

ANGELO MARIA ROVATI

APPUNTI SU ALCUNE CLAUSOLE GENERALI NEL DIRITTO D'AUTORE
ESTRATTO DALLA TESI DI DOTTORATO "COMUNICAZIONE AL PUBBLICO", PAVIA,
2009

SOMMARIO. 1. Clausola generale, singole facoltà tipizzate ed evoluzione tecnologica: 1.1. nei sistemi di droit d'auteur e copyright; 1.2. e negli ordinamenti internazionale e comunitario. 2. Sfruttamento materiale, immateriale ed evoluzione tecnologica: 2.1. tradizionale summa divisio, moltiplicazione e convergenza delle facoltà tipizzate; 2.2. e mutato equilibrio a favore dello sfruttamento immateriale. 3. I tre aspetti della comunicazione al pubblico. 4. L'approccio casistico del diritto internazionale nella CUB 5. e quello unitario del WCT: 5.1. le utilizzazioni tradizionali; 5.2. e quelle digitali. 6. La comunicazione al pubblico nella direttiva 2001/29: 6.1. la tecnica di protezione; 6.2. e le utilizzazioni digitali. 7. Prime conclusioni sul rapporto tra clausola generale e facoltà tipizzate nel diritto internazionale e comunitario; 8. ed in quello italiano. 9. Possibile sovrapposizione tra riproduzione e comunicazione al pubblico. 10. Clausola generale sulle utilizzazioni libere: il «three step test»; 11. e possibilità di interpretare analogicamente le libere utilizzazioni tipizzate.

1. L'esame del rapporto tra clausola generale e singole facoltà tipizzate deve partire da una ricognizione dei diversi possibili sistemi di sfruttamento economico esistenti ai vari livelli nazionali: per poi cercare di capire come questi abbiano risposto ai problemi posti dallo sviluppo tecnologico. Successivamente accennerò alle soluzioni che i legislatori internazionale e comunitario hanno accolto a questo proposito. Infatti in questo caso le soluzioni internazionali o comunitarie sembrano in tutto od in parte definibili sulla base dei modelli generali accolti a livello nazionale. La relazione tra diritto patrimoniale d'autore ed evoluzione tecnologica è quindi fondamentale. Infatti 1) la stessa nascita del diritto d'autore è anche la conseguenza di uno sviluppo tecnico: l'invenzione della stampa a caratteri mobili e; 2) l'emersione di una nuova tecnologia rischia di pregiudicare i diritti fino a quel momento riconosciuti; ma nel contempo spesso permette una nuova utilizzazione delle opere dell'ingegno e quindi la possibilità un ulteriore sfruttamento economico.

1.1. Tradizionalmente esistono due diverse concezioni che rispecchiano le idee alla base dei principali sistemi di protezione del diritto d'autore¹. Il sistema latino-germanico sulla base della filosofia giusnaturalistica ha sottolineato in particolare gli interessi morali e patrimoniali degli autori: ha quindi loro attribuito un generale diritto di sfruttamento economico delle proprie opere con il tradizionale corollario dell'impossibilità di applicare analogicamente le norme sulle libere utilizzazioni. Quest'idea è ripresa nelle regole generali previste ad esempio dall'art. 12.2 l.a. per cui l'autore «ha [...] il diritto di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo originale o derivato»; dall'art. L-122-1 del Code de la propriété intellectuelle (l. 92-597 del 1 luglio 1992) secondo cui «le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction» che rispecchia l'«approche synthétique du droit français»; l'art. 15 della legge tedesca (l. 9 settembre 1965 BGBl. I S. n.1273) per cui l'art. «1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; das Recht umfasst insbesondere // 2) Der Urheber hat ferner das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe). Das Recht der öffentlichen Wiedergabe umfasst insbesondere»; analogamente l'art. 10 della legge svizzera del 9 ottobre 1992 rubricato «Utilisation de l'oeuvre» afferma che «1 L'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son oeuvre sera utilisée // 2 Il a en particulier le droit [...]». Questo comporta che gli elenchi delle facoltà tipizzate siano esemplificativi e quindi aperti e flessibili. In modo

¹ Gli altri sistemi di protezione del diritto d'autore sono quello socialista e quello dei paesi in via di sviluppo (PVS).

diametralmente opposto il sistema anglo-americano sulla base della filosofia utilitaristica e di istanze di efficienza economica ha attribuito maggiore rilievo agli interessi dell'impresa culturale, ed in origine della corporazione degli editori e stampatori. Ad esempio l'art. 16 del Copyright, designs and patent Act inglese del 1988 pone un elenco chiuso di «acts restricted by the copyright»; come anche la sect. 106 del Copyright Code statunitense del 13 dicembre 2003 a proposito degli «exclusive right in copyrighted works». Questo sistema concepisce allora il copyright (tradizionalmente) come un eccezionale monopolio che deroga alla generale libertà di concorrenza: per cui i diritti di utilizzazione economica rappresentano un catalogo chiuso ed esaustivo con il corollario dell'applicabilità analogica delle norme sulle libere utilizzazioni. Quindi il sistema latino-germanico utilizza la tecnica legislativa delle clausole generali per disciplinare l'ambito dei diritti patrimoniali; quello anglo-americano la fattispecie a costruzione casistica.

La prima impostazione pone immediato rimedio al fenomeno delle lacune tipico dell'approccio casistico e dovute principalmente all'evoluzione tecnologica. L'esistenza di una clausola generale comporta allora l'automatico adeguamento della realtà normativa al mutevole contesto tecnologico per cui ogni nuova possibile utilizzazione vi è comunque compresa (prima ed) anche in assenza di una modifica legislativa. Quindi il problema della classificazione della nuova forma di sfruttamento e dell'eventuale applicazione analogica delle disciplina dettata per una facoltà tipizzata appare logicamente e giuridicamente secondario. Su questa base l'(ampia formula adottata nell')art. 12 l.a. fonda il diritto esclusivo all'esposizione al pubblico dell'esemplare originale dell'opera anche in assenza di un'espressa previsione legislativa; e (prima del dlgs. 9 aprile 2003 n.68 che ha attuato la dir. 2001/29/CE) anche quello alla riproduzione temporanea ed alla messa a disposizione delle creazioni nelle reti telematiche. Allo stesso modo l'art. L-122-1 cpi riconosce un generale droit de destination e quindi già sottopone al controllo dell'autore il noleggio ed il prestito degli esemplari della propria opera. Allora la dottrina francese ha ritenuto superfluo il recepimento della direttiva 92/100/CE del 19 novembre 1992 che ha espressamente riconosciuto (ed armonizzato a livello comunitario) questo diritto².

