicazione o della comunicazione al pubblico.

Le edizioni critiche e scientifiche di opere diventate di pubblico dominio possono essere protette dalle legislazioni nazionali. In tal caso, la durata della protezione è al massimo di trent'anni dalla data in cui l'opera è stata lecitamente pubblicata per la prima volta (art. 5).

2.4.9 Direttiva sulle opere orfane (2012/28/UE)

Nel marzo 2010, la Commissione europea ha lanciato la strategia *Europa 2020*, con l'intento di uscire dalla crisi economica e di preparare

l'economia dell'Unione alle sfide del prossimo decennio. Tale strategia definisce una prospettiva per raggiungere alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale, da attuare tramite azioni concrete a livello europeo e nazionale, attraverso un coinvolgimento al massimo livello politico e la mobilitazione di tutte le parti interessate in Europa. Una delle sette iniziative faro della strategia *Europa 2020* è l'*Agenda digitale europea*[138]. Questa mira a stabilire il ruolo chiave delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) e sfruttarne al meglio il potenziale sociale ed economico[139].

L'Agenda individua e descrive otto aree di azione nell'ambito delle TIC: il mercato unico digitale; l'interoperabilità e gli standard; la fiducia e la sicurezza degli utenti; ricerca e innovazione; lo sviluppo dell'alfabetismo digitale, delle capacità e dell'inclusione; i benefici delle TIC per la società europea; gli aspetti internazionali dell'Agenda digitale.

L'istituzione di un quadro giuridico che promuova la digitalizzazione e la diffusione di opere e di altri contenuti protetti dai diritti d'autore o dai diritti connessi e il cui titolare dei diritti non sia stato individuato, o se individuato, non sia stato rintracciato (le c.d. *opere orfane*) rientra nelle azioni fondamentali dell'agenda digitale europea. La Direttiva 2012/28/UE affronta il problema specifico della determinazione giuridica dello status delle opere orfane e delle relative conseguenze in termini di

138 Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – *Un'agenda digitale europea* [COM(2010)245].
139 Il settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione genera direttamente il 5% del PIL europeo e rappresenta un valore di mercato di 660 miliardi di euro l'anno, ma contribuisce alla crescita complessiva della produttività in misura maggiore (20% derivante direttamente dal settore TIC e 30% derivante dagli investimenti nelle TIC).

utilizzazioni e utilizzi consentiti delle opere considerate orfane.

Nel Preambolo, si riconosce come il diritto d'autore sia il fondamento economico dell'industria creativa, dal momento che stimola l'innovazione, la creazione, gli investimenti e la produzione. La digitalizzazione e la diffusione di massa delle opere sono quindi un mezzo di tutela del patrimonio culturale europeo, e il diritto d'autore è strumento fondamentale per garantire che il settore creativo sia remunerato per il proprio lavoro. La Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione impone il consenso preventivo del titolare del diritto per la digitalizzazione e messa a disposizione al pubblico di un'opera o di un altro contenuto protetto. Si ben comprende come, invece, nel caso delle opere orfane, non sia possibile ottenere tale consenso preventivo.

L'obiettivo della Direttiva, dunque, è quello di assicurare la certezza del diritto in merito all'utilizzo di opere orfane, obiettivo che non può essere sufficientemente conseguito dagli Stati membri. L'Unione Europea può intervenire, ai fini di un'armonizzazione di tale disciplina, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del Trattato sull'Unione Europea[140]. La Direttiva si limita a quanto necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità[141] enunciato nel medesimo articolo.

140 Art. 5, par. 3, primo periodo, TUE: "In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione".
141 Art. 5, par. 4, primo periodo, TUE: "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati".

La Direttiva, in conformità all'Art. 1, si applica ad opere conservate nelle collezioni di biblioteche, istituti di istruzione o musei accessibili al pubblico, nonché nelle collezioni di archivi o di istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro, protette dal diritto d'autore o da diritti connessi, di prima pubblicazione in uno Stato membro o, in caso di mancata pubblicazione, di prima trasmissione in uno Stato membro. Tali opere possono essere opere pubblicate sotto forma di libri, riviste, quotidiani, rotocalchi o altre simili pubblicazioni, oppure opere cinematografiche o audiovisive e fonogrammi, in questo caso anche se prodotti da emittenti di servizio pubblico sino al 31 dicembre 2002 e conservati nei loro archivi.

La Direttiva si applica altresì alle opere e ai fonogrammi di cui sopra che non siano mai stati né pubblicati né trasmessi, ma che siano stati resi pubblicamente accessibili dalle organizzazioni suindicate con il consenso dei titolari dei diritti, se è ragionevole presumere che i titolari dei diritti non si opporrebbero agli utilizzi descritti dall'articolo 6 della Direttiva *de qua*[142]. Infine, la Direttiva si applica anche alle opere e agli altri contenuti protetti che sono inclusi, incorporati o che formano parte integrante delle opere o dei fonogrammi indicati.

Un'opera si considera orfana, ai sensi dell'Art. 2, "se nessuno dei titolari dei diritti [...] è stato individuato oppure, anche se uno o più di loro sia stato individuato, nessuno di loro è stato rintracciato nonostante una ricerca diligente dei titolari dei diritti sia stata svolta e registrata[143]".

142 v. *infra*, pag. 131

143 L'Articolo 3 prevede che le organizzazioni depositarie dell'opera svolgano in buona fede una ricerca diligente tramite la consultazione delle fonti appropriate, anteriormente all'utilizzo dell'opera.

Opere o fonogrammi considerati opere orfane in uno Stato membro ai sensi dell'articolo 2 sono considerati come tali in tutti gli Stati membri (art. 4), i quali devono garantire che il titolare dei diritti sull'opera orfana abbia, in qualunque momento, la possibilità di porre fine a tale status, per quanto riguarda i diritti ad esso spettanti (art. 5). Ai titolari dei diritti che pongono fine allo status di opera orfana spetta un equo compenso per l'utilizzo che ne è stato fatto dalle organizzazioni depositarie. Il livello del compenso è fissato, entro i limiti imposti dal diritto dell'Unione, dal diritto dello Stato membro in cui è stabilita l'organizzazione che utilizza l'opera orfana in questione.

Per quanto attiene agli utilizzi consentiti delle opere orfane (art. 6), è previsto che gli Stati membri introducano un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione e al diritto di messa a disposizione del pubblico per garantire che le organizzazioni depositarie di tali opere abbiano facoltà di mettere a disposizione del pubblico l'opera orfana (ai sensi dell'articolo 3 della Direttiva 2001/29/CE) e di eseguire atti di riproduzione (ai sensi dell'articolo 2 della Direttiva 2001/29/CE) per fini di digitalizzazione, messa a disposizione, indicizzazione, catalogazione, conservazione o restauro. Tali organizzazioni, tuttavia, possono utilizzare l'opera orfana con le modalità descritte unicamente per scopi connessi con le loro missioni di interesse pubblico, e possono generare entrate nel corso di detti utilizzi al solo scopo di coprire i costi sostenuti per la digitalizzazione e la messa a disposizione del pubblico. Le organizzazioni sono inoltre tenute ad indicare, in qualsiasi utilizzo dell'opera orfana, il

nome degli autori e degli altri titolari dei diritti che non siano stati individuati.

Infine, la Direttiva non osta all'applicazione delle disposizioni concernenti i brevetti, i marchi, i disegni o i modelli, i modelli di utilità, le topografie di prodotti a semiconduttori, i caratteri tipografici, l'accesso condizionato, l'accesso via cavo a servizidi diffusione, la protezione dei beni appartenenti al patrimonio nazionale, gli obblighi di deposito legale, le norme sulle pratiche restrittive e sulla concorrenza sleale, il segreto industriale, la sicurezza, la riservatezza, la tutela di dati e il rispetto della vita privata, l'accesso a documenti pubblici, il diritto contrattuale e le norme sulla libertà di stampa e la libertà di espressione nei mezzi di comunicazione.

2.4.10 Direttiva Barnier (2014/26/UE)

La "Direttiva sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno" è stata approvata nel febbraio 2014. La direttiva prende il nome dal politico francese Michel Barnier, l'allora Commissario europeo per il Mercato Interno ed i Servizi, che ne era stato promotore e relatore.

La necessità di migliorare il funzionamento degli organismi di gestione collettiva era già stata individuata in una raccomandazione della Commissione europea risalente al 2005[144]. La raccomandazione stabiliva

144 Raccomandazione 2005/737/CE della Commissione, 18 maggio 2005, sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali online autorizzati.

una serie di principi, come la possibilità per i titolari dei diritti di scegliere liberamente il loro organismo di gestione collettiva, la parità di trattamento delle categorie di titolari dei diritti e l'equa distribuzione delle *royalties*. La raccomandazione, inoltre, invitava gli organismi di gestione collettiva a fornire agli utenti informazioni sufficienti sulle tariffe e il repertorio prima di avviare trattative con loro. Il testo conteneva altresì raccomandazioni in materia di responsabilità, rappresentanza dei titolari dei diritti negli organi decisionali degli organismi di gestione collettiva e risoluzione delle controversie. Ciò nonostante, il seguito dato alle disposizioni della raccomandazione è stato disomogeneo. Ad ogni modo, Barnier ha spiegato come le disposizioni di tale Direttiva mirino a rafforzare e a migliorare in generale la governance e la trasparenza delle società di gestione collettiva, fornendo ai titolari dei diritti d'autore la possibilità di essere più coinvolti nei processi decisionali[145].

Ai fini della Direttiva, l'art. 3 traccia la linea di demarcazione tra gli organismi di gestione collettiva e le entità di gestione indipendente. I primi sono definiti come organismi che, per legge o sulla base di qualsiasi accordo contrattuale, siano autorizzati a gestire i diritti d'autore e/o i diritti connessi per conto di più di un titolare, a vantaggio collettivo di tali titolari come finalità unica o principale, che siano detenuti o controllati dai propri membri e/o organizzati senza fini di lucro.

La definizione di "entità di gestione indipendente", invece, è la seguente: "un oganismo autorizzato, per legge o in base a una cessione

145 Agenzia Giornalistica Italia – *Diritto d'autore: cosa dice la Direttiva Barnier*, su AGI – Cultura dell'8 giugno 2016.

dei diritti, una licenza o qualsiasi altro accordo contrattuale, a gestire i diritti d'autore o i diritti connessi ai diritti d'autore per conto di più di un titolare dei diritti, a vantaggio collettivo di tali titolari, come finalità unica o principale, il quale i) non è né detenuto né controllato, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, dai titolari dei diritti; e ii) è organizzato con fini di lucro".

Gli Stati membri hanno il dovere generale di assicurare che gli organismi di gestione collettiva agiscano nell'interesse dei titolari di cui rappresentano i diritti e non impongano loro nessun obbligo che non sia oggettivamente necessario per la protezione o gestione dei loro diritti ed interessi (art. 4).

I titolari godono di una serie di diritti enucleati dall'Articolo 5. Essi hanno il diritto di autorizzare un organismo di gestione collettiva di loro scelta a gestire i diritti, le categorie di diritti o i tipi di opere e altri materiali protetti di loro scelta, per territori di loro scelta, indipendentemente dallo Stato memebro di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo o del titolare dei diritti. I titolari devono dare, per iscritto, il loro consenso specifico per ogni diritto o categoria di diritti. I titolari hanno altresì facoltà di ritirare tali autorizzazioni con un ragionevole preavviso non superiore a sei mesi. Cionondimeno, l'organismo può decidere che tale ritiro o revoca produca effetti soltanto alla fine dell'esercizio finanziario.

Quando riceve l'autorizzazione, l'organismo è obbligato a gestire i diritti del titolare, purché la gestione degli stessi rientri nell'ambito della

sua attivita e a meno che non abbia ragioni oggettivamente giustificate per rifiutare.

Prima di ottenere il consenso per la gestione di qualsiasi diritto, gli organismi sono tenuti a fornire ai titolari tutte le informazioni utili, nonché qualsiasi condizione applicabile alle concessioni di licenze per l'uso non commerciale. L'organismo deve inoltre fornire ai titolari dei diritti informazioni sulle spese di gestione e sulle altre detrazioni dai proventi e da eventuali introiti provenienti dagli investimenti prima di ottenere il suo consenso per la gestione dei diritti (art. 12).

Per quanto concerne l'adesione agli organismi di gestione collettiva, l'Articolo 6 prevede che questi ultimi accettino come membri i titolari dei diritti e le entità che li rappresentano, compresi altri organismi di gestione collettiva ed associazioni di titolari, che soddisfino i requisiti di adesione. Tali requisiti sono stabiliti nello statuto e nelle condizioni di adesione, che devono essere pubblicamente accessibili. Il rifiuto di una richiesta di adesione deve essere chiaramente motivato. Lo statuto di un organismo deve prevedere adeguati ed efficaci meccanismi di partecipazione al processo decisionale dell'organismo. Deve esserci una rappresentanza equa ed equilibrata delle diverse categorie di membri nei processi decisionali. L'organismo deve tenere un registro dei propri membri ed è tenuto ad aggiornarlo regolarmente.

Ai sensi dell'Articolo 11, gli organismi riscuotono e gestiscono i proventi dei diritti in maniera diligente e devono tenere separati, dal punto di vista contabile:

- i proventi dei diritti e le entrate derivanti dall'investimento dei proventi; e
- le eventuali attività proprie ed i proventi derivanti da tali attività, dalle spese di gestione o da altre attività.

Gli organismi non sono autorizzati ad usare tali proventi o entrate per fini diversi dalla distribuzione ai titolari, salve la detrazione o la compensazione delle proprie spese gestionali. Ove gli organismi investano i proventi dei diritti o le entrate derivanti dagli investimenti di tali proventi, devono agire nel migliore interesse dei titolari, in conformità con la politica generale di investimento e gestione dei rischi, tenendo conto di tre norme:

- in presenza di un potenziale conflitto di interessi, l'organismo garantisce che l'investimento sia effettuato nell'interesse esclusivo dei titolari;
- le attività sono informate a principi di sicurezza, qualità, liquidità e redditività del portafoglio nel suo insieme;
- le attività sono adeguatamente diversificate, in modo da evitare un'eccessiva dipendenza da una particolare attività e l'accumulazione di rischi nel portafoglio nel suo insieme.

