

Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*

Thomas Margoni

1. Inquadramento della fattispecie: eccezioni e limitazioni al diritto d'autore e loro relazione con la rete Internet.

Internet rappresenta lo stadio di evoluzione più avanzato per un crescente numero di iterazioni umane di varia natura, dalle transazioni commerciali, all'accesso ai servizi fondamentali offerti dalla pubblica amministrazione, dalle relazioni sociali e mondane, a quelle di carattere scientifico e tecnologico. Ormai *tutto* avviene in Internet, tanto che essa viene studiata non solo, o non più, come fenomeno puramente tecnologico od economico, ma anche per le conseguenze che proietta nello sviluppo della società moderna¹. Nel diritto d'autore – e non solo – Internet rappresenta il passo forse definitivo verso la completa emancipazione del *corpus mysticum* da quello *mecanicum*. Con l'avvento della tecnologia digitale (e dunque la possibilità di tradurre ogni tipo di informazione in sequenze binarie, composte cioè da una serie di impulsi elettromagnetici, di “1” e “0”²), abbiamo potuto osservare un profondo mutamento nella creazione, trasmissione, ed utilizzo dell'informazione e della creatività, comparabile per portata all'invenzione della stampa a caratteri mobili ad opera di Gutenberg circa 600 anni or sono³. Un supporto digitale, quale un DVD, è in grado di contenere tanti racconti, mappe, memorie e saggi quanti potrebbero riempire una intera biblioteca se impressi su carta. Internet rappresenta un ulteriore stadio di questa evoluzione. Internet è la tendenziale assenza del supporto. Nulla ha più bisogno di

* Articolo originariamente pubblicato in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, 8-9, August-September, 1959 e ss.

1 CASTELLS M., *The rise of the network society, The information age: Economy, society and culture*, Cambridge – Oxford, 1996.

2 Per una trattazione giuridica dell'universo digitale e della relazione tra le due scienze qui in analisi, v. ROSSATO A., *Diritto e architettura nello spazio digitale*, Padova, 2006.

3 Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg inventa la stampa a caratteri mobili attorno al 1440 e – nonostante tali caratteri mobili fossero già conosciuti in oriente – ciò darà il via a quella *multiplicatio librorum* che produrrà i conosciuti fondamentali effetti sull'evoluzione culturale, sociale e politica dell'Europa a partire dal XV secolo; si veda IZZO U., *Tecnologia e interessi nella genesi del diritto d'autore. Studio di diritto comparato*, Roma, 2010, 19 e segg.; MASCELLA R., EUGENI F., *La società e i fondamenti dell'informatica*, Roma, 2008, 91; MARTIN H. J., *Histoire et pouvoirs de l'écrit*, Paris 1988, 154-162.

essere immagazzinato in alcun dove. Tutta l'informazione scorre fluida, e viene modificata in tempo reale. Configurazioni *software* come il sempre più menzionato “cloud computing” o prodotti *hardware* come i c.d. “net-book” ne sono la conferma⁴. Non vi è più (*rectius*: si è affievolita enormemente) la necessità di archiviare i dati. Soprattutto non lo si fa più a livello locale (sul proprio *Personal Computer*, PC), in quanto se si cambia PC, o se si posseggono più strumenti di lavoro (un PC, un telefono di ultima generazione, un lettore di libri elettronici, un *tablet*), si desidera godere di tutte le proprie informazioni, preferenze, documenti, identità collegate ai vari *social networks*, in tempo reale, *a disposizione in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente*, ovvero, con espressione inglese: *on demand*.

Le ripercussioni che questo mutato scenario proietta sull'utilizzo delle opere della creatività e, per quanto qui rileva, sul particolare caso delle libere utilizzazioni, o eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, sono ovviamente di notevole impatto e rappresentano l'oggetto del presente capitolo.

2. Il quadro giuridico di riferimento

2.1 Fonti di diritto Internazionale:

a) Le eccezioni al diritto d'autore nella Convenzione di Berna⁵

La Convenzione di Berna, il più antico e diffuso strumento internazionale per la protezione delle opere artistiche e letterarie, prevede sia la *possibile* limitazione della protezione di alcune categorie di opere, quali ad esempio i discorsi politici e i discorsi tenuti durante procedimenti giudiziari, nonché le condizioni alle quali lezioni, prolusioni, ed altre opere della stessa natura pronunziate in pubblico possono essere riprodotte da parte della stampa, trasmesse, comunicate al pubblico via cavo, qualora tale uso sia giustificato dallo scopo informativo (art. 2-*bis*).

Oltre a questo genere di limitazioni, la Convenzione tratta altresì di “libere utilizzazioni” agli

⁴ La termine inglese *clouds* significa nuvole e nello studio dell'informatica corrisponde alla rappresentazione grafica di Internet. Il successo di tale architettura risiede nell'essere particolarmente adatta all'Internet mobile, sollevando tuttavia una nuova serie di riflessioni giuridiche. Per un'introduzione tecnica al tema e bibliografia, si veda http://en.wikipedia.org/wiki/Cloud_computing.

⁵ *Convenzione di Berna per la protezione delle opere artistiche e letterarie*, del 9 Settembre 1886, come da ultimo modificata il 28 settembre 1979. Per un'analisi approfondita di tale fondamentale strumento internazionale, si rimanda a RICKETSON S. - GINSBURG J., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Oxford - New York, 2006.

artt. 10 e 10-bis, ove si prevede la liceità della citazione di un'opera già legittimamente resa disponibile al pubblico – se compatibile con i *bons usages* – e solo nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo (art. 10 primo comma). È inoltre data facoltà agli stati membri di permettere l'utilizzo di opere letterarie ed artistiche a titolo illustrativo a scopo di insegnamento, mediante pubblicazioni, emissioni radiodiffuse, o registrazioni sonore o visive, purché si operi secondo i buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo (art. 10 secondo comma).

L'art. 10-bis prevede la facoltà da parte degli stati membri di individuare i casi in cui è ammessa la riproduzione per mezzo della stampa, la radiodiffusione, o la trasmissione per filo al pubblico di articoli di attualità su argomenti economici, politici, religiosi, pubblicati in giornali o riviste periodiche, oppure di opere radiodiffuse aventi lo stesso carattere, a meno che ciò non sia espressamente riservato e a patto che la fonte sia sempre chiaramente indicata (primo comma). È altresì facoltà degli Stati membri stabilire le condizioni alle quali i resoconti di avvenimenti di attualità operati mediante la fotografia, la cinematografia, la radiodiffusione o la trasmissione per filo al pubblico, e le opere letterarie od artistiche viste o udite durante l'avvenimento possono, nella misura giustificata dalle finalità informative, essere riprodotte e rese accessibili al pubblico (secondo comma).

Come si può osservare, per quanto le previsioni qui riportate della Convenzione di Berna possano naturalmente trovare applicazione nell'ambito di Internet (diritto di citazione, per fare solo un esempio) non molto viene detto circa l'ambiente digitale e telematico. Questo è ovviamente dovuto al momento storico in cui la Convenzione è nata e si è sviluppata.

b) Le eccezioni nei trattati WIPO

Un'altra fonte di diritto Internazionale di indubbia importanza sono i trattati dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI, o WIPO seguendo l'acronimo inglese più comune). Il plurale è dovuto al fatto che ci si suole riferire ai due trattati “gemelli”, il *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), entrambi adottati a Ginevra nel 1996⁶.

WCT e WPPT hanno avuto il compito di “aggiornare” la legislazione internazionale sul diritto d'autore alle allora più recenti innovazioni tecnologiche come i programmi per elaboratore e le banche dati, nuovi diritti come quello di noleggio, e nuove forme di protezione come le misure tecnologiche e l'amministrazione digitale dei diritti (v. altre sezioni in questa opera). Per quanto riguarda le eccezioni e

⁶ Il *WIPO Copyright Treaty* (WCT) ed il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT) sono stati adottati a Ginevra il 20 Dicembre 1996.

limitazioni, va notato come l'art. 10 del WCT (e specularmente l'art. 16 del “gemello” WPPT), introducano nelle fonti di diritto internazionale emanazione dell'OMPI il c.d. «Three-step test». Tale test pone un triplice vaglio al superamento del quale la conformità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore è sottoposta. Dato il carattere “trasversale” di tale strumento, ad esso verrà dedicato un apposito approfondimento *infra*.

c) I Traded Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)

Il *Three-step test*, tuttavia, era già presente come fonte di diritto internazionale, in quanto previsto dall'art. 13 dei *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs), siglato all'interno del atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, o WTO) nel 1994, due anni prima della firma dei trattati WIPO⁷. I TRIPs negli articoli da 9 a 14 regolano aspetti legati al diritto d'autore ed ai diritti connessi al diritto d'autore, in una forma in parte speculare a quanto già visto per i trattati WIPO, ed in particolare per quanto riguarda l'adattamento alle nuove tecnologie come per esempio la protezione del *software* e delle banche dati. L'art. 13 dei TRIPs e l'art. 10 del WCT si equivalgono in larga misura – dunque prevedendo entrambi il *Three-step test* – ma con una significativa differenza: nella versione degli accordi TRIPs, dal 3ST scompare la figura dell'*autore*, per lasciare spazio a quella del *detentore dei diritti* (*rights holder*).

2.2 Fonti di diritto comunitario

a) La direttiva Infosoc.

Nell'ambito del diritto comunitario, varie direttive si sono mosse nella direzione dell'armonizzazione del diritto d'autore, con successi alterni, soprattutto per quanto riguarda le libere utilizzazioni, o eccezioni e limitazioni al diritto d'autore⁸.