Diversamente l'approccio casistico del sistema di copyright determina l'esistenza di un elenco tassativo di facoltà patrimoniali. Quindi l'adeguamento della realtà normativa a quella tecnologica è lasciato all'interpretazione (anche creativa) di dottrina e giurisprudenza o ad un intervento del legislatore. La giurisprudenza ed il legislatore a questo proposito (in particolare quelli statunitensi) di fronte ad una nuova forma di utilizzazione economica hanno tradizionalmente osservato il principio secondo cui «creators should maintain sufficient control over new markets to keep the copyright incentive meaningful, but not so much as to stifle the spread of the new technologies of dissemination» sulla base della direttiva generale ex art. I par. 8, cl.8 della costituzione federale³. Allora quando i titolari dei diritti hanno cercato di partecipare e di ricevere un compenso per una nuova modalità di utilizzazione le corti ed il Congresso hanno loro attribuito

2 Il droit de destination è una creazione della dottrina francese e belga ed è tipico di questi ordinamenti. Questa facoltà (che è a sua volta riconducibile all'area del droit de reproduction) attribuisce agli autori il potere di riservare ad un uso determinato gli esemplari della propria opera messi in commercio: quindi permette loro di controllare le modalità di commercializzazione ed anche alcune forme di utilizzazione realizzate dagli acquirenti. Sul droit de destination in generale. Questo diritto include allora già il noleggio ed il prestito in quanto forme di riproduzione dell'opera lato sensu; inoltre anche l'art. 131 -3 alinea 3 cpi attribuisce al titolare il controllo (contrattuale) sugli esemplari dell'opera. Su questa base il governo francese ha ritenuto inutile attuare espressamente queste disposizioni della direttiva 92/100 (così POLLAUD-DULIAN, *Les droit exclusifs consacrés par la directive*, in *Propriétés intellectuelles* 2002, 13). La stessa soluzione avrebbe potuto essere seguita anche per il diritto di distribuzione come definito dall'art. 4 dir. 29/2001: infatti questa facoltà sembra avere una portata più limitata del droit de destination (così CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris Litec, 2006, 255). Tuttavia l'art. L-122-3-1 ha espressamente sancito l'esaurimento del diritto di distribuzione (che però formalmente non esiste come facoltà autonoma).

3 GINSBURG, *Copyright and control over new technologies of dissemination*, in *Columbia L. Rev* 2001, 1613. Quest'affermazione riprende anche il pensiero del sen. Ashcroft espresso durante i lavori del Congresso l'8 ottobre 1998 relativi al Digital millennium copyright act (DMCA) per cui la nuova legislazione «[it] would protect copyright owners without limiting development of legitimate new technologies». Più in generale sul corretto bilanciamento dei vari interessi coinvolti nella disciplina del copyright (nordamericano) v. VINJE, *Copyright imperilled*, in *EIPR* 1999, 194 LITMAN, *Digital, copyright*, in *Col. L. Rev.* 2001, 77 ss..

la possibilità di controllare questo nuovo mercato; al contrario quando hanno cercato di eliminare un'innovativa forma di diffusione (e la giurisprudenza ha ritenuto che questa non li danneggiasse) le corti hanno rigettato le domande di contraffazione. Così la giurisprudenza nordamericana ad esempio ha dapprima applicato analogicamente il performing right al broadcasting of closed studio performance passando dal criterio della «communication in public» a quello più flessibile della «communication to the public»⁴; poi ha sottoposto al controllo degli autori l'attività di ritrasmissione alberghiera dei programmi radiofonici nella camere degli ospiti⁵. Diversamente ha ritenuto che la riproduzione di composizioni musicali su schede preforate per pianola non costituissero contraffazione⁶; come anche la ritrasmissione via cavo che amplificava segnali locali o importava segnali distanti⁷. Lo stesso principio ha trovato applicazione nella giurisprudenza

4 MAKEEN, *Copyright in a global information society*, Kluwer law, 2000, 36 e 37, riferisce che la section 1 del Copyright Act del 1909 attribuiva un numero chiuso di diritti esclusivi: pubblicazione, traduzione, rappresentazione, riproduzione ed un limitato diritto di elaborazione. Era necessario capire se la nuova attività di broadcasting potesse essere compresa nel più classico performing. Una prima opinione riteneva che il (sistema del) copyright fosse una deroga ai principi generali della common law e che i diritti esclusivi dovessero essere interpretati in modo restrittivo; un diverso orientamento che il copyright dovesse essere costruito più liberamente per incoraggiare la creazione artistica. Nel caso del broadcasting of a closed studio performance (ove il pubblico non era ammesso) Federal district court of Ohio 1924, *Jerome H. Remick and Co. v. American automobile accessories Co.* aderì alla prima opinione sulla base della definizione di «performance» data dal Funk & Wagnalss' Dictionary del 1911 : per cui quest'attività non poteva essere incluso nell'area del performing. Questa pronuncia fu soggetta a diverse critiche: perché aveva utilizzato un approccio troppo tecnico e restrittivo (MAKEEN, op. cit., 37, riporta in questo senso l'opinione di SHUMAKER, *Radio broadcasting as an infringement of copyright*, in *Law Notes* 1924, 27 e di BLADEK, *Radio broadcasting as an infringement of copyright*, in *Kentucky Law Journal* 1938-1939, 301). La sentenza di appello del 1925 ha invece sostenuto la seconda opinione affermando che «a performance [...] is no less public because the listeners are unable to communicate with one another, or are not assembled within an enclosure, or gathered in some open stadium, or park or other public place» e che «radio broadcasting is intended to, and in fact does, reach a very much larger number of public at the moment of rendition than any other medium of performance». Nello stesso anno la Corte suprema dichiarò inammissibile il ricorso contro la sentenza d'appello stabilendo «the “geographical aspect” of the “communication to the public”». GINSBURG, *Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1620 s. afferma che le trasmissioni radiofoniche avevano aperto un nuovo mercato rispetto a quelli classici delle live performances e della vendita di spartiti musicali. In questo modo anche i copyright owners oltre ai broadcasters vi hanno potuto accedere per conservare l'incentivo alla creazione di nuove opere.

5 Su quest'aspetto v. MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 45 ss.; e GINSBURG, *Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1620 s.. Nel caso della ritrasmissione alberghiera erano possibili due diverse letture: a) la teoria della licenza implicita dei copyright owners alla ricezione (non in un luogo semplicemente privato ma anche) in pubblico; b) la teoria della possibilità dei copyright owners di controllare anche il successivo utilizzo delle loro opere. La pronuncia della Suprema Corte del 1931 *Buck v. Jewell La Salle realty Co.* ha aderito (pur non senza le contraddizioni messe in luce da MAKEEN, op. cit. 45 s.) alla seconda impostazione. Il Giudice Brandeis in particolare ha affermato che «while this [form of exploitation] may not have been possible before the development of radio broadcasting, the novelty of the means used does not lessen the duty of the courts to give full protection to the monopoly of public performance for profit which Congress secured to the composers».

6 La pronuncia della Suprema corte *White-Smith Music publishing Co. v. Apollo Co.*, del 1908 ha affermato che le «pianola rolls» non costituiscono contraffazione perché (diversamente rispetto agli spartiti) l'opera musicale non è direttamente percepibile tramite di essi. Tuttavia nella sua dissenting opinion il Giudice Holmes ha obiettato che in linea di principio «anything that mechanically reproduces that collocation of sound ought to be held a copy». Questa decisione sembra distaccarsi dal precedente del 1884 relativo alle fotografie (*Burrow-Giles lithographic Co. v. Saronny*) per cui è soggetta alla copyright ogni modalità mediante la quale «[to] the ideas in the mind of the author are given visible expression». GINSBURG, *Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1622 s., interpreta questa decisione come l'inizio della contrapposizione tra titolari dei diritti ed industria discografica a proposito dei diritti di riproduzione per controllare la nuova tecnologia dei fonogrammi. Quindi la Corte aveva sospetto che in questo modo i copyright owners avevano tentato di impedire la distribuzione di un formato competitivo rispetto agli spartiti o di controllare il nuovo mercato: per questo avrebbe negato la contraffazione.