Le eventuali detrazioni (art. 12) devono essere ragionevoli, in rapporto alle prestazioni fornite dall'organismo ed essere stabilite secondo criteri oggettivi. Le spese di gestione non devono superare i costi giustificati e

documentati sostenuti dall'organismo di gestione collettiva per la gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi. Nell'eventualità in cui gli organismi offrano servizi sociali, culturali o educativi, finanziati tramite le detrazioni dai proventi dei diritti o da eventuali introiti provenienti dall'investimento dei proventi dei diritti, tali servizi devono essere prestati sulla base di criteri equi, soprattutto in relazione ad accesso e portata di tali servizi.

Gli Stati membri assicurano che ciascun organismo distribuisca regolarmente e con la necessaria diligenza e precisione gli importi dovuti ai titolari, in linea con la politica generale in materia di distribuzione. La distribuzione deve avvenire "quanto prima e non oltre nove mesi a decorrere dalla fine dell'esercizio finanziario nel corso del quale sono stati riscossi i proventi dei diritti", a meno che non vi siano ragioni oggettive che impediscano agli organismi di gestione collettiva o, se del caso, ai loro membri di rispettare tale termine. In tal senso, gli organismi sono tenuti ad adottare ogni misura necessaria all'identificazione e alla localizzazione dei titolari dei diritti. Se gli importi dovuti non possono essere distribuiti, dopo tre anni dalla fine dell'esercizio finanziario in cui sono stati riscossi i proventi, e a condizione che gli organismi abbiano tentato tutte le misure necessarie per identificare e localizzare i titolari, tali importi si considerano non distribuibili. L'assemblea generale dei membri decide sull'utilizzo di tali importi non distribuibili, fatto salvo il diritto dei titolari di reclamare tali importi (art. 13).

In merito alla concessione delle licenze, l'articolo 16 obbliga gli Stati membri a garantire che gli organismi di gestione collettiva e gli utilizzatori conducano in buona fede le negoziazioni per la concessione di licenze sui diritti. Le condizioni di concessione delle licenze devono basarsi su criteri oggettivi e non discriminatori. I titolari devono ricevere una remunerazione adeguata per l'uso dei diritti. Le tariffe devono essere ragionevoli in rapporto, tra l'altro, al valore economico dell'utilizzo dei diritti e tengono conto della natura e della portata dell'uso delle opere e di altri materiali protetti. Gli utilizzatori devono far prevenire all'organismo, entro un termine e in un formato concordati o prestabiliti, le informazioni pertinenti a loro disposizione sull'utilizzo dei diritti rappresentati dall'organismo stesso che siano necessarie per la riscossione dei proventi e per la distribuzione e il pagamento degli importi dovuti ai titolari.

Il Capo 5 della Direttiva (artt. 18 – 22) disciplina la trasparenza e le comunicazioni. Gli organismi devono mettere a disposizione, almeno una volta l'anno, a ciascun titolare cui abbia attribuito proventi o effettuato pagamenti, una serie di informazioni, quali i dati di contatto con le quali l'organismo identifica e localizza il titolare, i proventi dei diritti attribuiti al titolare, gli importi pagati per ciascuna categoria di diritti e per tipo di utilizzo, il periodo di utilizzo, le detrazioni applicate e i proventi di diritti attribuiti e non ancora pagati al titolare dei diritti per qualsiasi periodo.

Gli organismi di gestione collettiva sono inoltre tenuti a rendere pubbliche e a tenere aggiornate (sul suo sito Internet pubblico) almeno le

seguenti informazioni:

- il proprio statuto;
- le proprie condizioni di adesione e le condizioni di ritiro dell'autorizzazione alla gestione dei diritti (se non specificate nello statuto);
- i contratti standard per la concessione di licenze e le tariffe standard applicabili;
- la propria politica generale di distribuzione degli importi dovuti ai titolari dei diritti;
- la propia politica generale sulle spese di gestione;
- la propria politica generale in materia di detrazioni;
- la politica generale sull'utilizzo di importi non distribuibili;
- un elenco degli accordi di rappresentanza sottoscritti e i nomi degli organismi di gestione collettiva con cui tali accordi sono conclusi;
- le procedure di trattamento dei reclami e di risoluzione delle controversie.

Infine, a prescindere dalla forma giuridica prevista dal diritto nazionale, gli organismi di gestione collettiva devono elaborare e pubblicare, sul proprio sito Internet, una relazione di trasparenza annuale entro otto mesi dalla fine dell'esercizio finanziario.

La Direttiva prosegue, al Titolo III, nel disciplinare la concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali online da parte di organismi di gestione collettiva. Gli Stati membri devono assicurare che

gli organismi di gestione collettiva che concedono licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali online abbiano capacità sufficienti per trattare elettronicamente, in modo efficiente e trasparente, i dati necessari per la gestione di tali licenze, ai fini dell'identificazione del repertorio e per il controllo dell'uso, per la fatturazione agi utilizzatori, per la riscossione dei proventi dei diritti e per la distribuzione degli importi dovuti ai titolari dei diritti. A questi fini, l'articolo 24 prescrive una serie di condizioni a cui gli organismi di gestione collettiva devono conformarsi. Essi infatti:

- devono essere in grado di identificare con precisione le opere musicali, integralmente o in parte, che gli organismi di gestione collettiva sono autorizzati a rappresentare;
- devono essere in grado di identificare con precisione, integralmente o in parte, con riferimento a ciascun territorio pertinente, i diritti e i loro titolari corrispondenti per ciascuna opera musicale, o parte di essa, che gli organismi di gestione collettiva sono autorizzati a rappresentare;
- devono utilizzare identificatori univoci al fine di identificare i titolari dei diritti e le opere musicali tenendo conto, nei limiti del possibile, degli standard e delle pratiche adottati su base facoltativa nel settore e sviluppati a livello internazionale o dell'Unione;
- devono utilizzare strumenti adeguati al fine di identificare e risolvere tempestivamente ed efficacemente eventuali discrepanze rispetto ai dati in possesso di altri organismi di gestione collettiva

che concedono licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali online.

L'art. 25 prescrive alcuni obblighi di trasparenza per organismi di gestione collettiva che concedano tali licenze multiterritoriali. Infatti, a seguito di una richiesta debitamente motivata, essi devono offrire, per via elettronica, ai fornitori di servizi musicali online, ai titolari dei diritti e ad altri organismi di gestione collettiva, informazioni aggiornate che permettano di identificare il repertorio musicale online rappresentato. Ciò comprende le opere musicali rappresentate; i diritti, rappresentati integralmento o in parte; e i territori interessati.

Ai sensi dell'Articolo 26, gli Stati membri devono assicurare che gli organismi di gestione collettiva che concedano le licenze in questione dispongano di procedure che consentano ai titolari dei diritti, ad altri organismi di gestione collettiva e ai fornitori di servizi online di chiedere e di ottenere senza indugio la rettifica dei dati o delle informazioni fornite, laddove sulla base di validi elementi di prova le suddette persone ritengano che i dati o le informazioni non siano corretti rispetto ai loro diritti.

I requisiti di questo Titolo non si applicano, tuttavia, agli organismi di gestione collettiva che concedano, sulla base dell'aggregazione volontari dei diritti richiesti e nel rispetto delle norme sulla concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE), una licenza multiterritoriale per i diritti su opere musicali online richiesta da un'emittente per comunicare o mettere a disposizione

del pubblico i propri programmi radiofonici o televisivi contemporaneamente o dopo la prima trasmissione, così come ogni altro materiale online prodotto o commissionato dall'emittente, anche come visione anticipata, che sia accessorio alla prima trasmissione del suo programma radiofonico o televisivo (art. 32).

Gli Stati membri, ai sensi dell'articolo 33, sono tenuti ad assicurare procedure efficaci e tempestive per il trattamento dei reclami, in particolare per quanto concerne l'autorizzazione a gestire i diritti e il relativo ritiro o la revoca dei diritti, le condizioni di adesione, la riscossione degli importi dovuti ai titolari dei diritti, le detrazioni e le distribuzioni. Gli organismi di gestione collettiva rispondono per iscritto ad un simile reclamo e, se non lo accolgono, motivano la propria decisione. La procedura per la risoluzione di eventuali controversie deve essere una procedura rapida, indipendente e imparziale di risoluzione alternativa delle controversie.

Gli Stati membri garantiscono che le controversie tra gli organismi di gestione collettiva e gli utilizzatori relative in particolare alle condizioni per la concessione di licenze vigenti e proposte o un'inadempienza contrattuale possano essere presentate dinanzi ad un tribunale o, se del caso, a un altro organismo indipendente e imparziale di risoluzione delle controversie con competenze in materia di legislazione sulla proprietà intellettuale (artt. 34 e 35).

2.4.11 La proposta di Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (2016)

Nel settembre del 2016, in linea con la strategia del mercato unico digitale, la Commissione ha presentato un pacchetto legislativo per la modernizzazione delle regole europee sul diritto della proprietà intellettuale, comprendente una nuova direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale. L'obiettivo di questa è di permettere un adeguamento delle legislazioni in tema di diritto d'autore (o copyright) in un contesto in cui le tecnologie digitali stanno rapidamente cambiando le metodologie con cui le opere sono create, prodotte, distribuite e sfruttate.

La direttiva introdurrebbe nuove eccezioni obbligatorie, nei settori dell'istruzione, della ricerca e della conservazione del patrimonio culturale. Una nuova eccezione obbligatoria sarebbe introdotta per il *data mining* e per il *text mining* effettuati a fini di ricerca scientifica. La proposta includerebbe anche una nuova eccezione obbligatoria per la preservazione digitale ad opera di istituzioni deputate al patrimonio culturale. Infine, sarebbero previste eccezioni a beneficio di persone non vedenti e disabili. La previsione di eccezioni obbligatorie porrebbe pertanto fine alle enormi differenze attualmente sussistenti tra le legislazioni degli Stati membri, alcune delle quali ignorano completamente la possibilità di derogare alla protezione fornita dal diritto d'autore.

In maniera controversa, la direttiva proporrebbe altresì misure finalizzate a ristabilire l'equilibrio tra l'utenza digitale e i detentori dei

diritti sul materiale protetto. È infatti sempre più difficile, per un autore di un libro, di una fonoincisione, di materiale audiovisivo originale riuscire a tutelare appieno le proprie aspettative economiche sulla circolazione dei propri lavori.

Una delle regole più controverse è forse quella che prevede il c.d. diritto accessorio degli editori di pubblicazioni di notizie in merito all'uso digitale del loro materiale (articolo 11). La norma mira a mettere tali editori in una migliore posizione contrattuale nel momento della contrattazione con servizi online, conferendogli i diritti previsti dagli artt. 2 e 3(2) della Direttiva 2001/29/EC. Tale estensione, quindi, conferirebbe agli editori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte delle loro pubblicazioni ed il diritto di comunicazione al pubblico. Parte della critica sostiene, tuttavia, che l'articolo 11 della direttiva impedirà l'accesso alle pubblicazioni di notizie e fornirà una protezione inutilmente lunga agli editori (20 anni). Le preoccupazioni riguardano la possibilità che tali editori usino questo diritto per addebitare a motori di ricerca come Google l'esposizione di estratti di tali produzioni nei risultati di ricerca. Sono quindi citati casi nazionali, come quelli spagnolo e tedesco, in cui misure analoghe sono state adottate, misure che hanno avuto un effetto pregiudizievole in relazione all'accesso ai media e che sono state considerate un fallimento[146].

146 Brodies LLP – Legal Resource Area, *Directive on Copyright in the Digital Single Market: What you need to know*, 6/09/2016. cfr. http://www.brodies.com/blog/ip-technology/directive-copyright-digital-single-market/

Gli Stati membri sono inoltre tenuti a mettere in atto un meccanismo per facilitare accordi di licenza per le opere fuori commercio, ed un meccanismo negoziale per facilitare le contrattazioni sullo sfruttamento online delle opere audiovisive. I fornitori di servizi che archiviano e forniscono l'accesso a grandi quantità di opere sono invitati a prendere, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure adeguate e proporzionate per garantire il funzionamento degli accordi e contribuire alla lotta contro la pirateria. Ulteriori misure propongono obblighi di trasparenza ed un meccanismo di risoluzione delle controversie.

La proposta è stata deferita alla Commissione giuridica del Parlamento Europeo, che nell'ottobre del 2016 ha nominato relatrice l'europarlamentare maltese Therese C. Cachia, che nella relazione del marzo 2017 ha obiettato, inter alia, al conferimento dei nuovi diritti in capo agli editori (suggerendo, invece, di conferire a questi maggiori poteri di *enforcement* dei loro diritti).

Il parere della Commissione per il Mercato Interno e la Protezione dei Consumatori va nella stessa direzione della relazione dell'on. Cachia (allargamento della portata dell'eccezione di *text mining* e *data mining*, obiezione all'introduzione di nuovi diritti per gli editori), pur divergendo da questa sotto altri aspetti (introduzione di nuove eccezioni, quali il prestito pubblico di opere di alfabetizzazione e di contenuti generati dall'utenza, introduzione di un compenso equo ed appropriato per il caricamento online di opere protette).

Una proposta di compromesso su alcune delle disposizioni controverse è stata presentata nel settembre 2017. Vi sono però forti divergenze tra gli Stati membri riguardo ad altre disposizioni. La delegazione tedesca, ad esempio, ha chiesto al Servizio Giuridico del Consiglio di esprimere un parere sulle regole relative agli *Internet Service Providers*. Nel gennaio 2018, la presidenza del Consiglio dell'Unione Europea (detenuta dalla Bulgaria) ha annunciato che, nel tentativo di sbloccare i negoziati, sta lavorando sugli orientamenti politici inerenti due questioni chiave rimaste in sospeso.

2.5. Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore

Le eccezioni e le limitazioni sono congenite al diritto d'autore stesso e progressivamente lo hanno accompagnato dalle sue più risalenti elaborazioni giuridiche. Solitamente, la *ratio* che sottostà a tali deroghe malcela funzioni di interesse pubblico, quali l'incoraggiamento allo studio[147] o il progresso della scienza e delle arti[148]. Si è visto come simili elementi di flessibilità possano decidere le sorti di casi come *Google Books*: questioni tanto complesse quanto delicate, dove sono in gioco interessi proteiformi di più parti e, conseguentemente, considerazioni attenenti alla sfera privata e a quella pubblica.