Senz'ombra di dubbio, la principale direttiva verso cui volgere lo sguardo ai nostri fini è la

⁷ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*; Il Trattato TRIPs è presente all'Annesso 1C dell'Accordo di Marrakesh costitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, firmato a Marrakesh, Marocco il 15 Aprile 1994. Una delle ragioni per cui esistono due strumenti internazionali parzialmente, e solo parzialmente, sovrapponibili nella parte relativa ai diritti di proprietà intellettuale, risiede anche nella diversa natura delle organizzazioni promotrici, agenzia specializzata delle Nazioni Unite nel caso degli accordi WIPO, accordo multilaterale nel presente caso.

⁸ HUGENHOLTZ P. B., *Why the copyright directive is unimportant and possibly invalid*, in *EIPR*, 2000, 499

2001/29/EC *sull'armonizzazione di certi aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione* (Direttiva Infosoc⁹) la quale elenca tra i propri obiettivi esplicitamente quello di armonizzare le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore con particolare attenzione all'ambiente elettronico¹⁰. La Direttiva prevede all'art. 5 una lista esaustiva di ventuno possibili eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, che – salva una sola previsione riguardante le copie temporanee che siano incidentali e parte integrante di una trasmissione o altro uso legittimo e che non abbiano una rilevanza economica indipendente (art. 5 comma 1) – lascia alla discrezionalità dei singoli stati membri di trasporre in diritto interno. Come questa tecnica legislativa possa in alcun modo favorire una maggior armonizzazione del diritto d'autore non è affatto chiaro, tanto che già in sede di Conferenza di Stoccolma essa venne considerata non idonea¹¹. Questo tipo di tecnica legislativa ha anzi prodotto – e continuerà a produrre – problemi a livello tanto applicativo quanto interpretativo, con evidente sofferenza di tutto l'impianto comunitario collegato al diritto d'autore¹².

La struttura dell'art. 5 è suddivisa in cinque commi. Come già osservato, al primo comma si prevede l'unica eccezione obbligatoria per tutti gli stati membri – rispetto al solo diritto di riproduzione – nel caso delle copie temporanee, le quali rappresentano parte integrante delle tecnologie digitali e delle trasmissioni di dati in Internet, quali ad esempio le copie nella memoria RAM¹³ di un PC o gli altri tipi di copie temporanee che possono verificarsi attraverso il regolare utilizzo di Internet, come copie temporanee in *web-proxies* o *routers*¹⁴. Queste copie temporanee sono effettivamente delle copie nella loro accezione tecnica, ma da un punto di vista funzionale rappresentano piuttosto un atto necessario e temporaneo per un effettivo utilizzo dell'opera. Estendere il diritto di riproduzione a tali atti, in assenza di una specifica limitazione in tal senso, avrebbe significato espandere ulteriormente la forza attrattiva del diritto d'autore fino a ricomprenderne attività quali il semplice utilizzo dell'opera,

9 Direttiva 2001/29/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 Maggio 2001, *sull'armonizzazione di certi aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, in *Gazzetta Ufficiale* L 167, 22/06/2001, 0010 – 0019.

10 Vedi *Considerando* n. 31.

11 Proprio le remore collegate agli svantaggi in termini di rigidità ed inadeguatezza che una lista esaustiva di eccezioni al diritto d'autore avrebbe potuto causare, furono all'origine dell'introduzione nella Convenzione di Berna (durante la Conferenza di Stoccolma del 1967) del *Three-step Test*; v. RICKETSON S. - GINSBURG J., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Oxford - New York, 2006, 13.07.

12 Vedi HUGENHOLTZ, cit. *supra* nota , e sulla stessa linea Guibault L., *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC*, in 1 (2010) JIPITEC 55.

13 RAM è l'acronimo di *Random Access Memory*, tale tipo di memoria risulta essere solitamente di tipo volatile, ovvero temporaneo, non permanente, tant'è che se il computer viene spento, l'informazione presente nella RAM verrà persa. Per le sue caratteristiche tecniche, essa risulta essere particolarmente indicata per le copie temporanee di dati, durante processi quali la visualizzazione, la trasmissione oppure la modifica di informazioni sul proprio PC.

14 *Routers* e *web proxies* rappresentano degli “intermediari” nelle normali configurazioni della rete Internet. Per quello che qui rileva, tali strumenti, nell'espletamento della loro funzione tecnica (spesso collegata a ragioni di efficienza, sicurezza o velocità), possono produrre copie temporanee di opere dell'ingegno o di ogni altro tipo di informazione trasmessa in Internet.

che esulano completamente sia dalla funzione che dalla tradizione della protezione autorale¹⁵.

Il secondo comma dell'art. 5 indica cinque casi in cui è data facoltà ai singoli stati di limitare il diritto di riproduzione, così come previsto dall'art. 2 della direttiva. Risulta di rilievo ai nostri fini la lettera *b*) dove si individua la possibilità di introdurre un'eccezione o limitazione al diritto d'autore per atti effettuati da una persona fisica, a scopi personali, e per fini che non sono né direttamente né indirettamente commerciali (cosiddetta copia privata).

Il terzo comma dell'art. 5 individua altri 15 casi in cui è data facoltà ai legislatori nazionali di introdurre, od adeguare al dettato comunitario, eccezioni e limitazioni ai diritti di riproduzione ed ai diritti di comunicazione al pubblico e di messa a disposizione del pubblico. Si analizzeranno le previsioni di particolare risalto per il nostro campo di indagine.

Di rilievo certamente il caso *ex lett. a*) che prevede la possibilità di introdurre un'eccezione all'esclusiva autorale a fini illustrativi per finalità di insegnamento o ricerca scientifica. Per poter godere dell'esenzione in esame, è tuttavia richiesta l'indicazione della fonte, comprensiva del nome dell'autore, nonché di operare nei limiti giustificati dallo scopo non commerciale di tale attività. L'eccezione in parola va letta tenendo a mente il *Considerando 42* il quale fornisce due importanti chiavi ermeneutiche. Esso da un lato conferma che gli scopi di insegnamento e ricerca scientifica includono l'insegnamento a distanza, e dunque sia forme di insegnamento a distanza di tipo analogico (scuole per corrispondenza, basate sull'utilizzo di materiale cartaceo e/o audio-video così inviato), sia veri e propri esempi di *e-learning*, dunque basati su tecnologie digitali ed informatiche, quali l'utilizzo di *Learning Management Systems (LMS)*, *Web-based teaching*, e altri tipi di *Coursware*¹⁶.

Un secondo importante elemento ermeneutico offertoci dal *Considerando 42* riguarda il significato dello scopo non commerciale da perseguire. Il *Considerando* chiarisce che la natura non commerciale dell'attività in questione deve essere determinata dall'attività in quanto tale, non essendo decisivi a tal riguardo fattori quali la struttura organizzativa e i mezzi di finanziamento.

Un altro aspetto da considerare è il senso del sintagma “fini illustrativi”. Se da un lato, il significato di “fini di insegnamento e ricerca” risulta pacifico, l'aggiunta dei “fini illustrativi” non è di facile comprensione. All'osservazione che l'aggiunta dei “fini illustrativi” sia volta a restringere ulteriormente il campo di applicazione della norma, si può eccepire come nessuna parte della direttiva lasci presagire che l'espressione “*illustration for teaching*” debba considerarsi meno ampia di espressioni equivalenti quali “*education and teaching*” o “*educationl purposes*”¹⁷. Inoltre, se

¹⁵ Come fa notare BECHTOLD, *The Information Society Directive*, in DREIER – HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, Karlsruhe – Amsterdam – London, 2006, 371.

¹⁶ Vedi MARGONI T., *E-learning, corsi on-line e diritto d'autore*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 611; VEZZOSO S., *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, Trento, 2009.

¹⁷ Espressioni rispettivamente presenti ai *Consideranda 14* e *34*.

logicamente ha poco senso includere gli usi educativi di tipo illustrativo e non gli usi educativi di tipo sostanziale o comunque non illustrativo, differenza che non può che portare a incongruenze interpretative, vanno ricordate le conclusioni raggiunte in sede di Convenzione di Berna, dove i “fini illustrativi” fecero la loro comparsa, ovvero che l'espressione “*illustration for teaching*” non va intesa come limite o riduzione ulteriore al concetto di scopo “educativo”¹⁸.

Un altro caso di certo interesse è quello prospettato dalla lettera (c) relativo alla facoltà offerta agli stati membri di introdurre un'eccezione avente a riguardo l'attività di informazione a mezzo stampa. Tale previsione affonda le sue radici negli artt. 10(1) e 10-bis della Convenzione di Berna e offre la possibilità di introdurre eccezioni e limitazioni nei casi di riproduzione a mezzo stampa, di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico di articoli di attualità economica, politica o religiosa, o della trasmissione di opere dello stesso carattere, nei casi in cui tale uso non sia espressamente vietato, e con l'obbligo di indicare la fonte, incluso il nome dell'autore. È altresì prevista la possibilità di operare resoconti di eventi di attualità, nella misura giustificata dallo scopo informativo, e sempre che la fonte, incluso il nome dell'autore, siano indicati a meno che ciò non risulti impossibile.

Altre previsioni di notevole rilievo ai nostri fini sono quelle contenute alle lett. d) ed f) riguardanti rispettivamente il diritto di critica e di citazione, e la riproduzione di discorsi politici e pubbliche conferenze, basate negli artt. 10(1) e 2-bis della Convenzione di Berna.