7 Secondo GINSBURG, *Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1623, la stessa motivazione di «solicitude for a nascent dissemination industry» (cioè delle imprese che ritrasmettono contenuti via cavo) sarebbe alla base anche di queste due pronunce. La Suprema Corte ha stabilito che la ritrasmissione via cavo di un programma televisivo cade al di fuori dell'esclusiva perché si tratta (a differenza del performing) di un'attività meramente passiva. In particolare in *Fortnightly Corp. v. United artists television, Inc.*, del 1968 ha stabilito che la ritrasmissione è più affine al viewing (lecito) che al performing (riservato). La pronuncia *Teleprompter corporation v.*

Betamax⁸; e nel caso Rio MP3 secondo cui quest'apparecchio non costituisce un «digital audio recording device» e quindi è esonerato sia dall'applicazione di un sistema di misure tecnologiche di protezione che dal pagamento di una royalty a favore della collecting society RIAA⁹. In tutti questi casi infatti i copyright owners avrebbero tentato di impedire la diffusione della nuova tecnologia.

Questa linea di tendenza sembra tuttavia mutare solo in parte con l'avvento della tecnologia digitale. Infatti il DMCA statunitense (Digital millenium copyright Act) presuppone che le reti telematiche sono (ed in futuro sempre più saranno) il principale mercato ove i diritti esclusivi sono esercitati. Quindi il controllo sullo sfruttamento digitale delle opere è e sarà maggiormente la principale modalità di esercizio dei diritti esclusivi. In questo caso il Congresso ha anticipato piuttosto che reagito ai cambiamenti causati da una nuova tecnologia: forse perché un riequilibrio degli interessi ex post sarebbe stato più difficile. Ma la motivazione rimane la stessa: «to preserve incentives to create and disseminate when new ways of exploitation works can either enhance or dampen those incentives, depending who controls the new form of dissemination»¹⁰. Allo stesso modo anche la giurisprudenza ha attribuito ai copyright owners il controllo del mercato delle opere dell'ingegno generato dalle nuove tecnologie¹¹. Questo perché tale controllo non riguarda (e non disincentiva) l'utilizzo per se della nuova tecnologia ma impedisce solo alcune modalità di consapevole¹² utilizzazione della stessa lesive del copyright.

CBS del 1974 sembra invece dettata da motivi (più che altro) concorrenziali legati all'atteggiamento monopolistico dei copyright owners che trarrebbero comunque vantaggi dalla nuova tecnologia. Per un commento di queste pronunce nell'ottica dello sviluppo storico del cabling right negli USA v. MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 263 ss.

8 In particolare secondo GINSBURG, op. cit., la majority opinion utilizzò «the statutory fair use factors rather cavalierly and strains the doctrine of contributory infringement to exculpate devices that are “merely ... capable of substantial non infringing uses». Quest'impostazione può essere però compresa sulla base di due osservazioni. In primo luogo l'industria cinematografica avrebbe cercato di impedire la distribuzione di videotape recorders in favore di una diversa tecnologia: i non recordable videodisc players; in secondo luogo l'inclusione del time-shifting nell'ambito del fair use non avrebbe creato un danno economico ai titolari sul mercato televisivo esistente. La dissent opinion tuttavia rilevò che il danno si sarebbe creato sul nuovo mercato «for television programming» che in linea di principio doveva rientrare nell'esclusiva del copyright owner.

9 La Corte d'appello in particolare ha ritenuto che le riproduzioni digitali memorizzate sull'apparecchio fossero copie personali di file che l'utente aveva acquistato con il CD musicale. L'assenza di finalità commerciale permetteva di configurare un'eccezione (analoga a quella individuata nel caso Sony-Betamax) di space-shifting (su cui v. ad esempio SAMUELSON, *The generativity of Sony v. Universal: the intellectual property legacy of Justice Stevens*, in *Fordham L. Rev.* 2006, 1866 s.). Secondo GINSBURG, op. cit., 1626 anche questa decisione può essere spiegata secondo il consueto paradigma: la RIAA (Recording industry association of America) desiderava infatti impedire la distribuzione di Rio piuttosto che accontentarsi di ricevere un compenso per la sua vendita.

10 Così GINSBURG, *Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1634. L'autorevole A. afferma però che in questa fase storica il concreto assetto degli interessi in campo è più favorevole ai rightholders i quali possono anche «to control access to a “work” rather than simply to a “copy” arguably limits use of work [...] even if the user has lawfully acquired a copy of it » (1635).

11 Così District Court for the Central district of California, *Los Angeles Time v. Free Republic*, ha affermato che «the “right to control” access to the articles, and defendants' activities affect a market plaintiffs currently seek to exploit»; similmente District court for the Southern District of New York, *UMG Recordings, Inc., v. MP3.com, Inc.*, che è sottoposto al controllo dell'autore anche «a further market that directly derives from reproduction of the plaintiff's copyrighted works» e che «even if the copyright holder had not yet entered the new market in issue for a copyright holder's “exclusive” rights, derived from the Constitution and the Copyright Act, include the right, within broad limits, to curb development of such a derivate market by refusing to license a copyrighted work or by doing so only on terms the copyright owner finds acceptable.» Analogamente GINSBURG, *International Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1638 ss., afferma che la causa Napster (Ninth circuit 2001, *A&M Records, Inc. c. Napster, Inc.*) esprime l'esigenza di conciliare gli interessi protetti dal copyright con la tecnologia peer-to-peer e non di eliminarla per se. Infatti la sentenza d'appello ha sottolineato che è necessario «to make a clear distinction between the architecture of the Napster system and Napster's conduct in relation to the operational capacity of system» (corsivo aggiunto): per cui la soluzione adottata dalla Corte «resemble the radio paradigm» (GINSBURG, op. cit., ibidem). Il Ninth circuit ha infine escluso (diversamente dal caso Betamax) che il comportamento di Napster fosse coperto dalla fair use doctrine: infatti la sua condotta impediva lo sviluppo del nuovo mercato della distribuzione musicale on-line (così anche GINSBURG, op. cit., 1640).