147 Il Preambolo dello Statute of Anne 1709 recita: "An act for the Encouragement of *Learning* by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the times therein mentioned" (corsivo aggiunto).
148 United States Constitution, Article 1, Section 8.

Esaminando le disposizioni internazionali e nazionali in materia, si nota un costante parallelismo tra il rafforzamento delle prerogative dell'autore e l'espanzione di eccezioni e limitazioni a tali prerogative. Tale parallelismo, tuttavia, come sostiene il prof. Marzano, non si traduce in un diritto d'autore che "sopporta" le sue eccezioni, ma in un diritto d'autore che, con il tempo, si nutre dei frutti di coloro che usufruiscono di questa o quella eccezione. Esiste, cioè, una sorta di "bioritmo" tra ciò che i diritti d'autore vietano (perché lo riservano al loro titolare) e ciò che consentono. Eccezioni e limitazioni costituiscono forse l'elemento che, più di qualunque altro, è in grado di bilanciare la sfera privata e quella pubblica di un'opera che sia frutto dell'ingegno umano.

I termini "*fair use*" e "*fair dealing*" si traducono, rispettivamente, con "uso equo" e "trattamento equo". Sono due concetti legati ai diritti degli utenti nelle legislazioni sul copyright, e si configurano come vere e proprie eccezioni a quelli che sono i diritti esclusivi del detentore del copyright, ovverosia casi in cui l'utente può esercitare una serie di azioni su di un'opera protetta senza dover chiedere la preventiva autorizzazione al titolare del diritto. È tuttavia importante capire che *fair use* e *fair dealing* non sono sinonimi: il loro significato e la loro portata sono definiti in modo (almeno parzialmente) differente da diversi ordinamenti.

Il *fair dealing* è un'eccezione alla violazione di copyright prevista da alcune legislazioni di common law, quali quelle di Regno Unito, Canada, Australia, India o Nuova Zelanda. In termini generali, tali legislazioni prevedono che il trattamento equo di un'opera protetta non violi il

copyright della stessa, se il trattamento è svolto per specifici fini indicati nelle disposizioni. La peculiarità di tale istituto sta nell'assenza totale di flessibilità: esso è minuziosamente codificato dalle legislazioni dei Paesi che lo prevedono e, per tali ragioni, l'eccezione non può essere applicata ad alcun comportamento che non rientri tra quelli espressamente previsti dalla legge scritta.

Il *fair use*, invece, è un'eccezione tipica del *Copyright Act* degli Stati Uniti (Titolo 17, Sezione 107 dello United States Code). Come le disposizioni sul trattamento equo del *Canadian Copyright Act*, il Titolo 17 dello U.S.C. stabilisce che l'uso equo di un'opera protetta da copyright non costituisce violazione. A differenza della legislazione canadese, tuttavia, la Sezione 107 fornisce un elenco piuttosto aperto ed elastico di scopi che possono considerarsi equi, invece di tipizzare le specifiche circostanze che delimitano l'esercizio di tale eccezione.

Un altro aspetto di divergenza fra i due concetti attiene alla disponibilità, nelle rispettive legislazioni, di elementi ermeneutici che permettano di valutare l'effettiva equità di un trattamento o di un uso. Le disposizioni in materia di *fair dealing*, solitamente, non prevedono regole che specifichino le modalità in cui deve essere stabilita la *fairness* del trattamento. La Corte Suprema del Canada, ad esempio, ha elaborato uno strumento ermeneutico bifasico per valutare la riconducibilità di un comportamento al trattamento equo, dove la prima fase del test consiste in un'analisi di riconducibilità del comportamento in questione alla casistica tipizzata dalla legge, mentre la seconda fase si basa su sei fattori

che permettono alla Corte di valutare l'equità del trattamento: scopo, carattere, ammontare ed effetto del trattamento, natura dell'opera ed alternative al trattamento)[149]. Al contrario, nell'ordinamento statunitense è la stessa norma sul *fair use* a disporre i quattro fattori da prendere in considerazione in una determinazione giudiziale di equità (scopo e carattere dell'uso, natura dell'opera protetta, la quantità e la consistenza della parte utilizzata in relazione all'opera protetta nel suo complesso e l'effetto dell'uso sul mercato potenziale o valore dell'opera protetta).

Nel confrontare le giurisdizioni di Stati Uniti e Regno Unito, emerge che le rispettive corti sono più o meno aperte a considerare gli stessi tipi di fattori. L'elemento di distinzione risiede nel peso che ogni corte dà a tali fattori e, di conseguenza, nei diversi approcci di politica del diritto.

2.5.1 *Fair use*

L'*uso equo* degli Stati Uniti è considerato il modello più flessibile ed appropriato alla legge sul copyright. La Sezione 107, Titolo 17 dello United States Code codifica la giurisprudenza accumulata sino alla revisione del *Copyright Act* del 1976 e prevede che "l'uso corretto di un'opera protetta da copyright per scopi come critica, commento, reportage di notizie, insegnamento (incluse più copie per l'uso in classe), studio o ricerca" non viola il copyright. L'elenco degli scopi consentiti, come accennato, è piuttosto elastico ed aperto ad interpretazioni estensive da parte delle Corti americane. La decisione volta a stabilire l'equità di un

149 G. D'Agostino – *Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use*, su McGill Law Journal n. 53 (2008), pag. 320.

uso deve basarsi sull'analisi dei quattro fattori più volte richiamati.

Lo "scopo e il carattere dell'uso" impone al giudice di valutare se l'uso è commerciale, oppure se vada considerato come trasformativo. È importante specificare che, a seguito di travagliate decisioni giurisprudenziali, un uso commerciale non può costituire una presunzione a sfavore del *fair use*. Il caso *Sony Corporation of America v. Universal City Studios* del 1984 riguardava l'uso del videoregistratore Betamax al fine di consentire ad un privato il c.d. "*time shifting*" dei programmi televisivi[150]. Nell'esame su questo primo fattore, la Corte Suprema si concentrò sulla materiale possibilità che il privato potesse trarre vantaggi economici dalla videoregistrazione di programmi televisivi. L'*obiter dictum* della Corte per cui "ogni uso commerciale di materiale protetto da copyright è presuntivamente [...] ingiusto"[151] fu successivamente ripreso da altre corti alla ricerca di una regola chiara per interpretare tale fattore.

In *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*[152], controversia riguardante l'uso a stampo parodistico del brano di Roy Orbison "*Pretty Woman*" da parte del gruppo hip-hop 2 Live Crew, la Corte d'Appello per il Sesto Circuito si era basata sulla presunzione di commercialità elaborata dalla Corte Suprema nel caso Betamax, negando così la sussistenza di un equo utilizzo. Ciononostante, la Corte Suprema ribaltò tale decisione, affermando che la natura commerciale di un'opera non può considerarsi

150 Il *time shifting* consiste nella registrazione di trasmissioni televisive (ma anche radiofoniche) su supporti di memorizzazione che consentano all'utente di guardare il programma dopo la sua trasmissione dal vivo.
151 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774 (1984).
152 Campbell v. Acuff-Rose Music, 972 F.2d 1429 (Sesto Circuito, 1992).

decisiva ai fini di una simile decisione. Ad oggi, pertanto, l'uso commerciale di un'opera può solo protendere verso un diniego di *fair use*, ma non presumerlo.

In merito alla "natura dell'opera protetta", i tribunali valutano se il lavoro costituisce un'opera fattuale o di finzione e se è pubblicato o no. La presenza di "creatività sostanziale" tende a favorire il proprietario. Il caso *Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises*[153] sembrava aver creato una presunzione contro l'uso equo per le opere non pubblicate. In tale controversia, *The Nation*, un magazine di notizie, aveva pubblicato citazioni non autorizzate di memorie inedite del Presidente degli Stati Uniti Gerald Ford. Tuttavia, la Corte Suprema negò il *fair dealing*, specificando nella motivazione che il diritto dell'autore di controllare la prima apparizione dell'opera fa parte del diritto di prima pubblicazione, il quale comprende la facoltà di scegliere quando, dove e in quale forma pubblicare e, soprattutto, se pubblicare o meno. Nel caso di specie, la Corte aveva rilevato che le memorie del Presidente Ford erano soggette ad un accordo di riservatezza, per cui qualunque elemento prodotto da tali memorie avrebbe avuto bisogno di approvazione da parte del titolare. Oltretutto, la pubblicazione di The Nation non offriva all'autore nessun tipo di opportunità di controllarne la qualità o la creatività e conteneva una serie di imprecisioni. La Corte rilevò altresì che le citazioni non autorizzate si concentravano sugli elementi più espressivi dell'opera, in tal modo eccedendo la porzione di citazione necessaria e sufficiente ai fini della divulgazione dei fatti.

153 Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 1985

"La quantità e la consistenza della parte utilizzata in relazione all'opera protetta nel suo complesso" è un fattore che richiede una formula inversamente proporzionale: più ampia è la quantità e la consistenza della parte utilizzata, meno probabile è una decisione di *fair use*. La dicotomia tra qualità e consistenza è variamente affrontata da corti diverse per casi diversi. Nel citato caso *Harper & Row*, la Corte si concentrò su entrambe le caratteristiche: sebbene gli estratti delle memorie del Presidente Ford pubblicati da The Nation fossero sostanzialmente inconsistenti, tali estratti erano "il cuore del libro". Nel caso *Acuff-Rose*, la versione parodistica di "Pretty Woman" aveva un testo ben diverso[154], ma partiva comunque dal "cuore" del brano originale, del quale manteneva la base e la melodia principale della voce. Tuttavia, quando le corti ritengono che il carattere dell'uso sia appropriato, l'uso può essere ritenuto corretto anche in relazione all'intera opera.

Per quanto attiene, infine, all'ultimo fattore, "l'effetto dell'uso sul mercato potenziale o valore dell'opera protetta", *Harper & Row* ha chiarito come questo sia da considerarsi il più importante, soprattutto se l'uso dell'opera protetta diventa diffuso e procuri nocumento al mercato potenziale dell'autore. Tuttavia, riuscire a prevedere quali saranno gli effetti negativi sul mercato potenziale costituisce, il più delle volte, una *probatio diabolica*. Nel caso di un riutilizzo parodistico di un'opera originale è ad ogni modo improbabile che la parodia funga da sostituto di mercato dell'originale, dal momento che le due versioni della stessa opera

154 Il testo del gruppo hip hop, infatti, descrive una "donna carina" in modo completamente diverso dal testo originario di Roy Orbison.

svolgono diverse funzioni di mercato e servono utenze diverse.

Indipendentemente dalle previsioni statutarie sui quattro fattori, pertanto, è ancora molto difficile riconoscere il *fair use* e valutare quale fattore, se del caso, possa essere determinante in tale riconoscimento. Come sostenuto in *Acuff-Rose*, non ci sono linee guida chiare, ci sono poche presunzioni e ci deve essere un bilanciamento sensibile degli interessi[155]. Se da un lato, insomma, tale elasticità della normativa americana garantisce maggiore discrezionalità per quanto riguarda il singolo caso concreto, dall'altro ciò rivela una certa incertezza della legge, potenzialmente in grado di minare la giustizia sostanziale. Se è vero che non tutti i fattori devono essere "equi" al fine di una considerazione di *fair use*, è allo stesso modo vero che, anche in presenza di alcuni fattori "equi", il giudice potrebbe negare la sussistenza del *fair use*.

2.5.2 *Fair dealing*

La dottrina del *fair dealing* nasce e si sviluppa, per circa duecento anni, nelle corti di common law del Regno Unito, e fa la sua prima apparizione statutaria nell'*Imperial Copyright Act* del 1911, introdotto per recepire le regole della Convenzione di Berna del 1886 così come modificata a Berlino nel 1908. L'Atto del 1911 costiuisce, tra l'altro, la base della legge sul copyright per tutto l'Impero Britannico, e spiega le analogie legali con Paesi quali l'Australia, la Nuova Zelanda e il Sud Africa[156].

Il recepimento del diritto internazionale convenzionale e gli sviluppi

155 G. D'Agostino – *Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use*, su McGill Law Journal n. 53 (2008), pag. 349.
156 D.I. Bainbridge – *Intellectual Property*, ottava edizione, mylawchamber, pag. 35

tecnologici della seconda metà del XX secolo portarono ad una serie di emendamenti di tale legge[157], sino alla promulgazione della legge attuale, il *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988. Tale atto prende finalmente in considerazione i diritti morali, così come previsti dalla Convenzione di Roma del 1928, considerandoli inalienabili e spettanti all'autore indipendentemente dalla titolarità del copyright[158].

Il Capitolo III di tale legge è intitolato "Atti concessi in relazione alle opere protette da copyright" e comprende una dettagliata normativa in merito a quei trattamenti delle opere protette che "*do not infringe copyright*", che non violano cioè i diritti esclusivi dei titolari. Una prima divisione prevede disposizioni generali (copie temporanee; copie personali per uso privato; ricerca e studio; copie per l'analisi di testo e dati per ricerche non commerciali; critica, recensione, citazione e reportage di notizie; caricature, parodie o *pastiche*[159]; inclusioni incidentali di materiale protetto).

Le successive divisioni di questo Capitolo si occupano delle eccezioni legate ai seguenti campi: disabilità; educazione; librerie ed archivi; opere orfane; pubblica amministrazione; programmi per elaboratore; banche dati; disegni; caratteri tipografici; lavori in forma elettronica; varie su

157 L'Atto del 1911 fu sostituito dal *Copyright Act* del 1956, che aggiunse nuove tipologie di opere protette (produzioni cinematografiche, trasmissioni ed arrangiamenti tipografici delle edizioni pubblicate), istituì un tribunale ad hoc, il *Performing Right Tribunal*, sostituito nel 1988 dal *Copyright Tribunal* e ricondusse le opere protette a due macrocategorie: le opere originali e le opere derivative.

158 Attualmente, l'Atto include anche il *droit de suite*, introdotto dalle *Artists' Resale Right Regulations* del 2006 al fine di recepire la Direttiva 2001/84/EC sul diritto d'autore sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte.