Meritorie di segnalazione, anche se sistematicamente meno ancorate a diritti fondamentali quali la libertà di espressione o di informazione, sono certamente due previsioni simili tra loro, quelle alle lett. i) ed o). Esse hanno ad oggetto rispettivamente le inclusioni accidentali di opere protette in altre opere, e gli usi analogici di minore importanza. Entrambe queste previsioni, cui si suole fare riferimento come clausole *de minimis* in quanto debbono avere ad oggetto casi limitati e parziali, hanno lo scopo di calmierare una situazione in cui, dato il proliferare dei vari diritti di esclusiva, l'onere a carico di chi accidentalmente, oppure anche intenzionalmente, ma con delle ripercussioni insignificanti sulla vita economica dell'opera, procede a degli usi altrimenti riservati. Va segnalata, tuttavia, una notevole carenza a livello definitorio di tali eccezioni, come nel caso delle inclusioni accidentali ex lett. i), ove nessun parametro viene offerto per stabilire la volontarietà o meno di tale inclusione. Ove,

18 Così XALABARDER R., *On-line teaching and copyright: any hopes for an EU harmonized playground?*, in TORREMANS P. (Ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, 2007, 383 e segg.; della stessa autrice si veda anche *WIPO Standing Committee on Copyright and related rights, Nineteenth Session, Geneva, December 14 to 18, 2009: “Study on copyright limitations and exceptions for educational activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia, and Israel”* Ginevra, 2009, 15 e segg.; si veda altresì la sezione 7(i)(c) del *Tunis Model Law on Copyright for developing Countries*, Unesco – WIPO, adottato a Tunisi nel 1976, che offre un utile parametro interpretativo delle previsioni della Convenzione di Berna (nonché della *Universal Copyright Convention*) così come modificate nella conferenza di Parigi del 1971.

d'altronde, tali parametri vengono offerti, come nel caso *ex lett. o)* essi assumono una funzione estremamente restrittiva, e dunque permettono alle eccezioni in oggetto di trovare applicazione solo quando esse siano già presenti a livello nazionale (ne è dunque vietata la nuova introduzione), solo rispetto ad usi analogici (ne risulta esclusa l'operatività nel campo digitale e di Internet qui in esame), solo a patto che non venga compromesso il mercato interno, e solo in casi di minore importanza, *de minimis non curat lex* appunto.

Di maggior rilievo, dato il potenziale applicativo, risulta certamente essere la previsione *ex lett. k)* che prevedendo l'eccezione nei casi di parodia, critica, e satira, non fornisce altri parametri applicativi o ermeneutici lasciando ampia discrezionalità agli stati membri in un campo che si collega forse più di altri a diritti fondamentali, spesso costituzionalmente garantiti, come la libertà d'espressione e di stampa.

Di minor impatto, ma comunque da menzionare, l'eccezione prevista alla *lett. l)* che esenta l'operatività dei diritti di esclusiva nei casi di riparazione od esposizione di apparecchiature e dispositivi vari, ivi includendone ovviamente quelli digitali. PC, *tablets*, computer palmari, esposti in negozi e rivendite e riproducenti opere audio-visuali allo scopo di dimostrare il funzionamento di detta apparecchiatura rientrano in tale previsione.

Il punto *n)* dettaglia minuziosamente la possibilità per le biblioteche e le altre istituzioni elencate al precedente comma 2 lettera *c* (musei, enti educativi ed archivi, che operano senza scopi né direttamente né indirettamente commerciali) di comunicare o mettere a disposizione di *individui* allo scopo di ricerca o studio privato, attraverso apparecchi dedicati e installati nei locali delle istituzioni su menzionate, di opere ed altri prodotti presenti nei loro cataloghi e nel solo caso in cui tali opere ed altri prodotti non siano offerti in vendita o licenza. È bene segnalare come tale eccezione non ricomprenda il caso in cui la biblioteca offra accesso *on-line*, attraverso la rete Internet, ai propri cataloghi, al di fuori dei propri locali.

Il comma 4 dell'art. 5 ci informa, che tutte le eccezioni previste ai commi 2 (dunque le eccezioni previste per il solo diritto di riproduzione *ex art. 2)*, e 3 (le eccezioni previste *ex art. 2*, nonché quelle previste per i diritti di comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico *ex art. 3)*, possono trovare applicazione anche rispetto al diritto di distribuzione come definito all'art. 4 della direttiva.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 5 introduce anche nella direttiva Infosoc il *Three-step test*, al quale, le eccezioni e limitazioni previste ai commi 1 – 4 devono conformarsi. Come detto, in virtù della portata di carattere generale, il *Three-step Test* verrà analizzato autonomamente nel proseguo della trattazione.

b) La direttiva Software

La Direttiva sulla protezione dei programmi per elaboratore¹⁹, nota anche come Direttiva Software, rappresenta la prima direttiva in ordine temporale mirata all'armonizzazione del diritto d'autore comunitario. Per tale importante obiettivo fu scelto quello che al tempo rappresentava un caso paradigmatico e di problematico inquadramento giuridico: i programmi per elaboratore.

Ai nostri fini risultano di particolare interesse gli art. 5 e 6 della direttiva che trattano rispettivamente delle eccezioni agli usi riservati, e della c.d. de-compilazione dei programmi. L'art. 5, al primo comma, dispone che gli atti previsti al precedente articolo 4 (e dunque atti di riproduzione totale o parziale, permanente o temporanea di un programma per elaboratore, nonché atti quali la traduzione, adattamento, ed ogni altra forma di alterazione²⁰), non richiedono specifica autorizzazione del detentore dei diritti nei casi in cui siano necessari per l'uso del programma per elaboratore da parte del legittimo acquirente, assenti previsioni contrattuali in senso contrario. Tuttavia, alla luce di quanto chiaramente indicato dal *Considerando* 18, non tutti gli atti *ex art.* 4 possono essere limitati contrattualmente. In particolare, atti quali il caricamento e l'esecuzione del programma, assieme alla correzione degli errori, non possono essere vietati *ex contractu*.

Il secondo comma stabilisce la nullità assoluta di qualunque previsione contrattuale orientata ad impedire la creazione di una copia di sicurezza (copia di *back-up*) da parte di chi abbia il diritto di usare il programma, quando la creazione di tali copie di *back-up* sia necessaria per lo stesso utilizzo del programma.

Il terzo comma dell'art. 5 permette a chi abbia il diritto di usare una copia di un programma di osservare, studiare o testare il funzionamento del programma al fine di determinare le idee e i principi (ovviamente non protetti dal diritto d'autore), che stanno alla base di ogni elemento del programma, quando ciò sia fatto durante l'espletamento di attività quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione, o l'archiviazione del programma. Va segnalato, inoltre, come l'art. 9 al suo primo comma, secondo periodo, stabilisca che per l'art. 5(3), come anche per gli artt. 5(2) e 6, ogni previsione contrattuale che proibisce tali attività vada considerata nulla di pieno diritto (*void and null*).

L'art. 6 della Direttiva Software introduce l'importante eccezione di “decompilazione” a fini di

¹⁹ Direttiva del Consiglio 91/250/CE del 14 maggio 1991, *sulla protezione legale dei programmi per elaboratore*, in *Gazzetta ufficiale* n. L 122 del 17/05/1991, 0042 – 0046, ora sostituita da Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, *relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore* (Versione codificata), in *Gazzetta ufficiale* n. L 111 del 05/05/2009, 0016 - 0022

²⁰ Vedi art. 4 Direttiva Software.

interoperabilità. L'autorizzazione del titolare dei diritti non sarà necessaria quando la riproduzione del codice e la sua traduzione, secondo il senso affidato a queste attività dall'art. 4 (a) e (b), siano indispensabili per ottenere informazioni necessarie per raggiungere l'interoperabilità con altri programmi di un programma per elaboratore indipendentemente creato. A seguire, l'art. 6 indica le condizioni necessarie affinché ci si possa giovare di tale eccezione: tali atti devono essere realizzati da chi abbia il diritto di utilizzare una copia del programma o da persona da questi autorizzata; le informazioni così ottenute non debbono essere già facilmente disponibili ai soggetti indicati al punto precedente; riproduzione e traduzione *ex art. 4* debbono essere limitate alle parti del programma originale necessarie al raggiungimento dell'interoperabilità.

Il secondo comma, ribadisce, elencando altre tre circostanze, che l'attività di decompilazione per giovare della relativa eccezione, deve essere strettamente collegata al raggiungimento dell'interoperabilità di un programma indipendente creato.

Il terzo e ultimo comma dell'art. 6 ci ricorda – formulando un esplicito riferimento alla Convenzione di Berna – come l'eccezione appena individuata vada interpretata in maniera tale che non pregiudichi irragionevolmente i legittimi interessi del detentore dei diritti, o che non contrasti con il normale sfruttamento del programma per elaboratore. Da notare che il riferimento risulta non corretto in quanto il 3ST nella versione di Berna non parla di *detentori dei diritti* ma di *autori*²¹. *Detentori dei diritti* rappresenta la scelta semantica che verrà adottata qualche anno più tardi dai TRIPs²².

c) La direttiva Database

La direttiva 96/9/EC sulla protezione delle banche dati²³, introduce un doppio sistema di protezione, basato sul diritto d'autore, qualora tali banche dati siano creative, in aggiunta ad un nuovo diritto, definito *sui generis*, che si propone la finalità di proteggere gli investimenti nella realizzazione della raccolta di dati, qualora essi risultino sostanziali. Le due protezioni sono cumulabili nel caso in cui i presupposti di entrambe vengano soddisfatti.

In questo “doppio” sistema, troviamo all'art. 6 le eccezioni al diritto d'autore relativo alle banche dati (e dunque ai diritti di esclusiva a protezione dell'*opera* banca dati, risultante essere creativa in funzione della struttura, selezione ed organizzazione della stessa, e che dunque proteggono la

21 Vedi art. 9(2) Convenzione di Berna; vedi anche l'art 10(2) del WCT.

22 Cfr. art. 13 TRIPs.

23 Direttiva 96/9/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio del 11 Marzo 1996 sulla *protezione legale delle banche dati*, in *Official Journal L 077*, 27/03/1996, 0020 – 0028.

struttura della banca dati e non il contenuto²⁴), mentre all'art. 9 sono elencate le eccezioni e limitazioni che si applicano al diritto *sui generis*.