12 Il Ninth circuit ha infatti chiarito che l'impiego di una nuova tecnologia che sia utilizzabile in modo lesivo dei diritti dei rightholders (ma che abbia anche usi sostanzialmente leciti) non integra di per sé l'elemento soggettivo

1.2. Su questa base è ora necessario capire quali soluzioni le convenzioni internazionali ed il diritto comunitario abbiano accolto per risolvere il problema dell'adeguamento all'evoluzione tecnologica. E quindi a quale delle diverse concezioni del diritto d'autore maggiormente si ispirino. In particolare esaminerò la Convenzione di Unione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, come da ultimo rivista a Parigi il 24 luglio 1971 - CUB, il WIPO copyright treaty del 1996- WCT; ed accennerò brevemente alla Convenzione internazionale sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, firmata a Roma il 26 ottobre 1961 - CR, alla Convenzione universale sul diritto d'autore (nella versione adottata a Parigi il 24 luglio 1971-CUA, ed al WIPO performances and phonograms treaty del 1996 - WPPT. Successivamente esaminerò le direttive comunitarie e (soprattutto la direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore ed i diritti connessi nella società dell'informazione). E' evidente che nessuno dei testi internazionali e comunitari qui elencati attribuisca un generale diritto di sfruttamento economico delle opere o dei prodotti culturali protetti. Il vero problema è allora capire se gli elenchi di facoltà ivi tipizzate siano aperti o chiusi: e quindi se sia possibile applicare analogicamente le norme relative ai diritti espressamente nominati a fattispecie non disciplinate che sono venute successivamente ad esistenza a causa dell'evoluzione tecnologica (ed in primis allo sfruttamento digitale delle opere) od addirittura ricavarne un più generale diritto di sfruttamento economico. La risposta a questa domanda mi sembra negativa per una serie di ragioni. L'analisi che segue riguarda in particolare la CUB e il WCT: tuttavia vedremo che la conclusione raggiunta sarà applicabile (mutatis mutandis) anche al diverso contesto comunitario.

A) Già sul piano del diritto internazionale l'art. 31.1 della Convenzione di Vienna stabilisce che «un trattato deve essere interpretato in buona fede secondo il significato ordinario da attribuirsi ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato medesimo»; il successivo art. 32 include tra i mezzi supplementari di interpretazione «i lavori preparatori [...] e le circostanze della sua conclusione». In particolare i preamboli della CUB e della CUA sembrano indicare che debba essere preferita l'interpretazione più favorevole alla protezione degli autori: e quindi potrebbero portare a ritenere l'elencazione delle facoltà ivi tipizzate come puramente esemplificativa. Tuttavia un'interpretazione sulla base dei principi della Convenzione di Vienna conduce a risultati diversi. Infatti il principio dell'interpretazione secondo buona fede non può imporre agli stati contraenti obblighi diversi da quelli concordati. Reciprocamente le parti conoscevano che i loro impegni potevano essere influenzati dall'evoluzione tecnologica ed in questo caso avevano la possibilità di utilizzare una terminologia aperta per ricomprendere nell'ambito di applicazione della norma anche questi successivi sviluppi (come ad esempio è accaduto per l'art. 9 CUB nell'atto di Parigi del 1971 che disciplina il diritto esclusivo di riproduzione). In tutti i casi in cui le parti non hanno utilizzato questa possibilità l'interprete non è quindi autorizzato a sostituirsi alla volontà dei contraenti.

B) Poi la ratio di questi trattati non è la creazione di un diritto d'autore uniforme ma solo quella (comunque importante e non facile) di garantire la più ampia armonizzazione possibile dei vari sistemi nazionali tramite il principio di assimilazione e di assicurare una protezione minima convenzionale. Questi testi esprimono dunque un compromesso più o meno equilibrato fra tradizioni giuridiche diverse¹³. E' vero che la CUB e la CUA sono maggiormente ispirate alla

della «liability for contributory infringement» il quale richiede (come nel caso Napster) «[the] actual knowledge that specific infringing material is available using [the] system». Così anche GINSBURG, *International Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1641 per cui «Napster's knowledge of its users' infringing activities supplies the crucial difference between the Napster technology and the Sony videotape recorder»

13 STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, London, 1989, 26, afferma che la CUB «built a bridge between the [common and civil law] systems»; così anche FITZPATRICK, *Prospects of further copyright harmonisation?*, in *EIPR* 2003, 217; analogamente GOLDSTEIN, *International copyright*, Oxford, University press, 2001, 4, sostiene che «the Berne convention bridges the two traditions, with the result that its extensive minimum standards gave dictated substantively similar rules for countries in both camps».

concezione continentale di *droit d'auteur* e solo influenzate dal sistema di copyright¹⁴; come pure che l'interpretazione delle loro norme debba tendere a coprire il maggior numero possibile di nuove facoltà di utilizzazione sorte a seguito dell'evoluzione tecnologica. Tuttavia questo non basta a far ritenere l'elencazione delle facoltà tipiche di cui agli artt. 8, 9, 11, 11 bis, 11 ter e 12 CUB aperta. Infatti da un lato ciò tradirebbe la loro natura di ampia e soddisfacente mediazione; dall'altro non ogni mutamento del contesto tecnologico è compatibile con un'interpretazione in buona fede delle norme convenzionali. In questo caso l'unica soluzione è allora rappresentata dalla modifica delle convenzioni tramite una conferenza di revisione. Quindi la CUB non può essere impiegata per riconoscere a livello internazionale ampi diritti esclusivi di noleggio o di distribuzione; similmente l'applicazione dell'art. 11 bis alle reti informatiche appare quantomeno frammentaria e problematica. Questo non impedisce però sul diverso piano del principio di assimilazione che gli autori unionisti possano beneficiare nel paese di protezione delle nuove facoltà di utilizzazione attribuiti ai *nationaux* ma non tipizzate dallo *ius conventionis*. Quanto detto in particolare a proposito della CUB può essere immediatamente esteso alla CR che ne condivide l'impostazione ed i principi di fondo.

C) La dottrina internazionalistica sembra aver abbandonato le regole interpretative generali «in dubio pro libertate» e «in dubio mitius»: per cui accetta ora la possibilità di interpretare estensivamente (ed all'occorrenza in modo analogico) le norme di un trattato internazionale. Tuttavia in questo caso specifico ricavare una clausola generale di utilizzazione economica a partire dalle facoltà tipizzate dalla CUB appare però assolutamente contraria alla lettera ed allo spirito della convenzione: per cui questa possibilità deve essere ragionevolmente esclusa.

L'impossibilità di addivenire ad un aggiornamento della CUB e la circostanza che l'accordo TRIPs (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, concluso in ambito World Trade Organisation nel 1994) non abbia disciplinato le nuove forme di disseminazione delle opere sui mercati internazionali (ed in particolare quella digitale) hanno portato a livello internazionale alla conclusione del WCT e del WPPT amministrati dalla WIPO. Essi rappresentano comunque un accordo particolare ex artt. 20 CUB e 22 CR. A differenza di queste ultime convenzioni (e al pari dei TRIPs) sembrano adottare come impostazione di fondo il «trade approach» tipico del sistema di copyright piuttosto che la «personal theory» su cui si basa tradizionalmente il *droit d'auteur*¹⁵. I nuovi trattati hanno colmato molte lacune della protezione internazionale del diritto d'autore: ed in particolare hanno esteso la protezione convenzionale al noleggio, alla distribuzione e allo sfruttamento digitale delle opere dell'ingegno e dei prodotti culturali. Da un lato anche questi accordi (al pari di quelli che li hanno preceduti) seguono il modello dell'elencazione esaustiva di facoltà tipiche: che sembra escludere perciò una loro estensione tramite il ricorso all'analogia. Dall'altro però: 1) essi hanno operato una tendenziale semplificazione e riduzione del quadro delle facoltà tipiche: riproduzione, distribuzione, noleggio e comunicazione al pubblico (solo il WCT opera un rinvio recettizio al diritto di riproduzione ex art. 9 CUB); 2) queste sono generalmente formulate in termini ampi ed in conformità ad un principio di «neutralità tecnologica»¹⁶. E ciò emerge immediatamente ad esempio dal confronto tra la formulazione dell'art. 11 bis CUB e 8 WCT¹⁷.