159 Un *pastiche* è un'opera d'arte che imita lo stile o il carattere dell'opera di uno o più artisti. A differenza della parodia, il *pastiche* celebra, piuttosto che deridere, il lavoro che imita. La parola deriva dalla francesizzazione del termine italiano "pasticcio", che indica una vivanda composta da vari ingredienti. Metaforicamente, quindi, il *pastiche* descrive opere composte da più autori o da più lavori preesistenti ed è un esempio di eclettismo nell'arte.

opere letterarie, drammatiche, musicali ed artistiche; varie sul prestito di opere e riproduzione di fonoincisioni; varie su film e fonoincisioni; varie sulle trasmissioni; adattamenti.

Tra le numerose eccezioni, quelle legate direttamente al *fair dealing* sono disciplinate dalle Sezioni 29 e 30 e concernono, nello specifico, la ricerca e lo studio privato, critica o recensioni e il reportage di eventi attuali. La Sezione 29 prevede che l'*equo trattamento* di un'opera per scopi di ricerca a fini non commerciali[160] non viola alcun copyright dell'opera, a condizione che vi sia un riconoscimento sufficiente (tranne ove ciò sarebbe impossibile per ragioni di praticità o per altri motivi). Similarmente, il copyright non è violato in caso di equo trattamento di un'opera a fini di studio privato. La copia da parte di una persona diversa dal ricercatore o dallo studente non costituisce equo trattamento se tale persona sa, o ha ragione di ritenere, che ciò comporterà la fornitura di copie sostanzialmente dello stesso materiale a più di una persona, sostanzialmente allo stesso tempo e per lo stesso scopo. Non costituisce equo trattamento osservare, studiare o testare il funzionamento di un programma per elaboratore allo scopo di determinare le idee ed i principi che sono alla base di qualsiasi elemento del programma. Qualunque clausola contrattuale che disponga l'impedimento o la limitazione di qualsiasi atto che, ai sensi di tale sezione, non viola il diritto d'autore è da considerarsi inapplicabile.

160 Resta difficile determinare cosa si intende per "commerciale". L'articolo 42 della direttiva 2001/29/CE impone di considerare l'attività piuttosto che la "struttura organizzativa e le modalità di finanziamento dello stabilimento". Un fattore chiave sembra essere il fatto che la ricerca non sia privata. Altri fattori importanti includono la quantità e la disponibilità dell'opera e l'effetto sul mercato.

La Sezione 29A dispone che la creazione di una copia di un'opera da parte di una persona che abbia accesso legale all'opera non viola il copyright della stessa, se la copia è fatta affinché tale persona possa effettuare un'analisi computazionale di qualunque componente dell'opera al solo scopo di ricerca a fini non commerciali, e se la copia è accompagnata da un sufficiente riconoscimento. Il copyright sull'opera è tuttavia violato se tale copia è trasferita ad altri (a meno che non vi sia l'autorizzazione del titolare), oppure se la copia è utilizzata per scopi diversi da quelli indicati, senza l'autorizzazione del titolare. Clausole contrattuali che impediscano o limitino gli usi che, in base a tali norme, non violano il copyright sono da considerarsi inapplicabili.

Ai sensi della Sezione 30, l'equo trattamento di un'opera a fini di critica o recensione di quella, o di altra opera o di un'esecuzione di un'opera, non viola alcun copyright, a condizione che sia accompagnato da un sufficiente riconoscimento. Il copyright di un'opera non è violato dall'uso di una citazione dell'opera (per critica, recensioni o altro), a condizione che:

- l'opera sia stata messa a disposizione del pubblico;
- l'uso della citazione costituisca equo trattamento dell'opera;
- l'entità della citazione sia proporzionata al suo scopo specifico; e
- la citazione è accompagnata da un riconoscimento sufficiente.

In *Sillitoe v. McGraw-Hill Book Company*[161] del 1983, non fu riconosciuto alcun trattamento equo nell'utilizzo di riassunti originali incorporati nelle

161 Cfr. http://swarb.co.uk/sillitoe-v-mcgraw-hill-book-co-1983/

guide allo studio pubblicate dalla Coles Notes. La corte stabilì che gli autori di tali guide utilizzavano estratti molto lunghi senza sufficiente riconoscimento, dal momento che l'inserimento di brevi commenti da parte di Coles Notes sotto alcuni dei riassunti riprodotti non bastava a ricondurre tale trattamento ai fini di critica o recensione.

L'equo trattamento di un'opera (diversa dalla fotografia) ai fini di reportage di eventi correnti non viola il copyright sull'opera a condizione che sia accompagnato da un riconoscimento sufficiente. Clausole contrattuali che impediscano o limitino gli usi che, in base a tali norme, non violano il copyright sono da considerarsi inapplicabili.

Lo scopo di reportage di eventi correnti è stato generalmente interpretato in riferimento alla segnalazione di notizie di attualità, sebbene in un caso non molto risalente, *Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television, Ltd.*[162] del 1999, l'ambito di applicazione di tale scopo sia stato significativamente allargato. La controversia in questione riguardava l'uso, da parte dell'emittente britannico Carlton Television, di una "parte sostanziale" di un programma televisivo di un'emittente tedesca. Si trattava di un'intervista di una trentina di secondi che Pro Sieben aveva acquistato a suo uso esclusivo, e sulla quale Carlton sosteneva l'eccezione di *fair dealing* per finalità di critica e di reportage di eventi attuali. In appello, la Corte ritenne la sussistenza dell'equo trattamento. L'allora *Lord Justice of Appeal*[163] Robert Walker sostenne che le finalità di critica, recensione e segnalazione di eventi attuali sono espressioni "di ampio ed

162 Cfr. http://swarb.co.uk/pro-sieben-media-ag-v-carlton-television-ltd-ca-7-jan-1999/
163 Il Lord Justice of Appeal è giudice ordinario della Corte d'Appello di Inghilterra e Galles, la corte più importante del sistema giurisdizionale di Inghilterra e Galles dopo la Corte Suprema.

indefinito raggio", da interpretare generosamente. In effetti, l'esito di una gravidanza multipla, oggetto della breve intervista, era un evento attuale di reale interesse per il pubblico e "il volume e l'intensità dell'interesse dei media era sufficiente per portare la copertura mediatica stessa nell'ambito degli eventi di cronaca". Il caso dimostra quanto sia difficile ricostruire la definizione di "eventi attuali" prevista dalla disciplina inglese, e che un'interpretazione generosa è sicuramente giustificabile. Al di là di alcuni accertamenti della Corte (l'intervista era estremamente breve; la maggior parte delle parole dell'intervistata erano a malapena comprensibili), di gran peso nella decisione è stata sicuramente la constatazione che l'uso di tale estratto non rappresentasse in alcun modo realistico una concorrenza sleale rispetto allo sfruttamento di Pro Sieben dei diritti acquisiti.

Il caso *Hubbard v. Vosper*[164] del 1972 rappresenta il primo importante tentativo giudiziale di definire il concetto di "equità" rispetto alle clausole sul *fair dealing*, e stabilisce il test principale per la valutazione di equità. Cyril Vosper, ex membro della Chiesa di Scientology, scrisse un libro largamente basato su di uno dei testi di L.R. Hubbard, fondatore di Scientology. Nel rigettare la richiesta di ingiunzione di Hubbard, Lord Alfred Denning affermò:

«*È impossibile definire cosa sia il fair dealing. Deve trattarsi di una questione di graduazione. È necessario considerare, anzitutto, il numero e l'estensione delle citazioni e degli estratti. Sono congiuntamente troppi e troppo lunghi per essere equi? Poi bisogna considerare l'uso che ne viene fatto. Se sono usati come base*

164 Cfr. http://uniset.ca/other/cs3/vosper.html

per commenti, critiche o recensioni, può trattarsi di un comportamento equo. Se sono usati per trasmettere le medesime informazioni fornite dall'autore, per uno scopo concorrente, può trattarsi di un comportamento iniquo. Successivamente, è necessario considerare le proporzioni. Prendere brevi estratti ed allegare lunghi commenti può essere equo. Tuttavia, anche prendere lunghi estratti ed allegare brevi commenti può esserlo»[165]

Una Corte è quindi tenuta a valutare la portata e la proporzione dell'opera utilizzata in relazione al lavoro originale e agli usi che ne sono stati fatti (come ad esempio, per uno scopo concorrente), ma ciò non esclude che un'intera opera possa essere soggetta a trattamento equo. Sebbene non espressamente previste nella legge, dal lavoro delle Corti del Regno Unito emergono diversi fattori che istruiscono tali analisi[166]:

- Natura dell'opera: se l'opera è inedita, ciò andrà a sfavore del convenuto;
- Ottenimento dell'opera: se l'opera è trapelata o è stata rubata, è meno probabile che il suo trattamento sia equo;
- Quantità presa: un importo minimo favorisce il *fair dealing*, ma talvolta anche la riproduzione dell'intera opera può costituire trattamento equo (soprattutto se si tratta di un'opera breve, come ad esempio un epitaffio);
- Uso: più l'uso è trasformativo, più favorisce il *fair dealing*.
- Beneficio commerciale: se l'opera è utilizzata a scopi commerciali,

165 Trad. propria. Cfr. http://uniset.ca/other/cs3/vosper.html
166 G. D'Agostino – op.cit., pagg. 342, 343.

ciò peserà contro il convenuto;

- Motivi del trattamento: le Corti considerano se il motivo è malevolo o altruistico;
- Conseguenze del trattamento: tale fattore concerne l'impatto sul mercato dell'opera originale, specialmente quando le parti sono in regime di concorrenza;
- Scopo raggiunto con mezzi diversi: le corti si chiedono se erano disponibili alternative al trattamento fatto dal convenuto.

2.5.3 Le eccezioni al diritto d'autore nel diritto internazionale

Tra le eccezioni previste nel diritto internazionale convenzionale, di particolare pregio risulta quella del c.d. *three-step-test*. Tale strumento è stato previsto per la prima volta nell'Articolo 9, Comma 2 della Convenzione di Berna del 1886, per poi essere recepito dall'Accordo TRIPs, nei due Trattati WIPO del 1996 e nelle Direttive europee di recepimento degli obblighi internazionali in materia (ad esempio, la Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione). L'appellativo dato a tale eccezione deriva dalla presenza di tre condizioni previste nella norma:

«È riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di permettere la riproduzione delle predette opere in taluni casi speciali, purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera e non causi pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore.»

Le condizioni in base alle quali i Paesi dell'Unione di Berna possono disporre eccezioni e limitazioni sono dunque:

- che si tratti di un caso speciale;
- che tale riproduzione non rechi danno al normale sfruttamento dell'opera; e
- che tale riproduzione non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore.

La Convenzione di Berna prevede altre eccezioni più specifiche. Alcune di queste si caratterizzano perché in grado di determinare l'esclusione di ogni protezione per alcune categorie di opere. L'Art. 2, comma 4 rimette agli Stati la facoltà di escludere la protezione per i testi ufficiali di natura legislativa, amministrativa e giudiziaria (e le loro traduzioni ufficiali). Il comma ottavo dello stesso Articolo esclude direttamente l'applicazione delle protezioni della Convenzione alle notizie del giorno o ai fatti di cronaca. L'Articolo 2bis, infine, rimette alle legislazioni degli Stati membri la facoltà di escludere in tutto o in parte dalla protezione i discorsi politici e i discorsi dei procedimenti giudiziari.

È del pari riservata alle legislazioni nazionali la facoltà di determinare le condizioni alle quali conferenze, allocuzioni ed opere analoghe pronunciate in pubblico possano essere riprodotte dalla stampa, radiodiffuse, trasmesse via cavo al pubblico o essere oggetto di comunicazione al pubblico, qualora una tale utilizzazione appaia giustificata dallo scopo informativo perseguito.

Un secondo gruppo è composto da eccezioni, previste agli Articoli 10 e 10bis, che consentono usi liberi di alcune categorie di opere. Il primo comma dell'art. 10 prevede che i Paesi membri consentano di fare citazioni da un'opera che sia stata già resa legittimamente disponibile al pubblico, comprese citazioni da articoli di giornale e periodici, a patto che tale citazione sia compatibile con un'equa pratica e sia proporzionale al suo scopo. Il secondo comma dello stesso articolo prevede poi un'altra importante eccezione: l'utilizzazione, proporzionata al suo scopo, di opere letterare o artistiche attraverso illustrazioni in pubblicazioni, trasmissioni o registrazioni sonore o visive per l'insegnamento, a patto che siano compatibili con un'equa pratica.

Infine, l'articolo 10bis rimette alle legislazioni dei Paesi membri dell'Unione di Berna il permesso alla riproduzione mediante stampa, alla trasmissione o alla comunicazione al pubblico via cavo di articoli pubblicati in giornali o periodici su argomenti attuali di economia, politica o religione, così come di trasmissioni dello stesso carattere, in casi in cui la riproduzione, la trasmissione o simili comunicazioni non siano espressamente riservate. È altresì rimessa alla legislazione dei Paesi membri la determinazione delle condizioni in base alle quali, per lo scopo di reportage di eventi attuali tramite la fotografia, la cinematografia, la trasmissione o la comunicazione al pubblico via cavo, opere letterarie o artistiche viste o ascoltate nel corso dell'evento possano, proporzionalmente agli scopi, essere riprodotte e rese disponibili al pubblico.

2.5.4 *Fair use* e *fair dealing nel mondo*

Più di 40 Paesi, comprendenti più di un terzo della popolazione mondiale, sono dotati di disposizioni sul *fair use* o sul *fair dealing* all'interno delle proprie legislazioni sui diritti d'autore[167]. Questi Paesi si trovano in tutte le regioni del mondo. Per molti di questi, la presenza di simili disposizioni è dettata da un passato coloniale. Il *fair dealing*, in particolare, è stato incorporato nelle leggi sul copyright degli ex territori britannici imperiali, oggi indicati come Paesi del Commonwealth. Nel corso del XX secolo alcuni di questi Paesi hanno mantenuto l'impianto originale della disciplina contenuta nell'*Imperial Copyright Act* britannico del 1911. Altri, invece, hanno sviluppato la disciplina trasformandola in un elenco non esaustivo di esempi (Bahamas), oppure hanno aggiunto fattori che il tribunale deve prendere in considerazione nelle determinazioni di *fair dealing* (Australia); altri ancora hanno sostituito il termine "*fair dealing*" con "*fair use*" (Bangladesh). Ciò dimostra una tendenza delle normative di questi Paesi ad assomigliare sempre più alla disciplina statunitense di *fair use*. Inoltre, le interpretazioni giudiziali sul *fair dealing* in paesi come il Canada sono oggi di gran lunga congruenti con le interpretazioni sul *fair use* delle corti americane.