Per quanto riguarda l'art. 6, esso è suddiviso in tre sezioni. Al primo comma troviamo l'unica eccezione a cui gli stati membri sono tenuti, e riguarda l'utente legittimo di una banca dati al quale non potrà essere vietato nessuno degli atti indicati al precedente art. 5, ove sono elencati i diritti consegnati all'esclusiva dell'autore, qualora tali attività siano necessarie per accedere ai contenuti della banca ed ad un normale utilizzo della stessa.

Al secondo comma, oltre ad una generale proibizione di eccezione per copia privata nel caso di banche dati elettroniche (che risulta dunque ammessa per quelle analogiche), vengono elencate una serie di circostanze rispetto alle quali i legislatori nazionali godono di una certa discrezionalità nel momento della trasposizione in diritto interno. Esse riguardano: gli usi per fini di illustrazione per scopi di insegnamento o ricerca scientifica, a condizione che sia indicata la fonte e nella misura giustificata dallo scopo non commerciale perseguito (lett. *b*); gli usi connessi a questioni di pubblica sicurezza o procedimenti amministrativi o giudiziari (lett. *c*); ed infine, i casi in cui sono previste altre eccezioni al diritto d'autore che sono tradizionalmente autorizzate dalla legislazione nazionale, senza pregiudizio dei punti *a*), *b*), e *c*).

Al terzo comma troviamo il riferimento al 3ST, per il quale valgono le stesse osservazioni già svolte a margine del comma III, art. 6, Direttiva Software, incluso il parziale erroneo rimando alla Convenzione di Berna.

L'art. 9, trattando delle limitazioni al diritto *sui generis*, assume un approccio molto restrittivo, individuando solo un numero limitato di casi ammessi. Tuttavia, per tratteggiare un panorama completo delle attività permesse in connessione al nuovo diritto creato per tutelare “investimenti ingenti”, risulta necessario considerare brevemente quanto indicato all'art. 8, intitolato “Diritti ed obblighi degli utenti legittimi”. In tale articolo si prevede che il costitutore di una banca dati messa a disposizione del pubblico non possa proibire ad un utente legittimo della stessa di estrarre e/o riutilizzare parti non sostanziali del relativo contenuto, a qualunque scopo l'estrazione o riutilizzazione avvenga. L'articolo in esame indica inoltre che il requisito della “sostanzialità” va valutato alla luce di parametri sia quantitativi che qualitativi²⁵. Viene altresì stabilito che il termine “utente legittimo” comprende ogni utente finale contrattualmente autorizzato ad utilizzare la banca dati, come confermato dal *considerando* 34, includendo utenti “implicitamente” autorizzati come nel caso di siti Web liberamente

24 Vedi art. 3 e *Considerando* 35 Direttiva Database.

25 Anche alla luce di quanto stabilito dalla Corte Europea di Giustizia, tra gli altri, in *The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organization Ltd.*, ECJ, nr. C-203/02, 9 novembre 2004; *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus AB*, ECJ, C-46/02, 9 novembre 2004; *Apis-Hristovich EOOD v. Lakorda AD*, ECJ, C-545/07, 5 marzo 2009.

accessibili dalla rete Internet, nonché ovviamente gli acquirenti della banca dati in forma sia cartacea che digitale. Deve infine notarsi come dal combinato disposto dall'articolo 15 con l'art. 8 qui in esame, risulta che il diritto degli utenti legittimi all'estrazione e riutilizzazione di parti non sostanziali della banca dati non possa essere limitato contrattualmente²⁶. I successivi due commi dell'art. 8, ribadiscono che il primo comma debba essere letto, anch'esso, alla luce del 3ST.

Tornando all'art. 9, che riguarda le eccezioni al diritto *sui generis*, osserviamo come esse siano limitate ai casi in cui l'estrazione di parti sostanziali avvenga, *i*) per fini privati (ma solo nel caso di una banca dati non elettronica), oppure *ii*), nei casi di illustrazione per insegnamento o ricerca scientifica, alle condizioni già viste per casi simili, ovvero citazione della fonte e solo nella misura giustificata dallo scopo non commerciale. Un terzo e ultimo caso, quello in cui l'estrazione o riutilizzazione avvenga per questioni di pubblica sicurezza, o nel corso di procedure amministrative o giudiziali.

Da segnalare infine, l'art. 13 il quale sostenendo che la presente direttiva lascia impregiudicate le previsioni concernenti, tra l'altro, l'accesso ai documenti della pubblica amministrazione, può legittimamente giustificare l'introduzione da parte degli stati membri di un'eccezione al diritto *sui generis* sulla protezione delle banche dati pubbliche, come nel caso dei Paesi Bassi²⁷.

d) Relazione tra eccezioni e limitazioni nelle direttive in esame

L'art. 1, comma 2 della direttiva Infosoc aiuta a chiarire il complesso rapporto tra le differenti direttive, e per quanto qui rileva, le differenti eccezioni e limitazioni ivi contenute. Infatti, come si è potuto osservare, la direttiva Infosoc, pur essendo l'ultima in ordine temporale ad essere adottata tra quelle qui analizzate, è la prima ad affrontare l'impianto di diritto d'autore comunitario in forma organica ed "orizzontale"²⁸. Il comma in esame chiarisce che le eccezioni presenti nelle precedenti direttive rimangono inalterate per quanto attiene al loro campo di applicazione (in particolare art. 1, comma 2 lett. *a* ed *e*). Questo aspetto non è così scontato, in quanto il *numerus clausus* delle eccezioni presenti nella Infosoc, avrebbe altrimenti potuto creare incertezze interpretative con riguardo alle eccezioni e limitazioni presenti nelle altre due direttive qui analizzate.

Va tuttavia valutato se le eccezioni presenti nella direttiva Infosoc siano passibili di applicazione ai casi oggetto di specifica regolamentazione, come per esempio i programmi per elaboratore e le

²⁶ Vedi HUGENHOLTZ, *The Database Directive*, in Dreier – Hugenholtz, *Concise European Copyright Law*, cit., 332.

²⁷ Come fa sapientemente notare HUGENHOLTZ, *id.*, 334.

²⁸ Si veda il documento della Commissione Europea *Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*, Brussels, 19 luglio 2004 SEC(2004) 995, 8.

banche dati. Infatti, se da un lato è vero che molte eccezioni non trovano applicazione nel caso di software e banche dati in virtù della loro peculiare natura (diritto di critica, oppure discorsi resi in pubbliche assemblee, per esempio), è altresì possibile immaginare come alcune di esse (copie temporanee, oppure copia privata, solo per citarne alcune) potrebbero facilmente trovare applicazione. Da una lettura sistematica del diritto d'autore comunitario pare evidente come tale conclusione sia da escludere, in quanto sia la direttiva Software che quella Database sono da intendersi come creatrici di un “*comprehensive framework*” per il loro ambito applicativo, e non può certamente essere obiettivo della direttiva Infosoc mutare tale scenario²⁹. È dunque da escludere l'applicabilità delle eccezioni e limitazione *ex art. 5* direttiva Infosoc a prodotti quali i programmi per elaboratore e le banche dati. Va aggiunto tuttavia, come per talune eccezioni presenti nella direttiva Infosoc sia prevista, *mutatis mutandis*, una versione speculare nella direttiva Software o in quella Database, come nel caso esemplificativo delle copie temporanee³⁰.

3. Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore nella legge 633 del 1943

La legge n. 633 del 1941 sulla protezione del diritto d'autore (LDA)³¹, prevede al Titolo I, Capo V, artt. 65 – 71-*decies*, le tre sezioni riguardanti le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore. Il cambio terminologico dal precedente e tradizionale “libere utilizzazioni” all'attuale “eccezioni e limitazioni” è sintomatico della presa di coscienza del mutamento nella natura del *corpus* veicolante l'informazione, avvenuta con l'avvento della tecnologia digitale e delle reti telematiche. Tale cambio rappresenta l'adeguamento della normativa italiana³² a quella comunitaria³³, ma possiede altresì un'innegabile carica semantica, ovvero sostenere che non ci si trova più al centro di un equilibrio con diritti equamente

29 *Id.*; in tal senso si veda anche BECHTOLD, in DREIER – HUGENHOLTZ, cit., 370.

30 Si leggano a confronto l'art. 5 comma 1 della direttiva Software (con riferimento all'art. 4, comma 1 lett. a) e l'art. 5 comma 1 della direttiva Infosoc.

31 Legge 22 Aprile 1941, n. 633 *sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 166 del 16 Luglio 1941, e successive modifiche.

32 Nello specifico operata dall'art. 9 del Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68 “Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione”, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 87 del 14 aprile 2003 - Supplemento Ordinario n. 61.

33 Il Decreto cita la direttiva 2001/29/CE, la quale usa il termine eccezioni e limitazioni (*exceptions and limitations*) ma anche esenzioni (*exemptions*), senza peraltro chiarire la natura giuridica di tali tipi di libera utilizzazione. La Convenzione di Berna suole utilizzare il termine libere utilizzazioni, mentre i trattati WIPO e TRIPs preferiscono parlare di eccezioni e limitazioni.

distribuiti tra autori e pubblico³⁴, bensì i diritti sono appannaggio esclusivo degli autori ed il pubblico – al di fuori della dialettica negoziale – ne può godere in via eccezionale e limitata.

Come avvenuto per le disposizioni internazionali e comunitarie, analizzeremo di seguito quelle previsioni di maggior rilievo per l'ambiente telematico e digitale, anticipando fin d'ora che il legislatore italiano ha optato per una trasposizione solo parziale delle opportunità offerte dal quadro comunitario in tema di eccezioni e limitazioni³⁵. Inoltre, la stessa giurisprudenza ha sinora per lo più escluso l'operatività delle utilizzazioni in ambiente digitale, soprattutto *on-line*, delle limitazioni, di cui agli artt. 65 e ss., sulla base dell'asserito danno economico che una riproduzione digitale, perfetta, ed a costi ridottissimi può causare ai produttori di contenuti protetti³⁶.

a) Riproduzione o comunicazione al pubblico di articoli di attualità, diritto di cronaca e discorsi pubblici di carattere politico ed amministrativo (artt. 65 e 66).