14 Così VAVER, *The national treatment requirements of the Berne and Universal copyright convention. Part one*, in *IIC* 1986, 581; e ID., *The national treatment requirements of the Berne and Universal copyright convention. Part two* ivi, 733, secondo cui sia la CUA che la CUB «carry the indelible imprint of Continental notion of author's right in literary and artistic works, only smudged diplomatically by Anglo-American notions of copyright»;

15 FITZPATRICK, *Prospects of further copyright harmonisation?*, cit., 218 ss., afferma che i trattati WIPO (al pari dei TRIPs) «[the] shift from the dominance of author's right in the Berne convention to the expression of utilitarian approach». Per altre osservazioni del medesimo A. sull'evoluzione del diritto convenzionale in *subiecta materia* v. supra la nota 20; nello stesso senso v. anche GOUTAL, *Traité OMPI et conception française du droit d'auteur*, in *RIDA* 1975, 73; RICOLFI, *On line e off-line*, in *AIDA* 2007, 223.

16 GERVAIS, *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur. Deuxième partie: originalité, créativité et réaligement du droit d'auteur*, in *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 2003, 401 afferma che «une approche téléologique et non technique de l'utilisation aurait aussi l'avantage d'être technologiquement neutre».

17 A questo proposito PERLMUTTER, *Convergence and the future of copyright*, in *EIPR* 2001, 111 afferma che

La dir. 2001/29 ha attuato i trattati WIPO nell'ordinamento comunitario. E' vero che i principi interpretativi stabiliti dalla Convenzione di Vienna non sono applicabili al diritto comunitario secondario¹⁸: ma quanto detto sub B) a proposito delle convenzioni internazionali rappresenta una considerazione generale che sembra riguardare pure la direttiva. Infatti anche il testo comunitario non ha lo scopo di creare un diritto d'autore uniforme (per cui servirebbe il diverso strumento del regolamento) ma quello di garantire la più ampia armonizzazione possibile dei vari sistemi europei e per questo anch'esso pone un minimum inderogabile di tutela (che gli stati possono comunque innalzare ma che si presenta comunque ampio e si attesta ad un livello elevato). Quindi anche la direttiva rappresenta un compromesso¹⁹ tra il sistema di *droit d'auteur* e quello di copyright. Per cui pure in questo caso l'elenco della facoltà deve ritenersi esaustivo: ed a fortiori da esso non può essere ricavato un generale diritto di sfruttamento economico. La direttiva prosegue tuttavia nella linea di semplificazione già adottata dai trattati WIPO per cui: 1) riduce il numero delle facoltà tipizzate alle tre principali: riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione; e si avvicina quindi al sistema delle clausole generali (a differenza delle prime direttive sul diritto d'autore più conformi ad un approccio casistico)²⁰; 2) e formula queste facoltà in modo molto ampio conformemente al principio di «neutralità tecnologica». I trattati WIPO e la dir. 2001/29 sembrano allora confermare la tendenza alla riduzione ed alla convergenza delle diverse facoltà di utilizzazione verso un'unica clausola generale di sfruttamento economico: anche per quanto riguarda il sistema di copyright.

2. Dopo aver esaminato l'effetto dello sviluppo tecnologico sulle diverse tecniche di tutela possibili occorre ora esaminare dallo stesso punto di vista l'evoluzione generale delle varie facoltà tipizzate di utilizzazione.

2.1. Tradizionalmente all'interno dei diritti esclusivi di utilizzazione economica esiste la summa divisio tra facoltà di sfruttamento materiale ed immateriale: quindi da un lato riproduzione, elaborazione, distribuzione e (successivamente) noleggio; dall'altra rappresentazione

anche originariamente le varie normative sul diritto d'autore erano formulate sulla base di questo principio: per cui rilevava l'utilizzo dell'opera e non il mezzo tecnico coinvolto. L'avvento delle tecnologie analogiche e conseguentemente del diritto di trasmissione hanno costituito la prima eccezione a questa regola: cioè evidente dalla lettura dell'art. 11 bis CUB. L'avvento della tecnologia digitale sembra invece provocare il ritorno a quell'originaria impostazione.

18 Infatti il carattere particolare della Comunità implica che di regola non sia possibile applicare all'interpretazione del diritto comunitario i principi generali su quella dei trattati internazionali ex artt. 31-33 della Convenzione di Vienna. In particolare non è applicabile il principio «in dubio mitius» per cui in caso di incertezza le limitazioni di sovranità accettate dagli stati membri devono essere interpretate in senso restrittivo. Questo perché il diritto internazionale ha solo l'obiettivo di coordinare gli ordinamenti degli stati membri; mentre quello comunitario persegue lo scopo ulteriore di integrarli tra di loro (così *Convegno di studio per magistrati e professori universitari. Relazioni*, Lussemburgo 27 e 28 settembre 1976, I-31).

19 REINBOUHE, *La protection du droit d'auteur et des droit voisins au sein de l'Union européenne. Les chantiers à venir*, in *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 2003, 67 afferma che la dir. 2001/29 supera la divisione tra paesi di *droit d'auteur* e di copyright sulla base del principio di sussidiarietà che salvaguarda le diverse tradizioni giuridiche degli stati membri ed ha stabilito un livello equilibrato di protezione; analogamente POLLAUD-DULIAN, *Les droit exclusifs consacrés par la directive*, cit. 13, secondo cui «le directives sont des textes de compromis» che devono essere attuate in ordinamenti diversi di cui alcuni prevedono l'approccio sintetico di *droit d'auteur* ed altri quelli analitico di copyright. Quindi la formulazione così scelta non obbliga gli stati membri a modificare la loro concezione (sintetica od analitica) del diritto d'autore e lascia quindi ad ogni giurisdizione la scelta dei mezzi di attuazione più conformi ai propri sistemi.

20 Così in particolare P. GALLI, *sub art. 12 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007, 4 ed.; anche SIRINELLI, *La directive "société de l'information": apport réel ou fictif au droit d'auteur?*, in *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Paris, Librairies Techniques, 2001, 85; e POLLAUD-DULIAN, *Les droit exclusifs consacrés par la directive*, cit. 13, affermano tuttavia che quest'ultima direttiva è più lontana dalla concezione analitica anglo-americana di quelle precedenti quanto all'elencazione dei diritti esclusivi. Invece probabilmente da un punto di vista più generale VIVANT, *Rapport de synthèse*, in *Propriétés intellectuelles* 2002, 72, sostiene che «il est impossible d'ignorer ce pointillisme anglo-saxon qui, ici comme dans bien d'autres textes communautaires marque la rédaction [...] Le droit é pensé tout autrement qu'il ne l'est dans un contexte romano-germanique».

comunicazione al pubblico e (successivamente) messa a disposizione nelle reti informatiche. Le prime implicano la fissazione dell'opera in un bene materiale e la sua moltiplicazione e circolazione: con un'attività riconducibile alla realizzazione di prodotti. Le seconde portano invece direttamente l'opera a conoscenza del pubblico senza l'intermediazione della riproduzione materiale: con una diversa attività riconducibile alla prestazione di un servizio. L'esaurimento (con l'eccezione del diritto di noleggio) opera solo per le facoltà di sfruttamento materiale ma non anche per quelle di utilizzazione immateriale. Questa summa divisio è particolarmente evidente nelle clausole generali delle leggi francese e tedesca prima citate.