In altri Paesi, invece, l'adozione di simili eccezioni e limitazioni è invece frutto di un vero e proprio "legal transplant"[168]. È il caso di Korea e Taiwan le quali, nonostante non siano mai state colonie britanniche, prevedono nei loro ordinamenti regole di *fair use* e di *fair dealing*.

167 J. Band, J. Gerafi – *The Fair Use/Fair Dealing Handbook*, 2013
168 Tradotto "trapianto giuridico". Termine coniato negli anni '70 che indica l'importazione, da parte di uno Stato, di un sistema giuridico o di una norma di un altro Stato.

L'ampia diffusione dei due istituti, con i benefici che la loro flessibilità offre a tutti gli operatori dei mercati coinvolti, indica che non vi è ragione di impedire una più diffusa adozione degli stessi. L'alternativa, come osservato in altre esperienze, in particolare in sistemi di civil law, consiste nell'introduzione di una serie di eccezioni e limitazioni specifiche (e non elastiche come quelle delle due dottrine in analisi) che necessariamente devono conformarsi agli obblighi internazionali e, nello specifico, alle tre condizioni del *three-step-test* della Convenzione di Berna. Si è visto come tali condizioni richiedano al legislatore che l'eccezione sia adottata in casi speciali e che l'uso consentito non sia in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera e non pregiudichi in modo ingiustificato gli interessi legittimi del titolare dei diritti. Tali passaggi si rivelano pertanto astratti e difficili da interpretare quanto quelli di *fair use* e *fair dealing*.

CAPITOLO III – IL FUTURO DEL COPYRIGHT

3.1. Le sfide dell'era digitale

Il mondo telematico, così come le sue reti, sono profondamente cambiati nel giro di poche decadi. Se infatti, ai suoi albori, tale realtà era dominata da pochi specifici interessi, connotati da elementi fortemente ideologici e politici, si assiste oggi alla totale frammentazione dei temi. Negli anni '70 e '80 dello scorso secolo, i fautori del progresso telematico potevano ricondursi sostanzialmente a tre categorie: i governi degli Stati, soprattutto di quelli tecnologicamente all'avanguardia, che scrutavano nel progresso e nell'innovazione di certi settori il fulcro per l'affermazione del proprio potere economico e politico; la comunità scientifica, già allora ampiamente sovvenzionata, cui era affidato il compito quasi utopico di sviluppare una realtà virtuale che consentisse il libero scambio di ogni informazione, una sorta di "rete delle reti"; e le prime comunità di hacker, aggregazioni di individui di diverse estrazioni accomunati da un bagaglio sufficientemente ampio di conoscenze, che mediavano tra i valori scientifici e le spinte propulsive della controcultura di università e campus studenteschi.

Con la diffusione su larga scala delle tecnologie e con l'arrivo di Internet in tutte le case, processo che prese il via a partire dagli anni '90, la comunità si è allargata ed oggi può considerarsi tendenzialmente onnicomprensiva. Il pubblico dei fruitori della rete (o meglio, delle reti) si

è coagulato, e continua ininterrottamente a coagularsi, intorno ad innumerevoli punti di interesse. Le comunità del web nascono, si ampliano, si riducono, si fondono e si spopolano in base a quanta condivisione c'è di uno specifico tema, che può essere legato alle preferenze artistiche, televisive o sportive, al desiderio di esporsi o di creare nuove relazioni virtuali.

Un cambiamento del genere si è tradotto in terreno fertile per soggetti interessati al profitto ed ha creato succose opportunità di guadagno per tutti coloro che fossero in grado di sfruttare tali aggregazioni sociali. Grandi imprese, con poteri finanziari in grado di superare di gran lunga quelli di uno Stato, elargiscono servizi attraverso Internet a chiunque voglia trarne beneficio, senza chiedere nulla in cambio. Questo però solo apparentemente. Se si ragiona sui possibili rapporti sinallagmatici che regolano le relazioni online, ci si rende conto che nulla di ciò che la rete offre è davvero gratuito. Come sostenuto da importante dottrina americana sul copyright[169], "in ogni attività commerciale il consumatore è colui che paga. Nel caso della pubblicità e dei giornali, il consumatore è l'inserzionista e il prodotto è costituito dallo spazio pubblicitario e dalle quote di audience". Una simile considerazione può essere estesa alla stragrande maggioranza dei servizi offerti sulla rete. L'accesso a specifici contenuti è infatti configurato come gratuito perché è stata creata una strategia alternativa al pagamento diretto.

Più o meno consciamente, l'utente viene assoggettato al giogo della stessa comunità di cui ha deciso di fare parte, diventando al contempo

169 W. Patry – *How to Fix Copyright*, Oxford University Press, 2011.

produttore e prodotto. Produttore, perché l'era digitale ha permesso ad una platea allargata di fornire liberamente il proprio personale contributo in qualunque ambito, contributo portato peraltro all'attenzione e al giudizio degli altri utenti. Prodotto, perché il *core business* indispensabile per i fornitori di servizi digitali è proprio quello di convogliare l'utenza all'interno di una specifica piattaforma. Così facendo, il fornitore del servizio è in grado di contrattare con gli investitori pubblicitari e percepire denaro per lo spazio concesso a questi sulla propria piattaforma. È ovviamente il caso di Google, che è riuscita peraltro a parcellizzare le necessità dei navigatori e a trasformarle in una fitta rete di servizi specifici, di cui il progetto *Books* è solo una piccola parte.

È evidente come questa rivoluzione di ruoli e rapporti contrattuali ponga sfide sempre nuove ad un diritto che stenta a rincorrere la realtà, per quanto virtuale questa possa essere. Nel settore del diritto d'autore, più che in altri, è la legge che è tenuta ad adattarsi agli usi sociali ed economici che progressivamente si impongono, in favore di tutti gli attori della scena. Ebbene, la situazione attuale è quella per cui il copyright risulta essere un "right" senza "copy", perché in rete qualsiasi contenuto è accessibile a chiunque, senza limiti di quantità a con poche reali restrizioni[170]. I grandi investitori della rete come Google fanno giocoforza su questo aspetto, che quindi si rivela cruciale nella comprensione del problema. Di seguito verranno pertanto analizzati alcuni aspetti critici dell'attuale sistema e verranno proposte alcune misure conseguenti.

170 F. Macaluso – *E Mozart finì in una fossa comune: Vizi e virtù del copyright*, Egea, 2013, pag. 15

3.1.1 La crisi dell'identità economica dei diritti d'autore

Il punto di rottura rispetto all'era pre-digitale è rappresentato, forse, dall'esasperata attenzione che le norme sul copyright, sulla falsariga delle tradizioni anglosassoni, dedicano agli aspetti economici dei diritti in questione. Ciò si traduce in una sostanziale deviazione delle legislazioni dal loro originario ambito di tutela, la quale viene accordata agli operatori dell'industria, piuttosto che agli autori delle opere dell'ingegno. Si innesta così un circolo vizioso: le protezioni di copyright si concentrano sui soggetti che organizzano le produzioni e controllano i diritti patrimoniali dei contenuti creativi, poiché a questi vanno i meriti dell'effettiva commercializzazione dell'opera, mentre l'apporto artistico, creativo dell'autore è minimizzato. In questo modo, il copyright stimola prevalentemente la creazione di espressioni con l'obiettivo di massimizzare il profitto, una logica che deprime la varietà (e talvolta anche la qualità) dell'offerta, contribuendo in proporzione a valorizzare l'operato di persone diverse dall'autore, cioè coloro che siano in grado di garantire lo sfruttamento dell'opera. Questa situazione porta ad una crisi dell'identità economica dei diritti d'autore, una condizione in cui il rafforzamento delle norme in materia di copyright non garantisce una migliore distribuzione delle royalties in favore degli autori[171].

Questo aspetto critico va affrontato prendendo in considerazione le persone, oltre all'autore, che fanno parte della *supply chain* del mercato delle opere. La posizione di monopolio o di forte dominanza delle società di gestione collettiva in Europa, ad esempio, può essere regolamentata

171 R. Towse – *Creativity, Copyright and the Creative Industries*, su 63 Klykos (461-467) del 2010.

mediante importanti riforme. La Direttiva Barnier (2014/26/UE), che risponde alla volontà politica di aggiornare i meccanismi di funzionamento della gestione collettiva dei diritti, sancisce importanti libertà per l'autore dell'opera, ma fallisce nel regolare alcuni importanti aspetti, quali l'espressa eliminazione del monopolio legale e la riforma strutturale della *governance* di tali società, come ad esempio la riforma dei meccanismi di nomina degli organi collegiali. L'attuale sistema di nomina, infatti, si basa sul differente peso in termini finanziari dei singoli autori ed editori associati, una situazione che induce inevitabilmente a pattuizioni tra gli autori più importanti e i maggiori editori, tagliando fuori gli artisti emergenti. Una *governance* più equa, basata su un sistema maggiormente rappresentativo e democratico, risulterebbe più equilibrato e si risolverebbe in favore della generalità degli autori ed editori, a prescindere dalla loro importanza sul mercato.

Altri attori della *supply chain* sono senza dubbio i fornitori di servizi online e gli inserzionisti pubblicitari, che come accennato in precedenza finanziano la produzione di contenuti attraverso pubblicità e contenuti sponsorizzati. L'autore mette la sua opera a disposizione del pubblico attraverso i canali e le piattaforme sul web, ma così facendo contribuisce anche ad aumentare le quote di audience degli operatori pubblicitari, e quindi i loro introiti. Si è già detto, inoltre, che tale meccanismo "sbriciola" l'attività creativa e promuove la realizzazione di prodotti di largo consumo per conquistare sempre più fette di utenza. Il sistema finisce così per premiare un numero molto limitato di autori. A tal proposito, si

possono considerare forme di imposizione economica a carico degli operatori pubblicitari che possa giovare direttamente al fornitore di contenuti e non solo al titolare del sito internet che mette a disposizione spazi per inserzioni.

3.1.2 Requisiti formali e durata della protezione

Un altro aspetto suscettibile di essere preso in considerazione attiene alle formalità richieste per le protezioni e alla durata di queste. Da quando le modifiche alla Convenzione di Berna hanno previsto che "il godimento e l'esercizio di questi diritti non sono subordinati ad alcuna formalità" (art. 5) ed hanno innalzato la durata del copyright a 70 anni dalla morte dell'autore, il quadro tecnologico si è evoluto massicciamente.

La mancata subordinazione della protezione ad obblighi formali, stabilita dalle regole di Berna, lede considerevolmente la certezza del diritto sotto diversi aspetti. Un paragone può essere efficacemente fatto con la legislazione degli Stati Uniti, che proprio a causa della previsione dell'obbligo formale di registrazione presso il Copyright Office non permise al Paese di diventare parte della Convenzione sino al 1988 con il *Berne Convention Implementation Act*, che comunque mantiene tale obbligo formale per le opere americane. Il metodo di registrazione americano, unitamente alla durata e alle modalità della protezione accordata, ha garantito importanti risultati: tali strumenti contribuiscono alla certezza del diritto statunitense, assicurano la tracciabilità dei dati relativi all'opera, permettono l'identificazione dell'autore e svolgono l'importante

funzione di "avvisare il pubblico" circa il momento in cui l'opera diventa di pubblico dominio. Ciononostante, le registrazioni di contenuti creativi al Copyright Office hanno iniziato a diminuire dalla fine del XX secolo senza inversioni di tendenza. Secondo autorevole dottrina[172], tale declino è dovuto all'aumento dei contributi amministrativi per la registrazione, elevati a 30 dollari all'indomani del nuovo millennio. Questo dimostra come un numero rilevante di autori abbia considerato che la propria opera non valesse abbastanza per giustificare una spesa simile, per quanto irrisoria. Si è così prodotta una selezione tra i lavori creativi ritenuti profittevoli, registrati e protetti dalla legge, e quelli che invece non potessero fruttare guadagni significativi.

In merito alla durata della protezione, il sistema americano è oggi conforme alle convenzioni internazionali. In origine, tuttavia, aveva la peculiarità di prevedere un sistema condizionato, che permetteva ai titolari di verificare, una volta trascorso il primo periodo di tutela, se in base all'attuale valore di un'opera sussista o meno la necessità di un rinnovo dell'iscrizione. Secondo i dati storici del Copyright Office, nell'ultimo secolo sono state complessivamente rinnovate le registrazioni del solo 15% delle opere originariamente iscritte. Il restante 85%, alla scadenza della protezione, è andato a far parte del pubblico dominio con il beneplacito degli autori. Dal 1992, il rinnovo delle iscrizioni al Copyright Office è diventato automatico, pertanto l'attuale sistema di protezione si considera incondizionato e di durata pressoché perpetua.

172 W. M. Landes, R. Posner – *Indefinitely Renewable Copyright*, John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 154, 2002.

L'esperienza americana prova l'utilità di tali strumenti. Il principio sottostante alla necessità di prevedere obblighi formali è che gli autori siano messi in condizione di dichiarare espressamente la volontà di esercitare il copyright sulle proprie opere e, in caso di sistema non condizionato, anche di confermare periodicamente tale volontà. I passaggi formali, che qualche decennio fa sarebbero risultati molto più gravosi, potrebbero oggi essere agevolati dalla tecnologia e dal mantenimento di registri informatici. Può anche prefigurarsi l'istituzione di una licenza di default in caso di inattività dell'autore, che ne permetterebbe l'uso dietro pagamento di una royalty dell'ammontare dei costi di registrazione.