L'art. 65 tratta della riproduzione o comunicazione al pubblico di articoli di attualità di carattere economico, politico, o religioso, e di altri materiali dello stesso carattere pubblicati in riviste o giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l'utilizzazione non è espressamente vietata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data ed il nome dell'autore, se indicati (1° comma). Il successivo comma 2 aggiunge che la riproduzione o comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità è consentita ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo

34 Così come sostiene per esempio la Suprema Corte Canadese in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, e più recentemente in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13; si veda al riguardo GERVAIS D., *Canadian Copyright Law Post-CCH*, in *I.P.J.* 18, 131; PERRY M., MARGONI T., *From sounds tracks to Google maps: who owns computer generated works?*, in *The Computer Law and Security Review – The International Journal of Technology Law and Practice*, 2010, 26.6, 621 – 629. Con posizione più moderata tale visione è sostenuta anche dalla nostra giurisprudenza costituzionale, v. *C. Cost.* 6 aprile 1995, n. 108: “Nel riconoscere in capo all'autore la proprietà dell'opera ed il suo diritto allo sfruttamento economico della stessa in qualsiasi forma e modo, la legge non trascura di operare un bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti; bilanciamento non irragionevole in quanto realizzato in sintonia con i principi costituzionali sia in ordine alla tutela della libertà dell'arte e della scienza (art. 33), sia in materia di tutela della proprietà, da riferire anche all'opera intellettuale (art. 42), sia di tutela del lavoro in tutte le sue forme, tra cui deve farsi rientrare anche la libera attività di creazione intellettuale (art. 35)”.

35 Per esempio sono state completamente ignorate le eccezioni relative all'inclusione accidentale (*ex lett. i*), agli usi *de minimis* (*ex lett. o*), oppure ancora alla riparazione di apparecchiatura (*ex lett. l*). Per una trattazione esaustiva si veda l'analisi di FABIANI M., *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei paesi della Comunità*, in *Dir. Autore*, 2005, 146; v. inoltre RICOLFI M., *Internet e le libere utilizzazioni*, in *Annali it. Dir. Autore*, 1996, 115

36 Trib. Roma, 28 febbraio 2008, in *Merito extra*, 2009, 629; vedi anche Cass. 7 marzo 1997, n. 2089, in *Dir. Autore*, 1997, 362.

informativo, dovendosi riportare la fonte, se possibile. La giurisprudenza, seguendo la linea argomentativa di cui si è già detto ha avuto modo di ribadire come l'art. 65 LDA sia articolo di “stretta interpretazione” e di indicare come in mancanza dell'apposizione della dichiarazione di riserva, l'art. 65 consenta la riproduzione esclusivamente degli articoli giornalistici di attualità e di carattere politico, economico e religioso, ma non anche di articoli di altro genere³⁷. Tuttavia, tale interpretazione pare in aperta contraddizione con la lettera novellata della norma in questione³⁸, ove parla di “altri materiali dello stesso carattere” e dunque includendovi “quei materiali informativi di attualità che non assumono la forma di un articolo giornalistico”³⁹.

Inoltre, e qui per noi di particolare rilievo, la ripubblicazione di articoli di giornale può considerarsi lecita solo qualora “essa abbia luogo in altri giornali o riviste, ma non anche quando avvenga in una rassegna stampa *elettronica*, e cioè con un mezzo tale da supportare il messaggio, ancorché costituito da articoli di attualità, in modo permanente e duraturo e, quindi, con carattere non di mera informazione, bensì di *documentazione*” (enfasi aggiunta)⁴⁰. In realtà non è tanto il *medium* di trasmissione a rilevare, essendo la lettera della norma aperta a qualsiasi tipo di riproduzione, bensì il raggiungimento esclusivo del diritto di cronaca nei limiti dello scopo informativo, qui posto in contraddizione con il (temporalmente) diverso fine della documentazione⁴¹.

Pare a questo punto che l'attualità dell'informazione riprodotta e la sua “temporaneità” siano parametri di fondamentale importanza al fine di integrare l'eccezione prevista per il diritto di cronaca ex art. 65. Va notato a questo proposito, che – pur basando la propria analisi della fondamentale funzione del diritto di cronaca su norma differente dall'art. 65 e riguardante fattispecie ben circoscritta – la Cassazione ha avuto modo di indicare che la riproduzione a fini di cronaca di atti avvenuti in pubblico possa avvenire solo se vi sia come situazione giustificatrice un'esigenza d'informazione socialmente apprezzabile – ancorché *non necessariamente attuale* – argomentando l'operatività del diritto di cronaca sulla base dell'art. 97 LDA relativo alla riproduzione del ritratto di persone⁴², e sulla

37 Trib. Roma, 13 ottobre 2004, in *Annali it. Dir. Autore*, 2005, 564, con nota di G. ANGELICCHIO, a cui si rimanda per la copiosa bibliografia in tema di relazione tra eccezione ex. 65 e il diritto costituzionalmente protetto alla libertà d'informazione; RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2000, 516.

38 La novella in questione è rappresentata dal Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68, "Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 87 del 14 aprile 2003 - Supplemento Ordinario n. 61.

39 Così DE SANCTIS V. M., *I soggetti del diritto d'autore*, Milano, 2005, 268 e segg.

40 Trib. Roma, 13 ottobre 2004, in *Annali it. Dir. Autore*, 2005, 564, con nota di G. ANGELICCHIO. Di parere contrario, ma riconoscendo un diritto di remunerazione a favore dei detentori dei diritti, v. Suprema Corte Federale Svizzera, (Bundesgericht, Anklagekammer), del 26 giugno 2007, n. 4C.73/2007.

41 Come confermato da Trib. Roma, 22 aprile 2008, in *Dir. Autore*, 2009, 146, con nota di F. MULLER.

42 Vedi Cass. 15 marzo 1986, n. 1763, che conferma App. Roma, 12 luglio 1982, in *Nuova Giur. Civ.*, 1986, I, 726, con nota di ZENO ZENCOVICH.

stessa linea, altra giurisprudenza si è espressa con riguardo all'art. 91 LDA relativo alle fotografie⁴³. Tali analisi, sembrano privilegiare la funzione sociale di soddisfazione di un bisogno di informazione, anche oltre le strette maglie del filtro dell'attualità, quantunque tali riproduzioni debbano pur sempre essere giustificate, anche nella loro riproposizione non attuale, dallo scopo informativo socialmente apprezzabile, e mai da differente parametro.

Muovendo la nostra analisi all'art. 66, esso ci informa che i discorsi su argomenti di interesse politico o amministrativo tenuti in pubbliche assemblee o comunque in pubblico, nonché gli estratti di conferenze aperte al pubblico, possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico, nei limiti giustificati dallo scopo informativo, nelle riviste o nei giornali anche radiotelevisivi o *telematici*, purché indichino la fonte, il nome dell'autore, la data e il luogo in cui il discorso fu tenuto. Indicando esplicitamente le riviste ed i giornali telematici, questa previsione risulta di particolare rilievo, in quanto giustificatrice di una riproduzione *online* che andrà effettuata sempre nel rispetto dello scopo informativo. Seguendo la stessa linea di stretta interpretazione pare che questo articolo, che all'atto pratico spesso si trova in parziale sovrapposizione al precedente art. 65, non trovi applicazione nel caso dei non menzionati – a differenza dell'art. 65 – discorsi religiosi⁴⁴.

b) Citazione e riassunto per fini di critica, insegnamento e ricerca e pubblicazione in Internet di immagini e musiche degradate (art. 70, commi 1 e 1-bis).

Il primo comma dell'art. 70 indica come “liberi” il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera. Il legislatore italiano ha optato per inserire in calce a questo primo comma, l'eccezione per fini di insegnamento e ricerca: “se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve *inoltre* avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali” (corsivo aggiunto).

Si può dunque osservare come nella LDA si trovino fuse in un unico comma due differenti eccezioni contemplate dalla normativa comunitaria: il diritto di citazione⁴⁵ e la riproduzione per fini di

43 App. Milano, 09 dicembre 1994, in *Dir. Ind.*, 1995, 609, con nota di MINA.

44 Trib. Milano, 04 agosto 1998, in *Annali it. dir. Autore*, 2000, 651; risulta discutibile la funzione informativa nel caso di specie, trattandosi di opera musicale, tra il resto creata da terzi, ed eseguita dal Pontefice.

45 Vedi CARTELLA, *Presupposti e limiti dei riassunti (e citazioni) di opere altrui*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1980, 408.

insegnamento e ricerca⁴⁶ in un'unica, approssimativa, formulazione. La principale conseguenza di tale scelta normativa, risiede in una innecessaria (quanto meno da un punto di vista comunitario) compressione del diritto di riproduzione per fini di insegnamento e ricerca. Infatti, seguendo l'impostazione della LDA, risulta evidente come tale ultima eccezione sia sottoposta ad un limite di tipo quantitativo, il quale è però previsto in sede comunitaria solo per il differente caso di citazione. A mente della normativa comunitaria, infatti, nessun limite quantitativo è richiesto *ex art. 5(3)(a)*, bensì solo uno di carattere funzionale: l'illustrazione per finalità di insegnamento e ricerca e nei limiti giustificati dallo scopo non commerciale. Seguendo la lettera dell'articolo 70 comma 1, tuttavia, è chiaro come solo una riproduzione parziale dell'opera (citazione, riassunto, riproduzione di brani o parti di opera) sia ammessa per il caso di insegnamento e ricerca ("inoltre")⁴⁷. Si tratta di una significativa riduzione dell'operatività di tale importantissima previsione che rappresenta un'ulteriore manifestazione di un approccio generalmente restrittivo e non in grado di cogliere gli equilibri raggiunti né in ambito internazionale né nella legislazione comunitaria nonché, nel caso di specie, potenzialmente in conflitto con quest'ultima⁴⁸.