Questa ricostruzione sembra messa in crisi da due fenomeni (apparentemente diversi) ma comunque legati all'evoluzione tecnologica: l'attribuzione di nuove facoltà esclusive (o «frazionamento legale») e la loro convergenza. 1) Da un lato infatti l'impiego di nuovi mezzi di comunicazione e più in generale l'emersione di nuove possibilità di sfruttamento delle opere ha provocato la moltiplicazione dei diritti esclusivi ciascuno modellato in relazione alla particolare modalità utilizzata. Ad esempio a livello comunitario la dir. 92/100 ha introdotto il diritto esclusivo di noleggio e prestito; la dir. 93/83 ha riconosciuto la facoltà esclusiva di comunicazione via satellite e di ritrasmissione via cavo; e la dir. 29/01 il diritto esclusivo di messa a disposizione nelle reti informatiche²¹. 2) Dall'altro l'avvento della tecnologia digitale e di internet e la conseguente uniformazione delle modalità di comunicazione ha messo in crisi la classica distinzione tra sfruttamento materiale ed immateriale che si basa rispettivamente sulla presenza o sull'assenza di esemplari concreti. Infatti nel contesto informatico la riproduzione è propedeutica alla comunicazione al pubblico; e questa implica comunque (almeno dal punto di vista tecnico) la creazione di copie digitali sia nell'elaboratore il quale trasmette che in quello il quale riceve. Quindi questo fenomeno di equivalenza e simultaneità tra le diverse possibilità di sfruttamento economico dell'opera rende incerte le differenze sia tra le due forme archetipe di utilizzazione che quella tra le singole facoltà. Allora nell'ambito digitale i diritti esclusivi di riproduzione, messa a disposizione e distribuzione appaiono singoli aspetti di una più ampia e generale facoltà di comunicazione al pubblico²².

2.2. Da un diverso punto di vista è cambiato anche il rapporto di importanza tra le due forme archetipe di utilizzazione. Le facoltà di sfruttamento materiale (ed in particolare la riproduzione) sono state le prime storicamente riconosciute e per lungo tempo le più rilevanti a livello economico²³. Quelle di utilizzazione immateriale sono state invece riconosciute più tardi ed

21 GERVAIS, *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur*, cit., 399 ss., parla dei due diversi fenomeni del «fractionnement contractuel» «fractionnement légal». Giudica positivamente il primo perché permette al titolare dei diritti di massimizzare i propri profitti sui diversi (e nuovi) mercati rilevanti per lo sfruttamento delle opere dell'ingegno; critica invece il secondo in quanto sarebbe il risultato di un'evoluzione storica disordinata perché legata all'evoluzione tecnologica: per cui un'unica operazione economica richiede l'ottenimento del consenso per più facoltà esclusive (ad esempio la trasmissione via internet implicherebbe il consenso sia per la riproduzione che per la comunicazione). Su questo fenomeno ed in particolare sulla tendenza del legislatore comunitario a moltiplicare le facoltà esclusive v. anche MANSANI, *Il mercato delle informazioni digitali tra regole di concorrenze e diritti di proprietà*, in *Conc. Merc.* 1997, 222 ss..

22 Così GINSBURG, *Putting cars on the "information superhighway": authors, exploiters and copyright in cyberspace*, in *Columbia L. Rev.* 1995, 1482, in particolare secondo cui «[in the digital word] the traditional reproduction/public performance distinction thus become increasingly elusive».

23 Questo diritto riguardava inizialmente solo le copie di opere a stampa; poi l'evoluzione tecnologica lo ha portato ad estendersi a nuove forme di moltiplicazione di esemplari quali la fotografia, la cinematografia, la riproduzione radiofonica e fino a quella digitale (anche temporanea). Per cui oggi la definizione di riproduzione sembra riguardare (almeno dal punto di vista tecnico) il trasferimento delle opere da una forma ad un'altra senza la necessità della creazione di copie identiche di un'opera destinate alla circolazione (così GIOV. GUGLIELMETTI, *Riproduzione e riproduzione temporanea*, in *AIDA* 2002, 4 e P. GALLI, *sub art. 13 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit.). L'art. 9 CUB tramite il riferimento alla riproduzione «in qualsiasi maniera e forma» forma sembra già riguardare tutte queste diverse forme di utilizzazione. Ulteriormente l'Agreed statements concerning Article 1(4) WCT conferma l'applicabilità del diritto di riproduzione al contesto digitale ed in particolare afferma che «it is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of Berne Convention».

erano considerate accessorie poiché presupponevano una precedente utilizzazione primaria attraverso la moltiplicazione in copie dell'opera: per cui erano spesso lasciate alla gestione collettiva²⁴. Quest'impostazione è coerente ad una società ove lo sfruttamento delle opere dell'ingegno si svolge principalmente tramite la circolazione di prodotti. Nel corso del tempo però le facoltà di sfruttamento immateriale (ed in particolare la comunicazione al pubblico) hanno permesso l'adeguamento del diritto d'autore al mutato contesto tecnologico ed economico in quanto naturalmente legate allo sviluppo dei mezzi di diffusione delle informazioni: la progressiva evoluzione degli artt. 11-11 ter CUB ne è un esempio evidente. Il progresso tecnologico ed in particolare digitale hanno tuttavia mutato il presupposto della ricostruzione iniziale: nell'odierna società dell'informazione infatti lo sfruttamento delle opere dell'ingegno si svolge (e sempre più in futuro avverrà) tramite la prestazione di servizi digitali inseriti in rete e non per mezzo della circolazione di beni materiali. Quindi lo sfruttamento economico delle opere avviene in misura crescente tramite la loro comunicazione al pubblico piuttosto che attraverso la riproduzione e distribuzione di esemplari. Per cui anche se il legislatore ha mantenuto questa summa divisio pure nel mondo digitale; dal punto di vista economico la nuova dicotomia è tra due modalità di utilizzazione: quella on-line (dominante) e quella off-line (recessiva). Ed il diritto di comunicazione al pubblico (inteso in senso ampio da unificare tutte le facoltà di sfruttamento immateriale) sembra (quantomeno secondo l'approccio comunitario) riguardare tutte le utilizzazioni on line ed anche una parte consistente di quelle off-line²⁵. Reciprocamente il diritto di riproduzione (e più in generale le facoltà di sfruttamento materiale) sembrano assumere un ruolo secondario (e strumentale) nell'ambito delle utilizzazioni on line e riguardare direttamente soltanto le utilizzazioni off-line che implicano la circolazione di copie materiali delle opere²⁶.