La durata della protezione dovrebbe essere calcolata in base alla natura, allo scopo e al valore commerciale di ogni opera. È irragionevole che la stessa durata (tutta la vita dell'autore più settant'anni dalla morte) sia prevista, ad esempio, per il brano musicale *Hey Jude* dei Beatles, pubblicato nel 1968 ma ancora di alto valore commerciale, e per un *jingle* pubblicitario pubblicato due anni fa che ad oggi non abbia più alcun valore di mercato. La vita economica media stimata di un'opera d'autore e di circa 13 anni: mantenere vincoli di protezione su opere non più commerciabili non è di alcuna utilità per i titolari dei diritti, ma soprattutto impedisce a tali opere di raggiungere il loro status finale (il pubblico dominio) e di conseguenza ne vieta l'accesso a chi potenzialmente potrebbe rivisitarle e conferire loro nuovo valore economico. In questo ambito, le soluzioni sono di due tipi: prevedere un

sistema di calcolo della durata appropriata della protezione, basato sul tasso di svalutazione delle opere, oppure istituire un sistema non condizionato che preveda un termine iniziale standard e la possibilità di successivi rinnovi dello stesso.

3.1.3 Complessità delle norme

Persino nei sistemi di common law, dove larga fetta della legge dovrebbe essere rimessa al diritto non scritto incastonato nei precedenti vincolanti di elaborazione giurisprudenziale, le norme sul copyright risultano essere particolarmente complesse, puntigliose e frammentate dal susseguirsi di diversi interventi. Si pensi, ad esempio, al *Copyright, Designs and Patents Act* britannico del 1988, emendato, sino ad oggi, ben sessanta volte da sessanta diversi atti del Parlamento. La professoressa Jessica Litman, uno dei più importanti studiosi di copyright negli Stati Uniti, commenta il fenomeno in questo modo:

«Il problema, tuttavia, è che la legge sul copyright non potrebbe essere insegnata nelle scuole elementari, perché gli alunni non la comprenderebbero. In realtà, non la capirebbero nemmeno gli insegnanti. E, se per questo, nemmeno gli avvocati esperti di diritto d'autore. Se vogliamo insegnare i principi del copyright agli studenti di una scuola elementare, la legge deve essere pratica, intuitiva e sufficientemente breve, affinché i bambini possano ritenerne almeno i principi essenziali. La legge che abbiamo oggi è molto lontana da ciò. È irrealistico immaginare che le persone svolgano le loro attività quotidiane

secondo regole pensate da grandi società dei settori legati al copyright soltanto perché è stato detto loro di rispettarle. Se si vuole che il pubblico partecipi al gioco secondo le disposizioni del copyright, allora queste norme vanno disegnate tenendo a mente l'interesse del pubblico.»[173]

Una legge sul copyright, nel 2018, deve regolare anche e soprattutto il mondo digitale e, pertanto, si applica a chiunque sia in possesso di un computer. Ciò significa che dovrebbe essere concepita alla portata dell'utente medio, con un processo di semplificazione e divulgazione che si valga di strumenti semplici ed immediati. Risulta quindi necessario conquistare una cooperazione volontaria e spontanea da parte dell'utenza, lavorando sulla componente morale delle condotte e cercando di ristabilire la legittimazione del sistema normativo.

Uno sforzo particolare dovrebbe essere rivolto a rendere univoco il sistema di eccezioni, magari prendendo a modello la semplice ed elastica disciplina del *fair use* americano.

3.1.4 Pirateria e sanzioni

Il copyright è generalmente ricondotto nell'alveo dei diritti di proprietà, ma si distingue dai diritti reali per alcune caratteristiche. Mentre la proprietà di un bene tangibile non ha scadenza, il copyright di un'opera è limitato nel tempo e al termine del periodo di protezione questa entra a far parte del pubblico dominio. Altra caratteristica concerne le modalità di utilizzo dei materiali protetti da copyright:

173 J. D. Litman - *Digital Copyright*, 2° ed., New York, Prometheus Books, 2006, pag. 72

mentre un album musicale può essere ascoltato simultaneamente da un qualsiasi numero di persone, un lotto di terra non può essere contemporaneamente usato per farne una miniera o un albergo[174]. Sulla base di tale considerazione, gli elementi caratteristici di tale diritto risultano essere quello della non escludibilità e quello della inesauribilità.

Le tecniche digitali sono in grado di incidere sul carattere della non escludibilità delle opere. Se da un lato è vero che le nuove tecnologie hanno agevolato le attività di pirateria, dall'altro hanno fornito strumenti in grado di escludere o limitare l'accesso abusivo alle opere protette[175]. Questi interventi, tuttavia, si rivelano poco efficaci, poiché all'adozione degli stessi seguono immediatamente contromisure da parte degli hacker per neutralizzare o forzare i codici di lettura dei contenuti elettronici. Non bisogna sottostimare le motivazioni etiche ed ideologiche sottostanti al comportamento di questi individui. Non a caso si parla di "*copyright wars*", guerre del copyright. Le frange più estreme della cultura hacker propugnano l'idea di Internet come *res nullius*, una "rete delle reti", per l'appunto, volta al libero scambio di ogni sorta di informazione, senza la presenza di alcuna proprietà privata. Esponenti più moderati vorrebbero, invece, liberare "solo" quanto possa rientrare nella nozione di "cultura".

Pur non ignorando il fenomeno della pirateria fisica, consistente in particolare nella copia meccanica dei libri (alcuni strumenti legislativi utilizzano in tal senso il termine "reprografia"), il fenomeno certamente

174 F. Macaluso – *E Mozart finì in una fossa comune: Vizi e virtù del copyright*, Egea, 2013, pag. 99
175 Un esempio di tali strumenti è rappresentato dai sistemi di *digital rights management* (Drm), tecnologie di controllo degli accessi ad opere protette. Le tecnologie Drm cercano di controllare uso, modifica e distribuzione di opere protette.

più evidente e diffuso è quello della pirateria informatica. È estremamente facile per qualunque utente, al giorno d'oggi, creare una copia multimediale di un'opera d'arte tramite un computer e caricarla sulla rete. Sistemi di condivisione online di tali copie illecite (c.d. *file sharing*) si diffondono a macchia d'olio e si tratta di un fenomeno che non può essere arginato, perché, come accennato, ad una disposizione delle autorità che impedisca l'accesso ad un sito web pirata, consegue la contromisura della creazione di un numero elevato di siti (i c.d. *proxy*) che permettono di accedere alla medesima piattaforma (*rectius*, a copie identiche della piattaforma) precedentemente oscurata.

Al di là degli hacker veri e propri che, consapevoli dei loro strumenti, si fanno promotori delle attività illecite dei singoli fruitori, il comportamento dei pirati della rete si concretizza in strategie simili tra loro, ma dagli scopi diversificati. Alcuni utilizzano le tecnologie di *file sharing* come alternativa all'acquisto del prodotto legale; altri accedono al file pirata prima di procedere alla fruizione legale dell'opera; altri ancora fanno uso di tali sistemi affinché possano accedere a contenuti protetti ma che siano normalmente inaccessibili, magari perché fuori mercato.

È interessante a tale scopo analizzare gli ultimi studi di un istituto di ricerca specializzato, Kantar Media, elaborati per il governo britannico e relativi a marzo dello scorso anno[176]. Tali studi hanno stimato che, nei primi tre mesi del 2017, il 15% degli utenti del Regno Unito ha consumato illegalmente almeno un contenuto multimediale (musica, libri, film,

176 Cfr. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/628704/OCI_-tracker-7th-wave.pdf

giochi, software). Il 7% di tale utenza, inoltre, ha avuto accesso esclusivamente a contenuti illeciti. Il dato sul consumo di musica è quello più grave: circa un terzo (34%) di contenuti musicali online è effettivamente pagato, e corrisponde a circa 130 milioni di brani. La propozione di musica a cui si è avuto accesso illegalmente si aggira, nello specifico, intorno al 17% (67 milioni di tracce musicali). Le ricerche chiariscono inoltre che l'uso di servizi *Peer2Peer* da parte dei trasgressori è significativamente cresciuto rispetto al 2016 (dal 19% al 24%).

Lo studio riporta alcuni dati relativi alle ragioni sottostanti a tali violazioni: la motivazione più comune fornita dai trasgressori è stata "perché conviene" (45%), immediatamente seguita da "perché è gratis" (44%). Un'ultima motivazione fornita degli intervistati (37%) è stata, infine, "perché è un metodo rapido".

Molti degli aspetti principali citati che scoraggerebbero le violazioni sono legati alla non disponibilità dei contenuti. Il 22% dei trasgressori ha affermato che non avrebbe violato la legge "se tutto ciò che volevo fosse stato disponibile legalmente"; il 17% non avrebbe trasgredito "se tutto ciò che volevo fosse stato disponibile legalmente online non appena rilasciato altrove"; il 16% non avrebbe trasgredito "se un servizio in abbonamento a cui ero interessato fosse divenuto disponibile". Il 21% ha affermato poi che "se i servizi legali fossero meno costosi", ciò scoraggerebbe le violazioni. Ma tale ultima percentuale, si spiega nel rapporto, è scesa in modo significativo rispetto agli anni precedenti.

Un cenno va fatto ad alcune percentuali riportate in merito ai valori di spesa degli utenti, dati che rinforzano la tesi per cui un ostacolo totale alla pirateria non è la strategia migliore per regolare il fenomeno. Per ognuno dei contenuti multimediali presi in considerazione, infatti, si rileva che i soggetti che spendono di più sono coloro che accedono agli stessi sia legalmente che illegalmente. Se le percentuali di spesa degli utenti assolutamente "regolari" e di quelli che si limitano all'accesso illegale si avvicinano molto, si registra un picco di spesa da parte di quei consumatori che adottano una forma "mista" di pirateria, e che probabilmente corrispondono alla suindicata categoria di contravventori che prima fruiscono illegalmente del contenuto e poi si apprestano ad effettuare una spesa per ottenerne una copia perfettamente legale. Tale forma "mista" di pirateria, pertanto, è virtuosa, perché permette una migliore diffusione e visibilità delle opere, e perché permette all'utente di valutare lucidamente a quale artista dare i propri soldi.

Bisogna tenere presente che i rapporti online non sono bilaterali: affianco ai produttori di opere protette e ai consumatori delle stesse si trovano gli altri soggetti economici che operano nella rete, quali gli *internet service provider* e gli attori del mercato pubblicitario. Le normative sul copyright attuali prevedono, per gli ISP, un modesto obbligo di cooperazione nei confronti delle autorità giudiziarie (obbligo peraltro non sempre rispettato), e le proposte normative sull'introduzione di veri e propri regimi di sorveglianza a loro carico sono state sempre criticate ed ostruite da opinione pubblica e lobbisti.

I gestori dei siti Internet (che come detto sono i fornitori di spazi pubblicitari) dovrebbero, invece, incentivare i meccanismi di *notice and takedown* previsti dalle legislazioni, in forza dei quali, dietro segnalazione, dovrebbero rimuovere senza indugio i *link* che permettano l'accesso illecito a contenuti protetti. Gli inserzionisti, infine, dovrebbero cessare di far passare i propri banner pubblicitari sui siti pirati, fenomeno purtroppo sempre più frequente: negli USA, celebri marchi come Amazon, Disney e la stessa Google finanziano questi siti attraverso i loro avvisi pubblicitari[177].

A tal proposito, sarebbe necessario introdurre meccanismi processuali che accelerino l'iter dei sequestri e delle interdizioni definitive delle attività di alcuni attori della rete, e che simultaneamente possano assicurare l'irrogazione, senza eccezioni, di sanzioni penali e pecuniarie misurate alla gravità di tali illeciti. Ma anche il mercato ha bisogno di adattarsi ai suoi detrattori. Non è un'assurdità pensare che, dietro ad alcuni siti web che permettano la fruizione illecita di contenuti protetti in altà qualità, e che nonostante una certa fama e visibilità tra i pirati informatici appaiano quasi ignorati dalle autorità che dovrebbero provvedere alla loro chiusura, vi siano accordi con i fornitori legali degli stessi contenuti. Ci si riferisce, in particolare, ad alcune celebri piattaforme di streaming le quali consentono accesso gratuito a contenuti audiovisivi che normalmente fanno parte di pacchetti di abbonamento di grandi distributori, quali Netflix, Amazon video o Sky.

177 F. Macaluso – *E Mozart finì in una fossa comune: Vizi e virtù del copyright*, Egea, 2013, pag. 116.

Ciò è tanto più plausibile in un'epoca in cui si riscrivono i rapporti contrattuali con l'utenza. La maggior parte delle strategie prevede oggi due distinti "livelli" di fornitura di contenuti protetti: un primo livello consente l'accesso gratuito a determinate condizioni (l'assoggettamento ad una serie di pubblicità, un contributo pratico del fruitore, una minore qualità dei prodotto), mentre un secondo livello, cosiddetto "*premium*", garantisce la piena godibilità di quanto offerto dietro pagamento di una somma piuttosto irrisoria. È il caso dei videogiochi per smartphone, non a caso ridenominati "*freemium*" o "*pay-to-win*": il download di queste app è gratuito e vi si può giocare senza pagare alcuna somma di denaro (in questo caso, si paga attraverso le autorizzazioni al trattamento di alcuni dati personali e attraverso una serie di pubblicità nell'applicazione), ma per poter godere appieno dell'avventura ludica e per poterlo fare senza invasivi *pop-up* pubblicitari, è necessario passare ad un account *premium*. Un esempio analogo è quello di Spotify, piattaforma di streaming musicale. Nella versione gratuita, *Spotify free*, è consentito accedere ad uno sconfinato catalogo di brani musicali, album ed artisti, ma bisogna prima ascoltare le inserzioni pubblicitarie. Oltretutto, la qualità dei file riprodotti non è delle migliori. Passando a *Spotify premium*, invece, le pubblicità spariscono e si può accedere alla musica in alta qualità. Insomma, sta all'utenza scegliere in che modo pagare per il servizio.

3.2. Tendenze future

Quella del copyright è una "partita" che si gioca guardando soprattutto alle prospettive future. *De iure condito*, può dirsi che i sistemi di tutela prevedono discipline ferree e capillari, ammorbidite da elementi di flessibilità, quali le eccezioni di *fair use* e *fair dealing* (o il più astratto *three-step-test* della Convenzione di Berna) affrontate nel corso di questa trattazione. Proprio tali elementi permettono al sistema di aggiornarsi ai repentini cambiamenti di un mondo difficilmente prevedibile come quello della rete. Nel caso Google Books, la creazione di una biblioteca digitale universale veniva classificata dalle corti americane come "uso trasformativo", e quindi equo, delle opere degli autori. È stato infatti il *fair use* a permettere ad una legge inevitabilmente poco lungimirante di adattarsi a tematiche e mercati nuovi ed inusitati. Tuttavia, se da un lato simili strumenti di adattamento si rivelano cruciali nella gestione di questi nuovi settori, dall'altro nemmeno possono giustificare giurisprudenze eccessivamente creative. È pertanto necessaria, *de iure condendo*, una rivisitazione degli attuali strumenti forniti dal legislatore.