D'altronde, la nostra giurisprudenza ha più volte avuto occasione di ribadire come la sola riproduzione parziale dell'opera sia permessa *ex art. 70*, e che essa mai possa eccedere quanto strettamente necessario al raggiungimento dello scopo di critica o discussione, seguendo sempre un canone di stretta interpretazione⁴⁹. Questo limite, se opportunamente inteso, garantirà esso stesso la non concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera originale⁵⁰, anche nel caso in cui la riproduzione avvenga per fini non gratuiti⁵¹, ma sempre e comunque di un'opera resa accessibile al pubblico⁵². In particolare, la Suprema Corte ha ribadito che "in tanto può parlarsi di citazione in quanto la riproduzione sia inserita nel testo e subordinata ad esso, oltre che contenuta nella misura giustificata dallo scopo" e che tale libertà di utilizzazione si "giustifica essenzialmente con la circostanza che l'opera di critica, di discussione, di insegnamento ha fini del tutto autonomi e distinti da quelli dell'opera "citata", i cui "frammenti" riprodotti, per ciò stesso, non creano una neppure potenziale

46 Vedi GALLI C., *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in *Annali it. Dir. Autore*, 2002, 145.

47 Per l'assenza di un vero e proprio limite quantitativo è però DE SANCTIS V. M., *I soggetti del diritto d'autore*, Milano, 2005, 271.

48 In quanto secondo la lettera della norma comunitaria, anche una riproduzione totale dell'opera, qualora giustificata dai fini di illustrazione per finalità di insegnamento o ricerca scientifica, è ammissibile se nei limiti dello scopo non commerciale perseguito. In questo senso sia in riferimento al quadro europeo, che a quello dell'unione di Berna, DREIER T., *Illustration for teaching*, in DREIER – HUGENHOLTZ, cit., pag. 19.

49 Vedi App. Milano, 25 gennaio 2002, in *Annali it. Dir. Autore*, 2002, 801; App. Milano, 21 marzo 2000, in *Annali it. Dir. Autore*, 2000, 930.

50 Vedi Cass. 07 marzo 1997, n. 2089, cit.

51 Vedi Trib. Milano, 23 gennaio 2003, in *Dir. Autore*, 2004, 96

52 Vedi Trib. Roma, 13 ottobre 2004, in *Annali it. Dir. Autore*, 2005, 564, con nota di ANGELICCHIO.

concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore"⁵³.

Nessun dato viene offerto nel panorama italiano rispetto all'utilizzo per fini educativi *on-line*, per i quali si rimanda a quanto sostenuto a suo tempo nell'analisi dell'art. 5 della direttiva Infosoc.

Da notare infine come l'art. 71-quinquies, trattando di misure tecnologiche *ex art. 102-quater*, stabilisca al suo secondo comma che, su espressa richiesta dei beneficiari, i titolari dei diritti sono tenuti ad adottare idonee soluzioni per consentire l'esercizio delle eccezioni previste, tra gli altri, a questo primo comma, a condizione che il possesso degli esemplari dell'opera o del materiale protetto sia stato acquisito o acceduto legittimamente. Aggiunge, poi, il terzo comma, che nei casi di servizi *on-demand*⁵⁴, i titolari dei diritti non sono tenuti agli adempimenti di cui al precedente comma, qualora l'accesso avvenga su base di accordi contrattuali.

Spostando il fuoco della nostra analisi sul recentissimo comma 1-*bis* dell'art 70, va subito notato come esso rappresenti una previsione di sicuro interesse per il nostro campo di indagine, in quanto viene fatto esplicito riferimento alla rete Internet. Recita tale comma: “È consentita la libera pubblicazione attraverso la rete Internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro”, indicando poi che con decreto ministeriale saranno definiti i limiti all'uso didattico o scientifico di cui al presente comma⁵⁵. Da segnalare come nella legge che ha introdotto tale nuovo comma 1-*bis* ritorni in auge l'espressione “*usi liberi* didattici e scientifici”⁵⁶.

Tale specifica eccezione non pare abbia saputo cogliere appieno le opportunità inizialmente offertesì⁵⁷. Se da un lato infatti, le possibili riserve relative alla non conformità al dettato comunitario che si vedranno appresso, potrebbero essere agilmente superate da una lettura funzionale della norma, dall'altro si ripropone qui di nuovo la stessa incongruenza vista per il primo comma.

Possibili riserve rispetto alla conformità al dettato comunitario nascono dal fatto che tale previsione non è certo compresa nella lista esaustiva dell'articolo 5 direttiva Infosoc, né può rientrare nei casi di uso accidentale o di clausola *de minimis* visti a suo tempo⁵⁸. Tuttavia, una lettura

53 Vedi Cass. 07 marzo 1997, n. 2089, cit.

54 Dunque in relazione alle “opere o ai materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente”.

55 Ad oggi, 4 anni dopo la pubblicazione della Legge 9 gennaio 2008, n.2 “Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori” in *Gazzetta Ufficiale* n. 21 del 25 gennaio 2008, tale decreto non è ancora stato emanato.

56 Si veda l'art. 2 Legge 9 gennaio 2008, n. 2, cit.

57 La genesi della norma va ricercata nel recente dibattito sviluppatosi attorno alla presenza nell'ordinamento italiano di un'eccezione di panorama, che permetta la riproduzione di opere dell'architettura tutt'ora protette, oppure di “beni culturali”; Per una breve ricostruzione storica degli eventi che portarono all'ideazione di una tale – legittima nella sua genesi – previsione, si veda quanto riportato nella relativa voce di wikipedia, dove si potranno trovare anche i *link* a quei siti o *blog* dove la discussione per la stesura di tale comma è avvenuta: http://it.wikipedia.org/wiki/Libertà_di_panorama#Italia.

58 È opportuno ricordare, infatti, che caratteristica della eccezione *de minimis ex lett. o* art. 5(3) è da un lato la preesistenza di tali previsioni nel sistema nazionale, mentre qui siamo in presenza di una nuova previsione, mentre dall'altro può

“funzionale” della norma potrebbe portare a superare tali dubbi. In quest’ottica si può sostenere che il comma 1-*bis* ribadisce, dando contenuto certo e specifico, una sorta di interpretazione autentica, ad una previsione che, se non fosse per un’eccessiva ristrettezza interpretativa invalsa presso le nostre corti, risulterebbe pacificamente riconducibile al primo comma dell’articolo 70. Tale connessione risulta evidente se si pone attenzione al fatto che immagini e musiche devono essere degradate, e dunque, da un punto di vista tecnologico, riguardare solo una parte dell’opera in questione, essendo la mancanza di una parte della traccia elettromagnetica nella quale l’opera è registrata, percepibile direttamente nella mancanza di particolari e di definizione dell’opera nel momento dell’ascolto o della visualizzazione, che dunque sarà, da questo punto di vista, solo parziale⁵⁹.

Tuttavia, l’articolo prosegue facendo diretto riferimento alle finalità didattiche e scientifiche, riproponendo la stessa incongruenza già vista per il primo comma. Il limite quantitativo della parzialità della riproduzione non è richiesto – quantomeno dal dettato comunitario – per poter godere dell’eccezione per fini educativi e di ricerca scientifica. Tale previsione, come si è già visto, sottostà ad un diverso limite, non di tipo quantitativo, bensì funzionale. E dunque, potenzialmente, anche una riproduzione totale dell’opera, qualora ciò risultasse necessario per illustrare l’insegnamento e la ricerca scientifica, avendo cura di rispettare altresì il limite dello scopo non commerciale⁶⁰. Purtroppo, il nostro legislatore non ha ritenuto di porre rimedio ad una situazione nella quale tale importantissimo fine, l’insegnamento e la ricerca scientifica, è oltremodo sacrificato in uno schema normativo potenzialmente in contrasto col dettato comunitario.

Da segnalare che il comma 1-*bis* non fa menzione degli scopi illustrativi, formulazione prevista dalla norma comunitaria. Tuttavia, non pare questo un ostacolo insormontabile all’atto pratico⁶¹. Altro solo apparente ostacolo alla pacifica sussunzione del 1-*bis* nell’alveo del dettato comunitario, risulta essere l’assenza del riferimento alla menzione dell’opera originale, ma a ciò provvede il comma quarto,

avere ad oggetto solo usi analogici, mentre la previsione qui in esame fa riferimento preciso ad usi digitali.

59 Un immagine o una musica degradata corrisponde ad una copia con risoluzione più bassa rispetto all’originale, ovvero, nel mondo digitale, un *file* contenente un numero inferiori di informazioni. Si immagini il seguente caso: un Compact Disc (CD) di una capacità di circa 700MB può contenere circa 8 – 10 canzoni. Queste canzoni sono registrate sul CD in un formato chiamato WAV, ovvero un formato ad alta qualità. Se sullo stesso CD si fossero registrate le stesse canzoni, ma in un formato oggi molto in uso, il formato MP3 tale CD avrebbe potuto contenere fino ad 80 – 100 canzoni, essendo di circa 1 a 10 – dipendendo dalla qualità che si è disposti a perdere – il rapporto di “compressione” tra un file WAV ed un file MP3. Il file MP3 infatti è un formato compresso, dove l’informazione “ridondante” viene eliminate. All’orecchio di molti, tale perdita di qualità, è accettabile a fronte del “guadagno” in termini di spazio. Tuttavia, molti appassionati di musica continuano a preferire la versione WAV per poter percepire appieno le sonorità ed armonie che con la compressione del MP3 sono fatalmente perse. Lo stesso discorso è valido per le immagini e i relativi formati di archiviazione compressi come per esempio JPG. Su una linea simile data la tecnologia del tempo (discutendo di fotogrammi di un’opera cinematografica), GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingeno*, Torino, 1974, 172.