3. Nei paragrafi precedenti ho utilizzato l'espressione «sfruttamento immateriale» per definire ogni forma di utilizzazione che porti direttamente le opere dell'ingegno (e i prodotti culturali protetti dai diritti connessi) a conoscenza di più persone senza implicare la circolazione di beni materiali: cioè ogni modalità di comunicazione al pubblico. La comunicazione al pubblico delle opere può assumere forme diverse sulla base del diritto positivo: può riguardare infatti un pubblico presente (come quella disciplinata ex artt. 11 e 11 ter CUB, 15 e 15 bis l.a., cioè legge italiana sul diritto d'autore 22 aprile 1941 n. 633); un pubblico distante tramite l'impiego di un mezzo di diffusione analogico (come quella regolata dall'art. 11 bis CUB e nella prima parte dell'art. 16 co.1 e dall'art. 16 bis l.a.); od ancora può assumere forma interattiva e riguardare sia un pubblico presente che distante (come quella disciplinata anche dagli artt. 8 WCT, 10 e 14 WPPT, e nella seconda parte dell'art. 16 co.1 l.a. tramite «la messa a disposizione dell'opera»). Tuttavia queste diverse modalità sembrano poter essere riassunte in un'ampia definizione di comunicazione al

²⁴ RICOLFI, *Individual and collective management of copyright in a digitale environment*, in TORREMANS, *Copyright law. A handbook of contemporary research*, University of Nottingham and University of Ghent, 2007, 285 ss., afferma a questo proposito che in passato era chiara la distinzione tra utilizzazioni primarie di un'opera (solitamente affidate alla gestione individuale) e secondarie (spesso affidate alla gestione collettiva): le prime infatti implicavano la circolazione di beni materiali mentre le seconde l'utilizzazione immateriale e transitoria delle opere secondo uno schema di comunicazione punto-massa. Sull'emersione del diritto di rappresentazione negli ordinamenti statunitensi, inglese e francese v. GINSBURG, *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, in *Tul. L. Rev.* 1990, 991 ss.; e MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 12 ss..

²⁵ Questo perché il diritto di comunicazione al pubblico (inteso in senso ampio) potrebbe riguardare ogni utilizzazione immateriale e transitoria di un'opera dalla recitazione, esecuzione, e rappresentazione alla trasmissione e diffusione con ogni mezzo tecnico (ad es. via cavo o satellite) e soprattutto con riferimento alle reti telematiche. Secondo quest'impostazione GERVAIS, *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur. Deuxième partie: originalité, créativité et réalignement du droit d'auteur*, cit., 400 afferma che quello della comunicazione al pubblico è «le fragment dominant».

²⁶ Questa è la tesi di fondo di MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 308 s., secondo cui ad esempio «the application of the reproduction right to the exploitation of works over internet rests on the extremely technical argument that every act of electronic delivery involves at least three types of reproduction of works [; instead] copyright law should retain its logical approach of looking to the ultimate effect, rather than the detailed process involved».

pubblico tale da comprendere ogni forma di sfruttamento immateriale e rilevare soltanto sul diverso piano del diritto secondario dei contratti tramite il principio di indipendenza, codificato ad esempio nell'art. 19 l.a..

La comunicazione al pubblico (così ampiamente definita) presenta sia nel sistema di *droit d'auteur* che di *copyright* tre diversi aspetti: (i) quello geografico («the geographical aspect»); (ii) quello secondo cui un'unica comunicazione al pubblico può attribuire più facoltà esclusive («the single rendition /multiple prohibited acts aspect»); ed infine (iii) quello cronologico («the chronological aspect»). Il primo consente all'autore la possibilità di autorizzare la comunicazione della propria opera ad un pubblico distante e non solo ad uno presente. Questo primo aspetto è legato all'invenzione della radio che ha per prima permesso di portare a conoscenza di un pubblico distante le opere dell'ingegno ed ha quindi storicamente provocato il passaggio dal criterio della «communication in public» a quello più flessibile della «communication to the public»²⁷. Il secondo consente invece all'autore di controllare la comunicazione dell'opera ad ogni nuovo pubblico non compreso nell'ambito dell'originaria trasmissione. Questi due aspetti riassumono la nozione anglo-americana di «broadcasting»²⁸. L'invenzione e l'utilizzo del video-on-demand (VOD) e della televisione via cavo hanno invece portato all'emersione del terzo aspetto della comunicazione al pubblico. Infatti in quest'ultimo caso l'opera è comunicata ad un pubblico distante che non solo si trova in luoghi diversi ma anche fruisce dell'opera in momenti differenti²⁹. Questa costruzione e la trasmissione VOD rientrano nella più ampia nozione anglo-americana di «cabling»³⁰. Infine la messa a disposizione delle opere nelle reti informatiche non sembra implicare

27 MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 24.

28 Negli USA in particolare nel vigore del Copyright Act del 1909 «the geographical aspect» è stato riconosciuto con la pronuncia della Corte suprema *Jerome H. Remick and Co. v. American automobile accessories Co.* del 1925 su cui v. supra la nota 152: per cui la trasmissione di un'esecuzione da uno studio di registrazione implica una «public performance» anche se il pubblico degli ascoltatori non è riunito nel medesimo luogo ove questa avviene. Il secondo aspetto invece non è stato chiaramente accolto. Infatti nel caso *Buck v. Jewell La Salle realty Co.* la pronuncia della Suprema Corte USA del 1931 afferma che ogni comunicazione al pubblico non presupposta nel primo atto di trasmissione richiede un nuovo consenso dell'autore: per cui una singola esecuzione o rappresentazione può implicare la possibilità di impedire più atti di comunicazione diversi. Tuttavia il valore di precedente di questa pronuncia è indebolito da tre fattori: (i) una nota della sentenza fa riferimento alla teoria della licenza implicita: per cui può portare a ritenere che il principio prima enunciato non riguardi il caso in cui un primo organismo di trasmissione sia autorizzato all'origine ma solo i soggetti che diffondono senza autorizzazione; (ii) la Corte ha poi stabilito che la ritrasmissione da parte dell'albergatore implicasse anche la lesione del diritto di riproduzione. Per cui (iii) nel caso *Twentieth Century music corporation v. Aiken* del 1975 la Corte non seguì il precedente del caso *La Salle realty*. Infatti la maggioranza dei giudici in una *divided opinion* tracciò un'analogia tra il negoziante (convenuto) che ha installato quattro altoparlanti ed i suoi dipendenti e clienti e chi ascolta una performance dal vivo in un luogo pubblico. Per cui la condotta del negoziante non costituisce una «separate performance». Sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense in questa materia v. *amplius* MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 33 ss.).

29 Questa definizione sembra in qualche modo anticipata dalla dottrina e della giurisprudenza a proposito della comunicazione al pubblico delle opere nelle stanze di un albergo attraverso il riferimento alla cd. *Zeitliche Kumulation* (su cui v. *amplius* COGO, *La comunicazione al pubblico negli alberghi*, in *AIDA* 2007, 503 ss.). Tuttavia questo problema sembra meglio inquadrabile (quantomeno ai fini di questo lavoro) nel secondo aspetto della *communication to the public*. Così MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 43 ss.; GINSBURG, *Copyright and control over new technologies of dissemination*, cit., 1620, secondo cui «one might also look at the hotel's secondary transmission as substituting for a licenced primary transmission by the hotel, for example of live or prerecorded music to radio transmission originates from the hotels to the guest rooms. Were secondary transmission not also a public performance, hotels could avoid taking licenses by switching from live or prerecorded music to radio transmissions» entrambi a proposito della pronuncia della Suprema Corte USA del 1931 nel caso *Buck v. Jewell La Salle realty Co.*

30 Per «cabling» o «cable» si intende «a wire or any conducting device through which electronically generated programmes carrying signals are guided over a distance» (secondo la definizione data da ILO-UNESCO e WIPO, *Annotated principles of protection of authors, performers, producers of phonograms and broadcasting organisations in connection with distribution of programs by cable*, 1984, 131). La facoltà esclusiva di «cabling» nel Regno Unito è entrata a fare parte del catalogo dei diritti attribuiti agli autori con il Copyright, designs and patents act del 1988 [section 7(1)], che lo definiva «a service which consists wholly or mainly in sending visual images, sounds or other information by means of telecommunications system, otherwise than by wireless telegraphy». In Francia invece l'ampia clausola generale relativa allo sfruttamento immateriale già implicitamente comprendeva anche questa forma di

una revisione dei tradizionali fondamenti dello sfruttamento immateriale perché può ragionevolmente rientrare nel terzo aspetto della comunicazione al pubblico: anch'essa infatti riguarda persone «who are dispersed both geographically and chronologically».