In base alle osservazioni giuridiche, economiche e sociologice sin'ora esposte, si può ricostruire una sorta di "trivio" delle possibili linee di tendenza future dei modelli di tutela dei diritti d'autore. Indubbiamente, ognuna di queste possibili vie presenta elementi positivi ma, al contempo, presenta aspetti critici che non devono essere sottovalutati.

3.2.1. *All rights reserved*: irrigidimento del modello

"Il copyright è proprietà. Ma così come configurato attualmente è il sistema di proprietà più inefficiente che l'essere umano conosca"[178]. Tuttavia il copyright è l'unico sistema che garantisce lo sviluppo e la diffusione culturale, obiettivo irrealizzabile senza il riconoscimento della coesistenza di diritti morali e di sfruttamento economico.

Nel corso di questa trattazione, si è visto come diversi tentativi di riforma abbiano cercato non solo di difendere, ma anche di irrigidire l'attuale modello. Ci si riferisce in particolare all'esperienza americana, ove l'introduzione del *Copyright Term Extension Act* nel 1998 suscitò le critiche di molti commentatori e dell'opinione pubblica e, addirittura, richieste di *judicial review* sulla conformità di alcune disposizioni alla *necessary and proper clause* della Costituzione americana. Tale clausola si rivela quindi lo strumento attraverso il quale far valere ogni obiezione sulla legislazione del Congresso: la necessità di regolare una specifica materia risiede nell'attività stessa delle camere del parlamento americano, ma spetterà comunque alla Corte Suprema l'ultima parola sulla proporzionalità di specifiche norme al loro scopo.

In anni più recenti, tra l'altro, opinione pubblica e lobbisti non hanno salutato benevolmente alcune peculiari proposte di irrigidimento del modello, quali lo *Stop Online Piracy Act* e il *Protect IP Act*, entrambe del 2011. Le critiche più consistenti alle pressanti disposizioni penali previste in simili strumenti riguardavano la libertà di parola e di innovazione. Tali

178 L. Lessig – *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Bloomsbury Academic, Londra, 2008, pag. 260

libertà, che nei circuiti della produzione intellettuale diventano vere e proprie esigenze, sono controbilanciate dal bisogno di controllo da parte delle autorità. Non è pensabile, argomentano i fautori di simili proposte di legge, lasciare alla piena disponibilità delle parti la gestione di interi settori produttivi, soprattutto in un ambiente come quello digitale ove la tendenza all'incertezza della legge, al disordine e in ultimo all'anarchia è molto forte.

Le ragioni che condurrebbero all'irrigidimento del modello poggiano invero proprio su queste considerazioni. La previsione di formalità generalizzate, quali l'obbligo di registrazione e l'apposizione sull'opera di un "avviso di copyright", è fondamentale per la certezza del diritto. Inoltre, è necessario che le autorità intervengano per arginare la creazione di nuovi mercati dalle tendenze monopolistiche. Questa è forse la ragione più profonda che ha portato il giudice Chin a rifiutare il *settlement agreement* nel caso Books: Google aveva creato un nuovo settore di mercato, sicuramente giustificato dalla sua qualificazione come servizio pubblico, ma non poteva legittimare, con un accordo privato, la creazione di un monopolio legale sullo stesso. Certamente l'accordo avrebbe portato grande beneficio anche agli interlocutori del motore di ricerca, ma avrebbe escluso dal "gioco" ogni altro potenziale "giocatore".

Una terza ragione su cui si fondano i tentativi di *enforcement* di tali branche del diritto risiede nella constatazione che, come visto, quella del copyright è una tradizione plurisecolare, un sistema già consolidato che si è evoluto nel corso degli anni con non pochi sforzi. Si possono riconoscere

le lacune di tale sistema, si possono evidenziarne i punti critici, ma dopotutto non vi sono alternative bell'e pronte allo stesso e, se pure vi fossero, necessiterebbero di un lungo periodo di tentativi e correzioni prima di poter raggiungere un sufficiente grado di efficacia. Nel frattempo, tra l'altro, i rapporti telematici, dinamici per antonomasia, muterebbero i loro connotati molte volte, e l'abbandono del modello attuale per uno nuovo non farebbe altro che aumentare le distanze tra il mercato e il legislatore. Quest'ultimo si troverebbe costretto a ripensare frettolosamente le sue strategie (come già peraltro avviene) nei confronti di produttori e consumatori sempre più distanti dalla lettera della legge.

Cionondimeno, ad un irrigidimento non calibrato delle tutele conseguirebbero pesanti effetti collaterali. Se è vero che l'imposizione di obblighi formali porterebbe a maggiore certezza del diritto, è anche vero che, come già accennato in questo capitolo, le disposizioni sono spesso poco chiare, complesse, specifiche e non alla portata degli individui cui si applicano. Ecco perché, per quanto rimarchevole, il tentativo di intensificazione dello *ius positum* potrebbe condurre alla creazione di un vero e proprio gigante dai piedi di argilla.

Le altre considerazioni di fondo attengono, come si è visto, al ruolo da dare, rispettivamente, al potere statale e agli interessi di coloro che fanno parte della produzione intellettuale. Le autorità devono avere un controllo sui mercati, ma l'imposizione di regole refrattarie alle opinioni di chiunque faccia parte della *supply chain* si tradurrebbe in un grave diniego di democrazia. Si può, ancora una volta, richiamare l'esperienza

di *Books* per spiegare quanto variegati siano interessi ed opinioni dei *player* del mercato. Molti autori erano, in quell'occasione, favorevoli alla class action, ma altrettanti si sono schierati dalla parte di Google. Ciò dimostra quanto frequenti possano essere talune decisioni impopolari provenienti "dall'alto", da parte di un legislatore non direttamente coinvolto negli interessi in gioco e sicuramente non molto specializzato sulla materia.

Infine, le considerazioni sulla elevata dinamicità di codesti settori depongono a sfavore sia della radicale rivoluzione del modello, sia delle proposte volte ad indurire l'attuale impianto normativo. Si è osservato come i consumatori siano "mutaforma": il mercato si riadatta ad ogni tentativo di contenimento, spingendo di conseguenza il legislatore a dover studiare nuove efficaci strategie, in un circolo vizioso senza fine.

3.2.2. *No rights reserved*: i movimenti per la cultura libera

Nel 2004, il professor Lawrence Lessig, uno dei più importanti studiosi di copyright d'oltre oceano, pubblicava un libro intitolato "Cultura Libera: Come i Grandi Media Usano la Tecnologia e la Legge per Bloccare la Cultura e Controllare la Creatività"[179]. Questo libro, come diversi altri dell'egregio giurista, si fregia di una notevole capacità comunicativa. Attraverso l'uso di un gran numero di esempi ed aneddoti, il professore spiega ai suoi lettori quali fossero i punti salienti del sistema

179 Quella riportata è la traduzione letterale del titolo originale (*Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*). In Italia l'opera fu presentata con il diverso e più moderato titolo "Cultura libera: Un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale".

di copyright americano, come questo si fosse significativamente espanso nella seconda metà del '900, come l'industria abbia fatto uso di questo sistema legale per limitare la concorrenza e come, infine, il risultato di questo modello si trovi sostanzialmente contro "il progresso delle scienze e delle arti utili" sancito dalla Costituzione degli Stati Uniti.

L'opera di Lessig si caratterizza per il suo punto di vista alternativo, ed è subito divenuta un caposaldo sia per gli studiosi della materia, sia per quelli che possono considerarsi gli eredi dell'originale cultura hacker. Già a ridosso del nuovo millennio, e nello specifico dalla promulgazione del contestato *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* nel 1998, i campus dei college americani furono terreno fertile per la nascita di movimenti di attivismo volti alla promozione degli ideali della cultura libera, dell'accesso all'informazione e della partecipazione culturale[180]. Simili forme associazionistiche travalicarono ben presto i confini accademici e si diversificarono in quanto ad obiettivi, proposte ed ideali.

Confrontandola con quelle delle frange più estreme, la visione di Lessig risulta essere forse quella più moderata e pratica. Affianco a questa, infatti, sono nate una serie di realtà che si rifanno, più propriamente, ad una concezione tecnico-meritocratica derivante dalla cultura hacker. Questo termine ha assunto, nel corso degli anni, una connotazione sempre più negativa ed è oggi generalmente utilizzato per individuare chi si introduce in sistemi informatici altrui contro la volontà del titolare del sistema, ai fini particolari di compromettere il

180 La prima forma associativa volta alla promozione di questi temi è considerata essere *Students for Free Culture*, un'organizzazione studentesca internazionale nata nello Swarthmore College in Pennsylvania nel 2003.

funzionamento dello stesso e di "rubarne" le informazioni riservate. In realtà la cultura hacker, nella sua forma più pura, è semplicemente insofferente alle restrizioni alla libertà informatica, e non intende far uso di tale libertà in modo malevolo, anche quando accede a sistemi informatici mediante il superamento delle misure di protezione. A coloro i quali utilizzano le proprie competenze e conoscenze per danneggiare il funzionamento dei sistemi, o comunque operano nel mondo dell'informatica in modo distruttivo o asociale, viene riservato il distinto termine "*cracker*"[181]. Tuttavia, tale distinzione terminologica risulta avere ormai contorni piuttosto evanescenti: la società è mutata e, insieme ad essa, anche il suo corrispettivo telematico. Oggi Internet è di tutti, non solo di una ristretta élite di esperti del settore e delle loro regole comportamentali, ormai anacronistiche sotto molti aspetti. Di conseguenza, può già dirsi che le proposte radicali dei fautori di tale cultura risultano utopiche e piuttosto triviali.

Può dirsi infatti che l'attivismo diretto alla "liberazione della rete" non sia altro che una forma di autolesionismo. Gli interventi rivoluzionari proposti da gruppi partecipativi, quali i Partiti Pirata[182], fanno leva sugli stessi valori che finiscono per compromettere. Secondo i movimenti più estremisti per la cultura libera, la rete era e deve tornare ad essere terra di

181 G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Giappichelli, II ed., pag. 212

182 Si tratta di una serie di movimenti politici e partiti, presenti in molte realtà politiche del mondo, i quali lottano per una serie di diritti civili e libertà informatiche e propongono, *inter alia*, la totale revisione dei sistemi di diritti d'autore. La prima di queste esperienze fu il *Piratpartiet* svedese, fondato nel 2006. È invece nato nel 2013 il *Partito Pirata Europeo*, con lo scopo di coordinare i partiti pirata del continente nell'ambito delle attività dell'Unione Europea. Attualmente il PPEU detiene un seggio nell'europarlamento, occupato dalla tedesca Julia Reda, membro della Commissione Giuridica del Parlamento Europeo e co-fondatrice dell'integruppo per l'Agenda Digitale.
Cfr. https://european-pirateparty.eu/

nessuno, un *locus amoenus*, scevro dal concetto di proprietà privata, ove godere della libera diffusione di idee, progetti, opere d'autore e materiali didattici. Tuttavia, Internet è una realtà virtuale creata dall'uomo per l'uomo. In essa si ritrovano gli stessi individui che, nella vita reale, necessitano di fondamentali regole di convivenza civile. È dunque impensabile che simili regole non si estendano, *mutatis mutandis*, ai nuovi sistemi di interazione umana, solo perché questi sono dematerializzati. Basti pensare a quanto vulnerabili siano sulla rete i vari aspetti correlati al concetto di *privacy*, che nell'esperienza americana assume i connotati di diritto proteiforme, in grado di ricomprendere non solo la riservatezza nella sua accezione tradizionale, ma tutto ciò che attiene alla sfera privata. Nel Regno Unito, peraltro, il termine gode di un'ampiezza definitoria tale per cui è stato affermato che "sono state date tante definizioni sul concetto di *privacy* quanti sono gli autori che hanno scritto sull'argomento"[183].

Un secondo aspetto critico concerne l'imprescindibilità di un ritorno patrimoniale per ogni autore. Pagare per la fruizione di un contenuto creativo in rete vuol dire premiare il talento del suo autore e contribuire a rendere redditizi gli investimenti di coloro che lo hanno portato sul mercato. Garantire invece la libera ed indiscriminata fruizione di qualunque opera significa permettere la sottrazione di una risorsa la cui creazione è costata fatica e, in ultima istanza, mancare di rispetto al lavoro altrui. I creatori delle opere, così come gli altri anelli della catena distributiva, non avrebbero più alcun interesse a dedicare tempo e risorse ai prodotti dell'intelletto umano. Ciò comprometterebbe il circolo

183 S. Russo, A. Sciuto – *Habeas data e informatica*, Giuffrè, 2011, pagg. 106-111.

virtuoso per cui più opere circolano, più nuovi autori saranno incentivati – ed ispirati – a creare, lo stesso meccanismo che i movimenti per la cultura libera dichiarano di voler promuovere. Va per tali ragioni superata la deriva demagogica che tenta di trasformare Internet in una terra di nessuno: un tentativo solo apparentemente ingenuo, che in realtà malcela gli interessi egoistici ed illegittimi dei pirati, supportati dall'appoggio dei "falsi utopisti della rete, così infantili, così irrealistici"[184].

3.2.3 *Some rights reserved*: una terza via

Come accennato, la visione di Lawrence Lessig è indubbiamente la più moderata e ragionata tra le correnti riformiste: lungi dal prefigurare una *tabula rasa* e quindi una nuova incarnazione giuridica per la tutela dei diritti d'autore, il professore propone un *upgrade* del sistema *nel* sistema, senza alterarne i connotati essenziali. Le autorità statali o federali dovrebbero cioè predisporre una cornice generale entro la quale gli operatori del mercato possano, in piena autonomia, scegliere le regole di sfruttamento economico che meglio si adattino alle loro esigenze.