60 In questo senso sia in riferimento al quadro europeo, che a quello dell’unione di Berna, DREIER T., *Illustration for teaching*, in DREIER – HUGENHOLTZ, cit., 19.

61 Si veda quanto detto in merito all’analisi dell’analogia previsione comunitaria *supra*; vedi anche XALABARDER R., *Online teaching and copyright: any hopes for an EU harmonized playground*, cit.

con una disposizione di carattere generale⁶².

Infine, discostandosi nuovamente dalla formulazione in uso presso le sedi internazionali e comunitarie, il carattere non commerciale dello scopo scompare per lasciare spazio all'utilizzo che deve essere *gratuito e non a scopo di lucro*, cosa che abbiamo visto non essere necessaria nel caso di citazione per fini di critica e tanto meno per i fini di insegnamento e ricerca.

c) Art. 71ter (comunicazione o messa a disposizione per fini di ricerca o studio in biblioteca).

È libera la comunicazione o la messa a disposizione destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali aventi tale unica funzione situati nei locali delle biblioteche accessibili al pubblico, degli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro collezioni e non soggetti a vincoli derivanti da atti di cessione o da licenza. Tale norma rappresenta la traduzione letterale della relativa previsione comunitaria alla quale si rimanda per le opportune riflessioni⁶³.

d) Riproduzione privata ad uso personale e rimozione di misure tecnologiche di protezione (art. 71sexies)

Le misure tecnologiche di protezione sono oggetto in questa opera di autonomo studio a cui si rimanda. Qui osserveremo la relazione tra queste misure tecnologiche ed una precisa disposizione normativa riguardante l'eccezione per copia privata.

L'art. 71-sexies, aprendo la sezione II dedicata alla riproduzione privata ad uso personale, stabilisce la legittimità (“è consentita”) della riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi (paiono dunque escluse opere quali testi) su qualsiasi supporto (dunque includendosi quelli digitali), effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale (il II comma ribadisce come essa non possa essere effettuata da terzi), purché in assenza di scopo di lucro e di fini direttamente o indirettamente commerciali e nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*. Il

62 Stabilendo che “Il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta”.

63 Da accennare che il Consiglio di Stato, decidendo di prestito eseguito da biblioteche di Stato ed enti pubblici e della relativa autorizzazione dell'autore, ribadendo che essa non è necessaria, ha anche aggiunto che lo stesso non vale per l'attività di noleggio eseguita da altre associazioni senza scopo di lucro, v. C. Stato, 24 settembre 2008, n. 3149/08, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 1326.

terzo comma ne esclude l'operatività nei casi in cui le opere siano offerte *on-demand* e qualora vi concorra l'applicazione di misure tecnologiche oppure quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali. Come è stato efficacemente osservato, questo è lo “snodo più grave [della direttiva]. Sulle reti, dunque, l'interazione tra protezioni tecnologiche e contratto è ‘premiata’ con la neutralizzazione delle “eccezioni e limitazioni” ai diritti sulle opere e sui materiali protetti”⁶⁴.

Il quarto comma infine, stabilisce che, nonostante le misure tecnologiche, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, “possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale”. A tal riguardo, va notato come certa giurisprudenza sia arrivata a sostenere che le misure tecnologiche che impediscono la creazione anche solo di una copia dell'opera, non siano in violazione del diritto di copia privata di cui al presente articolo, anche qualora tale opera non sia stata offerta secondo uno schema *on-demand*⁶⁵. A ben vedere, tuttavia, la decisione a cui ci si riferisce e riportata in nota, venne sviluppata attorno all'assunto che quando l'opera, un DVD nel caso di specie, fu commercializzata lo stato della tecnica non conosceva misure tecnologiche che permettessero l'esecuzione di una sola copia dell'opera. Legittima doveva ritenersi, dunque, la condotta del convenuto che di fronte all'alternativa tra la non applicazione di alcuna misura tecnologica sul DVD commercializzato, e l'applicazione di misure tecnologiche tali da impedire la realizzazione anche di una sola copia privata *ex art. 71-sexies*, optava per la seconda via. La Corte fondava il proprio ragionamento nell'ultimo periodo del quarto comma dell'articolo qui in esame che riproduce gli ultimi due passi del 3ST. Quantunque tale interpretazione possa apparire discutibile, è da ritenere che essa abbia esaurito il proprio ambito temporale di applicabilità, in quanto oggi (ma a ben vedere anche allora) misure tecnologiche in grado di permettere solo un dato numero predeterminato di riproduzioni sono comunemente disponibili allo stato dell'arte.

e) Il Three Step Test (art. 71-nonies)

L'articolo 71-*nonies*, apre la terza ed ultima sezione del capo V, dedicata alle disposizioni comuni. Esso introduce nell'impianto normativo dedicato alle eccezioni e limitazione al diritto d'autore il 3ST, limitandolo tuttavia alle sole opere offerte *on-demand* (“quando [le eccezioni] sono applicate ad opere

64 Vedi CASO R., *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Trento, 2006.

65 V. Trib. Milano, 1 luglio 2009, in *Diritto Industriale*, n. 6, 2009, con nota di ALVANINI.

o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente”). Dunque il 3ST si applica, secondo la lettera della LDA, solo alle eccezioni relative ad opere offerte *on-demand* (ex art. 71-*nonies*), nonché ai casi specificamente previsti (come nel caso dell'art. 61-*quater* relativo ai programmi per elaboratore, o dell'art. 64-*sexies* relativo alle banche dati).

È d'uopo un breve *excursus* storico circa l'evoluzione di tale strumento, al fine di comprenderne l'attuale portata. Il 3ST fece la sua prima apparizione nel panorama internazionale nel 1967 in occasione della contestuale revisione della Convenzione di Berna⁶⁶. Successivamente, come si è visto, è stato introdotto dapprima nei TRIPs, poi nei trattati WIPO, ed infine a livello comunitario⁶⁷. Il 3ST pone un triplice vaglio al superamento del quale la conformità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore è sottoposta. Infatti, le eccezioni e limitazioni devono trovare applicazione solo in determinati casi speciali (primo *step*), che non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera (secondo *step*), e che non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti (terzo *step*)⁶⁸.

Va notato come l'introduzione del test in diritto interno non sia richiesta dal diritto comunitario. La funzione storica di tale strumento, infatti, non è quella di chiave offerta all'interprete nella valutazione della portata concreta di una eccezione, bensì di standard offerto al legislatore nella creazione di nuove eccezioni, in un sistema aperto (come il diritto internazionale, la Convenzione di Berna, i trattati WIPO, o altre giurisdizioni non comunitarie) che non prevede un numero chiuso di eccezioni, come invece è il caso del diritto comunitario per effetto della direttiva Infosoc. Dunque, con l'applicazione del 3ST all'interno di un sistema chiuso, in cui le possibili eccezioni e limitazioni sono elencate esaustivamente, si è completamente stravolto il significato originale di tale strumento che era di fornire delle linee guida nel momento in cui si fosse deciso di creare delle nuove eccezioni o limitazioni al diritto d'autore⁶⁹.

Altro aspetto da menzionare, è la forza espansiva del 3ST. Originariamente, infatti, esso trovava

66 Si tratta della revisione avvenuta durante la Conferenza di Stoccolma del 14 luglio 1967.

67 Come formulazione di portata generale, si è osservato come il 3ST compaia per la prima volta nel panorama comunitario nella direttiva Software del 1991, vedi *supra* nota .

68 Per un'analisi approfondita di tale strumento a livello europeo ed internazionale si veda SENFTLEBEN M., *Copyright, Limitations, and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, L'Aia – Londra – New York, 2004; COHEN JEHOAM H., *Restrictions on Copyright and their Abuse*, in *EIPR*, 2005, 359; GINSBURG J., *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, *RIDA*, 2001, 17.

69 Come esplicitamente previsto per esempio dal “*Agreed statement concerning Article 10*” del WCT: “It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment. It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention” (enfasi aggiunte).

applicazione solo nel caso di diritto di riproduzione (Convenzione di Berna), mentre col WCT esso riguarda anche i “nuovi” diritti di distribuzione, noleggio, comunicazione e messa a disposizione del pubblico. Infine, con la versione dei TRIPs il 3ST si applica nella generalità dei casi, ovvero di tutti i diritti di esclusiva previsti dalla Convenzione di Berna e dagli stessi accordi TRIPs⁷⁰.

Passando all'analisi della funzione che esso ricopre oggi, si nota immediatamente la genericità dei parametri del test, i quali non forniscono precisi elementi valutativi né ai legislatori e neppure alle corti, laddove esso sia stato trasposto in diritto interno. Il 3ST viene da più parti criticato proprio per questa vaghezza, che deriva dalla sua natura di strumento diplomatico, prima ancora che legislativo o ermeneutico. A ciò si deve aggiungere una certa tendenza invalsa presso la giurisprudenza nazionale ed internazionale ad interpretare il test restrittivamente⁷¹, al fine di limitare od escludere ulteriormente l'ambito di applicazione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, soprattutto in ambiente digitale. È quest'ultimo infatti lo scenario ove le corti sono solite identificare con maggiore facilità la violazione del secondo e terzo *step*, in virtù proprio delle enormi potenzialità offerte dalla tecnologia qui in esame, che permette riproduzioni perfette (ogni copia sarà una copia non distinguibile dall'originale in termini qualitativi) a costi estremamente contenuti. Tale tendenza appare in netto contrasto con quanto previsto dall'accordo WCT⁷².