È sotto questa luce che assume rilevanza decisiva il c.d. *copyleft*[185]. Questo si configura come un modello alternativo di gestione dei diritti d'autore, e si differenzia dal sistema tradizionale che vuole tali diritti trasferiti in blocco e con parametri temporali e soggettivi piuttosto standardizzati. La peculiarità di questo modello alternativo risiede,

184 F. Macaluso – *E Mozart finì in una fossa comune: Vizi e virtù del copyright*, Egea, 2013, pag. 158

185 Il termine nasce da un gioco di parole. Il vocabolo "*right*", infatti, si traduce in italiano sia con "destra" sia con "diritto"; mentre il termine "*left*" si traduce con "sinistra", ma anche con "lasciato", "ceduto". In contrapposizione, quindi, al "diritto di copia", rappresentato dal famoso simbolo ©, si ha la "copia ceduta", rappresentata dalla stessa "c" rovesciata.

dunque, nella facoltà concessa al titolare dei diritti di scegliere liberamente se e come trasferirli (entro alcuni limiti di legge invalicabili).

Il *copyleft* nasce proprio in risposta all'avvento dell'informatica e della telematica, che hanno riscritto gli equilibri fra i soggetti operanti nei mercati della creatività e della comunicazione. Se infatti fino a qualche decennio fa l'intermediazione di soggetti professionali (come gli editori) costituiva elemento imprescindibile per mettere le opere a disposizione del pubblico, oggi non è necessariamente così. Chiunque, anche senza una particolare preparazione e abilitazione professionale, può usufruire di elaboratori e programmi *user-friendly* per realizzare un sito web, inviare file via mail, partecipare a discussioni, promuovere il proprio lavoro nel modo ritenuto più opportuno. Sulla base di simili constatazioni si innesta la diffusione delle cosiddette licenze di *copyleft*, ovverosia documenti mediante i quali il titolare chiarisce al pubblico quali diritti intende riservarsi sull'opera e di quali invece intende disporre[186].

Tra simili istrumenti e meccanismi spicca Creative Commons, un'organizzazione non a scopo di lucro, le cui attività sono ormai estese in tutto il mondo, fondata nel 2001 da Lawrence Lessig insieme ad alcuni giuristi e informatici della Stanford University. L'idea alla base dell'organizzazione è che alcune persone potrebbero non voler esercitare tutti i diritti di proprietà intellettuale che la legge conferisce loro. Molti autori ritengono da tempo che il sistema "tutti i diritti riservati" non li aiuti ad ottenere la notorietà e l'ampia distribuzione che desidererebbero.

186 S. Aliprandi – *Teoria e pratica del copyleft: guida all'uso delle licenze opencontent*, NDA Press, 2006, pag. 11.

Qualsiasi siano le ragioni che li spingono, molti cittadini della rete vorrebbero poter condividere le proprie creazioni, e con esse il potere di riutilizzarle, modificarle o distribuirle, a condizioni meno restrittive. Nelle parole dei suoi gestori, «Creative Commons ti aiuta a condividere legalmente le tue conoscenze e la tua creatività per costruire un mondo più equo, accessibile ed innovativo. Sfruttiamo tutto il potenziale di Internet per guidare una nuova era di sviluppo, crescita e produttività. Attraverso un *network* di personale, comitati e affiliati in tutto il mondo, Creative Commons offre licenze di copyright gratuite e facili da usare. Un modo semplice e standardizzato di dare al pubblico il permesso di condividere ed utilizzare il tuo lavoro creativo – alle condizioni scelte da te»[187]. L'introduzione di questo set di licenze, perfettamente conformi ai sistemi legislativi sui diritti d'autore, aiuterebbe quindi gli autori ad esercitare i propri diritti in un modo più flessibile e meno oneroso. Di qui, il motto dell'organizzazione: non tutti, ma solo "*alcuni* diritti riservati".

Le licenze di questo tipo poggiano sul principio dell'autonomia contrattuale, e permettono all'autore di informare il pubblico di quale sia lo specifico regime di libertà e diritti gravante su di un'opera particolare. Tali libertà sono generalmente più ampie rispetto alle eccezioni di copyright, persino dell'elastico *fair use*. Creative Commons mette a disposizione sei modelli di licenza, ovverosia sei diverse combinazioni di quattro clausole. La prima di queste, "*Attribution*", consiste nell'obbligo di riconoscere il contributo dell'autore originario e, dalla versione 2.0 delle licenze, è presente in ogni combinazione. Le altre tre clausole consentono

187 Creative Commons – *What we do*. Traduzione propria. Cfr. https://creativecommons.org/about/

all'autore di fornire la sua opera solo per usi non commerciali ("*NonCommercial*"), di escludere che attraverso il suo lavoro vengano realizzate opere derivate ("*NoDerivativeWorks*") e persino di concedere il libero utilizzo dell'opera purché il medesimo tasso di libertà sia garantito agli utilizzatori successivi ("*ShareAlike*").

Riprendendo i punti critici analizzati nei paragrafi precedenti, può dirsi che vi sono ottime e molteplici ragioni per implementare, *de iure condendo*, la "terza via" dei sistemi di licenza suindicati. In primis, questi sistemi sono perfettamente incastonati nelle attuali leggi sui diritti d'autore, pur fornendo ai *player* del mercato e ai fruitori delle opere gli strumenti gestire normative complesse. La certezza del diritto è pertanto non solo preservata, ma anche incentivata. La democrazia del sistema è salva: le singole contrattazioni sono svolte dai diretti interessati (cioè coloro che hanno l'esperienza capillare per decidere l'esercizio di diritti specifici) entro gli argini di un'ampia cornice fornita dal legislatore (cioè colui che ha l'esperienza generale per regolare vecchi e nuovi settori di mercato). Se è vero che il mercato si riadatta continuamente ai limiti posti dalla lettera della legge, allora in tal modo esso si riadatterà a sé stesso, costringendo sé stesso a trovare le regole più adatte alla gestione dei suoi rapporti. Infine, il processo di diffusione e di "autocombustione" delle idee si snellisce significativamente: è l'autore a decidere quale sia il valore di mercato della sua produzione ed è quindi egli stesso a posizionare la sua opera in uno spettro di finalità che vede ai suoi estremi, rispettivamente, l'assoluto scopo lucrativo e la libera circolazione per il

mero beneficio pubblico.

Non c'è perciò da meravigliarsi se gli schemi di licenza Creative Commons trovino sempre maggiori consensi in tutto il mondo: le fila degli attivisti si mobilitano per la promozione di un sistema alternativo che sembra soddisfare anche le prerogative più estremiste; i giuristi di varie nazionalità assicurano la compatibilità delle licenze alle rispettive legislazioni in tema di diritti d'autore; e soprattutto, sempre più autorevoli titolari si servono di questa geniale alternativa, tra i quali spiccano la Casa Bianca, la *Public Library of Science*, Al Jazeera, e illustri scrittori (compreso ovviamente il professor Lessig) ed artisti. In Italia, tra i fruitori delle licenze, si trovano anche la Camera dei Deputati, i Ministeri dell'Interno, della Salute e dello Sviluppo Economico, gran parte della pubblica amministrazione, l'Istituto nazionale di statistica, l'Istituto nazionale di geofisica e vulcanologia ed una vasta gamma di testate giornalistiche e media[188].

188 https://it.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons#Progetti_che_adottano_licenze_Creative_Commons

CONCLUSIONI

Nel corso della presente trattazione, si è osservata la reazione dell'ordinamento degli Stati Uniti all'improvvisa nascita di un nuovo settore di mercato, creato attraverso l'impiego delle più moderne tecnologie e giustificato dalla perfetta aderenza dello stesso alla realtà sociale ed economica che caratterizza l'era digitale in cui viviamo. Attraverso l'analisi comparatistica dei sistemi presi in considerazione, si è visto come ogni norma sul diritto d'autore abbia bisogno di una eccezione o limitazione che possa garantire un efficace equilibrio dei molteplici interessi coinvolti. Sono stati in seguito analizzati i punti critici che l'era telematica e, con essa, la dematerializzazione hanno fatto emergere, e in che misura gli elementi di flessibilità della disciplina riescano a rispondere a queste nuove sfide. Infine, sono state illustrate le strade percorribili per l'elaborazione di un diritto futuro all'altezza di un mondo in continuo cambiamento.

Non è facile tirare le somme di uno studio complesso e difficilmente riassumibile, inutilmente riconducibile a pochi, concisi principi generali. Dopotutto, come più volte sottolineato, le fonti normative di riferimento sono tutt'altro che semplici. Ciò che invece è risultato di rapida intuizione è il funzionamento dei ben oliati ingranaggi che conferiscono al mondo telematico la sua irrefrenabile propulsione dinamica. L'aver portato la rete delle reti in ogni casa e su ogni schermo ha dato origine ad un universo parallelo, eppure quasi perfettamente coincidente con la realtà. Si potrebbe dedicare un'infinità di tempo nella valutazione dei benefici e

dei pregiudizi che questo nuovo mondo produce nella vita di tutti i giorni, ma il risultato finale risiederà sempre nell'accettazione che esso costituisce un'arma a doppio taglio, e che per affrontarlo non si può far altro che appellarsi alle capacità di adattamento e convivenza insite nell'animo umano. È per questo che non è possibile voltarsi dall'altra parte ed ignorare i profondi cambiamenti dei mercati delle opere d'autore, dei loro canali di distribuzione, dei personaggi che a vario titolo intervengono nella grande storia della diffusione della conoscenza.

E cosa si può intuire dall'esperienza del caso *Google Books*? Orbene, se si guarda ai dati sulla produzione documentale, i veri contributori della *discovery* processuale sono stati gli *amici curiae*. La controversia ha invero ottenuto una pesante risonanza, sebbene sia rimasta piuttosto in secondo piano nei reportage dei media non specializzati. Uno dei punti su cui la Authors Guild insisteva riguardava, non a caso, le questioni di "giurisdizione". A chi spetta l'ultima parola in un caso simile? A quali opinioni è stato dato maggior peso nella decisione finale?

In questo testo sono state menzionate alcune lettere di autori i quali, con significativo sforzo intellettuale ed espressivo, hanno provato a fornire al giudice Chin diverse prospettive sulla faccenda. In uno slancio ottimistico, si potrebbe dire che sono gli stessi autori, i diretti interessati, a regolare la potenza delle loro class action. È certamente la legge a disegnare le strade percorribili dagli operatori del mercato, ma sono poi questi ultimi a decidere se e quale sentiero prendere nel caso concreto.

Insomma, si torna nuovamente al punto di partenza e ci si interroga su quanto il copyright debba essere diritto di privativa e quanto una concessione amministrativa. Nel rispondere a questo interrogativo, il legislatore non può che osservare da vicino i comportamenti di autori, editori, intermediari e fruitori dei prodotti finali. La riorganizzazione delle regole del diritto d'autore non può che avvenire sulla base dei dati in questo modo raccolti.

Tentativi di riforma dell'impianto normativo, come quello tutt'oggi in discussione nelle Commissioni parlamentari dell'Unione Europea, non possono che far sperare per il meglio. E se, come spesso sosteneva un insigne professore di diritto costituzionale, "il diritto è vita", allora il legislatore non può che osservare la vita e comprenderne gli ingranaggi più reconditi, al fine di garantirne il miglior funzionamento, senza inceppare il meccanismo.

BIBLIOGRAFIA

- ALIPRANDI, *Teoria e pratica del copyleft: guida all'uso delle licenze opencontent*, NDA Press, 2006
- BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, mylawchamber, 2012
- BAND, GERAFI, *The Fair Use/Fair Dealing Handbook*, 2013
- DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci, 2015
- GOLDSTEIN, *Copyright's Highway: from Gutemberg to the celestial jukebox*, Stanford, 2003
- LESSIG, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press, 2004
- LESSIG, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Bloomsbury Academic, 2008
- LITMAN, *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2006
- LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Springer Verlag, 2009
- MACALUSO, *E Mozart finì in una fossa comune - Vizi e virtù del copyright*, Egea, 2013
- MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright and the End User*, Springer, 2008
- PATRY, *Copyright Law and Practice*, Bureau of National Affairs, 2000
- PATRY, *How to Fix Copyright*, Oxford University Press, 2011
- RUSSO, SCIUTO, *Habeas data e informatica*, Giuffrè, 2011
- SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Giappichelli, 2010
- SEVILLE, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Elgar European Law, 2009
- WIPO, *Introduction to intellectual property: theory and practice*, Wolter Kluver, 2017
- YU, *Intellectual Property and Information Wealth*, Harcourt Education, 2006

PERIODICI CARTACEI E DIGITALI

- Agenzia Giornalistica Italia, *Diritto d'autore: cosa dice la Direttiva Barnier*, su AGI – Cultura dell'8/6/2016
- COHN, HASHIMOTO, *The case for book privacy parity: Google Books and the shift from offline to online reading*, su Harvard Law and Policy Review del 16/5/2010

- D'AGOSTINO, *Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use*, su McGill Law Journal del 2008
- ERMERT, *EU IP Enforcement Directive Questioned on Procedure*, su Intellectual Property Watch dell'11/7/2006
- FLETCHER, *What to expect from the Book Rights Registry: a Q&A with the new executive director, Michael Healy*, su BookBusiness del 31/7/2009
- GINSBURG, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, su Tulane Law Review del 1990
- HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, su European Intellectual Property Review, vol. 11
- JACKSON, *Google: 129 Million Different Books Have Been Published*, su PC World del 6/8/2010
- KINSELLA, *Thomas Jefferson's Proposal to Limit the Length of Patent and Copyright in the Bill of Rights*, su The Libertarian Standard dell'11/12/2011
- LANDES, POSNER, *Indefinitely Renewable Copyright*, su John M. Olin Law & Economics del 2002
- LEVAL, *Toward a fair use standard*, su Harvard Law Review del 5/3/1990
- LEVY, *Google Books Program Upheld as Fair Use*, su PublicCitizen del 14/11/2013
- LOVE, *An Inside Look At One of Google's Most Controversial Projects*, su Business Insider del 16/12/2013
- RAMELLO, SILVA, *La natura del diritto d'autore*, Liuc Papers n. 44, dell'agosto 1997
- RICCIO, *Accesso alla conoscenza, fair use e diritto d'autore: il caso Google Books*, su MediaLaws del 19/03/2012
- RONCAGLIA, *Google Book Search e le politiche di digitalizzazione libraria*, su DigItalia – Rivista del digitale nei beni culturali n. 2 del 2009
- TOWSE, *Creativity, Copyright and the Creative Industries*, su 63 Klykos del 2010.