Tuttavia, il test – come fatto notare sia dalla dottrina più attenta⁷³ che da certa giurisprudenza soprattutto straniera⁷⁴ – proprio per la sua natura *open ended*, potrebbe dar maggior risalto alla funzione di bilanciamento degli interessi dei differenti attori economico-sociali, e non solo di alcuni di essi,

70 Come fa notare XALABARDER, *Study on copyright limitations and exceptions for educational activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia, and Israel*, cit.

71 Per un'applicazione restrittiva del test a livello sovranazionale si veda il WTO-Panel report WT/DS114/ R del 17 Marzo 2000 (Canada-Patents), dove si ritiene che la mancanza dei requisiti di uno solo degli “step” porti alla necessaria violazione dell'art. 30 TRIPs. Sulla stessa linea, la decisione del WTO Panel 15 giugno 2000, United States Art. 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R; per un esempio di applicazione di una corte nazionale si veda la decisione della Corte di Cassazione francese nel caso noto come “Mulholland Drive”, *Cour de Cassation, Première chambre civile, n. 549 du 28 février 2006*. In generale si veda FICSOR M., *How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, in *RIDA*, 2002, 110-251; GINSBURG J.C., *Towards supranational Copyright law? The WTO panel decision and the “Three-Step Test” for a copyright exception*, cit.

72 Vedi *supra* nota

73 Si veda la dichiarazione del Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, “A balanced interpretation of the ‘Three-step Test’ in Copyright Law”, disponibile in versione italiana in RICOLFI M. - MARGONI T., *Un'interpretazione equilibrata del “Three-Step Test” nel diritto d'autore* (Traduzione con nota della Dichiarazione del Max Planck Institute), in *Dir. informazione e informatica*, 2009, 159, e la bibliografia ivi citata.

74 Si veda la decisione della corte di appello di Barcellona, *Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15B, Sentencia de 17 Sep. 2008, rec. 749/2007*, nella quale si riconosce giustamente le ragioni che hanno portato alla creazione del 3ST, ovvero di guidare le assemblee nazionali durante la creazione di nuove eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, e delle distorsioni che tale test comporta se inserito in un sistema a numero chiuso come quello comunitario ex direttiva Infosoc. Alla luce di tale riflessione la corte spagnola indica come la funzione di tale test vada in qualche modo recuperata e riportata alla sua originale posizione, e propone inoltre di leggere il test come una porta di ingresso a livello interpretativo per nuove attività da ritenersi esenti, sulla scia di quello che – a certe condizioni – può rappresentare il *fair use* nel sistema statunitense.

segnatamente i detentori dei diritti. In particolare, da parte di alcune corti si è osservato il tentativo di vedere nel 3ST una sorta di standard aperto. Questo sforzo pare teso alla riconduzione per via interpretativa del test alla sua concezione originale, simile, in quanto a funzione, all'equivalente nei sistemi di *common law* di standard interpretativi flessibili come il *fari use* (negli Stati Uniti) o il *fair dealing* (nelle altre giurisdizioni di tale famiglia). In tal guisa, si recupererebbe una fondamentale funzione che il diritto d'autore ha visto progressivamente dissolversi a causa di un progressivo processo di estensione dell'esclusiva, figlio di una visione ideologica della proprietà intellettuale. È solo attraverso il recupero della funzione di bilanciamento degli interessi, chiaramente ribadita in molte sedi internazionali prima tra tutte la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani⁷⁵, che gli interessi legittimi dei produttori di opere dell'ingegno, dei fruitori di tali opere (differenza che si è assottigliata enormemente nella Società dell'Informazione), e della società in generale (che vede nell'*asset* "ricerca e sviluppo" una voce fondamentale per il successo economico e tecnologico), potranno essere finalmente ricomposti.

f) Programmi per elaboratore e banche dati (64-ter, quater e sexies)

Le previsioni relative alle eccezioni e limitazioni previste per i programmi per elaboratore e per le banche dati rappresentano la traduzione letterale delle disposizioni comunitarie viste *supra*, a cui si rimanda per le riflessioni in merito⁷⁶.

3.1 Eccezioni e limitazioni e diritto dei contratti

La possibilità di escludere o ridimensionare l'operatività di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore attraverso lo strumento contrattuale è un campo di analisi molto rilevante, in quanto, nei limiti entro cui detta possibilità è ammessa, lo scenario sinora tratteggiato può risultare significativamente alterato. In realtà si tratta di un campo di analisi particolarmente complesso, nel quale il legislatore, soprattutto comunitario, si è esercitato con discontinuità, dettando regole certe solo in alcune delle direttive qui esaminate (direttiva Software e Database), e tralasciando di affrontare il tema in forma chiara e coerente nella più importante di esse, la Infosoc.

Partendo dal dato letterale, osserviamo come per la direttiva Software e quella Database siano

⁷⁵ L'art. 27 recita: "1) Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. 2) Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore".

⁷⁶ In materia di riproducibilità del contenuto di una banca dati si veda Trib. Milano, 9 maggio 2007, *Annali it. Dir. Autore*, 2008, 647; Trib. Catania, 8 gennaio 2001, in *Annali it. Dir. Autore*, 2001, 610.

presenti delle previsioni che chiariscono le circostanze nelle quali accordi contrattuali in violazione delle eccezioni debbano considerarsi nulli, come ad esempio il *Considerando* 18 e l'art. 9 della direttiva Software, oppure l'art. 15 della direttiva Database.

La direttiva Infosoc tace su questa complessa questione, e non paiono affatto decisivi né l'art. 9 né tanto meno il *Considerando* 45, essendo l'uno previsione generale che segue la linea tracciata del legislatore comunitario⁷⁷, e l'altro – pur specifico alle eccezioni e limitazioni – stabilisce come esse non debbano impedire la definizione di relazioni contrattuali intese ad assicurare un equo compenso in favore dei detentori dei diritti nella misura ammessa dalla legge nazionale⁷⁸. Al contrario, parrebbe che tale *Considerando* possa tutt'al più suggerire che contrattualmente non è possibile limitare le eccezioni, ammettendo una soluzione intermedia basata sull'equo compenso (attraverso dunque una forma di *liability rule*).

Come è stato fatto notare⁷⁹, le eccezioni e limitazioni previste dai vari ordinamenti, soprattutto continentali, incluso quello comunitario, sono giustificate da interessi di vario tipo, che ne determinano, in buona parte, la natura. Conseguentemente, le eccezioni e limitazioni possono essere sussunte in quattro differenti categorie: diritti fondamentali (come ad esempio l'eccezione per fini di critica e citazione), diritto della concorrenza (come per esempio l'eccezione di decompilazione o la *essential facility doctrine*⁸⁰), l'interesse generale alla diffusione del sapere e della conoscenza (come la riproduzione per finalità illustrative per fini di insegnamento e ricerca), e fallimenti di mercato (come per esempio la copia privata)⁸¹. Questa eterogeneità nella natura di eccezioni e limitazioni, gioca un ruolo fondamentale nel determinare come e in quale misura, accordi di tipo contrattuale, possano limitarne l'operatività. Quanto più grave ed attuale sia la compromissione di uno specifico interesse protetto rispetto al caso concreto, tanto meno possibilità avrà il regolamento contrattuale di poter essere in accordo con l'impianto generale della legge⁸². Certo, una scelta legislativa più precisa avrebbe sicuramente facilitato l'attività dell'interprete, evitando di creare quella zona “grigia” di incertezza giuridica che favorisce un sistema altamente litigioso ed inefficiente. A tal riguardo, tuttavia, pare potersi aggiungere che alla responsabilità del legislatore comunitario, si aggiunge quella del nostro, il

77 L'art. 9 (rubricato “Continued Application of other legal provision”) recita: “This directive shall be without prejudice to provisions regarding ...” formulando poi un elenco onnicomprensivo di 16 tipi di legislazione, dalla protezione della normativa sui tesori nazionali, alla concorrenza sleale, per infine menzionare, all'ultimo posto, il diritto dei contratti.

78 In questo senso invece BECHTOLD, in HUGENHOLTZ – DREIER, cit., 370.

79 GUIBAULT L., *Copyright limitations and contracts – An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, Amsterdam, 2002.

80 Trattasi in questo caso di limite esterno. Per la relazione tra abuso di posizione dominante e diritto d'autore in diritto comunitario si veda la fondamentale decisione della Corte Europea di Giustizia, *IMS Health v. NDC Health*, C-418/01.

81 See Guibault, *Copyright limitations and contracts – An analysis of the contractual overridability of limitations on copyright*, cit.

82 Vedi BECHTOLD, cit, 371; GUIBAULT, *Copyright limitations and contract*, cit., 121.

quale, pur avendo avuto lo spazio di manovra sufficiente (intenzionalmente concesso dal diritto comunitario?) non ha optato per una definizione più precisa e puntuale della relazione tra eccezioni e diritto dei contratti, e si è limitato per la più parte ad una mera traduzione linguistica delle previsioni in merito.

Come osservazione conclusiva, si aggiunga che le limitazioni contrattuali alle libere utilizzazioni al diritto d'autore debbono, come è ovvio, sottostare alla loro propria natura, ovvero di essere strumento contrattuale. Dunque, esemplificativamente, bisognerà innanzitutto appurare che si sia formata una comune volontà negoziale attorno agli elementi essenziali dell'accordo contrattuale, al fine di poter invocare legittimamente l'esclusione dell'operatività di una eccezione o limitazione al diritto d'autore. Inoltre, previsioni negoziali di questo tipo, presenti in una relazione di natura contrattuale tra un professionista ed un consumatore, dovranno essere lette alla luce della legislazione a tutela del consumatore, che potrà fornire indicazioni preziose circa la totale nullità o la necessità di specifica approvazione per iscritto di quelle clausole considerate vessatorie. Sarà purtroppo l'interprete, ancora una volta, a doversi fare carico di questo gravoso compito, dovendo identificare, caso per caso, la giusta portata di tale relazione.