4. Ragioni di carattere storico suggeriscono di iniziare con l'esame delle norme rilevanti della CUB. Gli artt. 11-11 ter e 14-14 bis CUB pongono una disciplina minima convenzionale dello sfruttamento immateriale del diritto patrimoniale d'autore: la quale si è progressivamente adattata allo sviluppo tecnologico. Queste norme sono coerenti alla tradizionale distinzione tra esecuzione («public performance») ex artt. 11 (1) e 11 ter (1) CUB e diffusione («communication to the public») ex art. 11 bis CUB.

La prima implica la presenza un pubblico ove è tenuta la performance; la seconda invece esclude l'esistenza di una pluralità di persone nel luogo di origine della comunicazione. E' però importante notare che la «public performance» non deve necessariamente essere eseguita dal vivo secondo il significato accolto nella CUB: basta solo che si rivolga ad un pubblico presente (a differenza delle varie ipotesi di diffusione ex art. 11 bis che riguardano un pubblico comunque

diffusione. E ad esempio la Court d'appel de Paris, 18 settembre 1974, in *RIDA* 1975, nel caso *SACEM v. Hilton Hotel*, decise che la diffusione via cavo di musica nelle stanze di un albergo richiedeva il consenso dell'autore (o dei suoi aventi causa) anche se questa avveniva nell'ambito di un luogo (per altre finalità definito come) privato. Infatti l'insieme degli individui che si succedono in una determinata stanza costituiscono un (nuovo) pubblico siccome tra di essi non vi è alcuna «relation habituelle». La novella del 1985 ha successivamente sostituito il termine «diffusion» con quello più appropriato di «telediffusion» che comprende in un'unica definizione sia la trasmissione tradizionale che quella via satellite come anche la distribuzione via cavo (come evidenziato da KÉRÉVER, *One aspect of the Law 3 July 1985: modernisation of the law of 11 March 1957*, in *RIDA* 1986, 44). Negli USA il Copyright act del 1976 comprendeva ogni attività di trasmissione (anche via cavo) in un'ampia definizione di «public performance». Infatti «to perform a work» significava «to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any devices or process» (così la section 101). In particolare il termine «device or process» comprendeva ogni tipo di apparecchio capace di trasmettere un'opera ed in ogni modo attualmente usato o non ancora inventato: ivi compresa la diffusione via cavo. Per cui nella «public performance» rientravano anche gli atti di diffusione in stanze di albergo e reciprocamente questa categoria di soggetti costituiva un pubblico (in questo senso v. in giurisprudenza *On Command Video v. Columbia Pictures* del 1991). Sull'evoluzione della nozione di «cabling» in questi tre ordinamenti v. amplius MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 227 ss..

L'art. 8 WCT ha chiaramente riconosciuto a livello internazionale l'importanza del video on demand (VOD). Tuttavia questi tre ordinamenti l'hanno evidenziata anche prima del 1996. Innanzitutto negli USA la definizione di «pubblico» comprende anche la comunicazione on demand. M.B. NIMMER and D. NIMMER, *Nimmer on copyright*, Bender, New York, 1987, 8 ss.. già riferiva questo concetto alla situazione in cui uno stesso fonogramma è pubblicamente eseguito in tempi diversi. Così *On Command Video v. Columbia Pictures* cit., ha stabilito che la distribuzione di movie videotapes da parte di un albergatore ai propri ospiti su loro richiesta implica il consenso dell'autore. In Francia per le stesse ragioni prima evidenziate anche il VOD rientra nell'ampia definizione di «représentation» ed in particolare nell'ambito della «telediffusion». Nel Regno Unito infine la definizione di «cable programme service» data dal Copyright act del 1988 comprende nell'ambito del «cabling» l'attività di VOD se fatta però tramite cavo. Quindi l'inclusione di quest'attività nell'ambito delle facoltà esclusive (singolarmente tipizzate o nella forma di una clausola generale) ha evidenziato che l'accoglimento del terzo aspetto («the chronological aspect») della comunicazione al pubblico (così MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 239). Le leggi statunitensi e francesi coprivano il VOD sia se realizzato wired che wireless. Il catalogue approach del diritto inglese invece distingue espressamente «broadcasting» dal «cabling». Il VOD realizzato per mezzo di una trasmissione via cavo rientra sicuramente nel secondo che si riferisce anche a soggetti che ricevono l'opera in momenti differenti. In assenza di una corrispondente previsione anche per il «broadcasting» l'attività di VOD se realizzata wireless non sembra invece chiaramente rientrare nell'ambito di quest'ultima facoltà esclusiva. Sugli atteggiamenti di questi tre ordinamenti nei confronti del VOD v. amplius MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 237 ss.. Il Copyright and related rights regulation del 3 ottobre 2003 in attuazione della dir. 29/01 ha però stabilito la facoltà esclusiva di «broadcasting» comprende anche la distribuzione di programmi via cavo senza più distinguere tra trasmissione wired oppure wireless. Su indicazione delle norme internazionali e comunitarie allora anche il legislatore inglese ha posto un'ampia definizione di «broadcasting» tecnologicamente neutrale e che comprende (quantomeno) ogni comunicazione diretta ad un pubblico distante e che riceve l'opera anche in momenti diversi (così DERCLAYE, *La transposition de la directive "droit d'auteur dans la société de l'information" au Royaume Uni. Quelques aspects relatifs aux droits et aux exceptions*, in *Propriétés intellectuelles* 2004, 599 s.; e SEVILLE, *The United Kingdom's implementation of the copyright directive*, in *RIDA* 2004, 187 s.).

distante)³¹. In particolare l'art. 11 (1) (i) CUB attribuisce il diritto esclusivo di rappresentazione ed esecuzione pubblica con riferimento alle «opere drammatiche, drammatico-musicali e musicali»; anche tramite registrazioni con le quali queste possono essere ascoltate o viste³². L'art. 11 ter (1) (i) CUB estende questa facoltà anche agli autori di opere letterarie (ed alle loro traduzioni sulla base del co.2). L'art. 11 (1) (ii) riguarda invece tutte le forme di trasmissione pubblica dell'opera eseguita o rappresentata³³ ad eccezione della radiodiffusione ex art. 11 bis. L'art. 11 ter (1) (ii) CUB allo stesso modo estende questa facoltà anche agli autori di opere letterarie (ed alle loro traduzioni sulla base del co.2).

L'art. 11 bis CUB³⁴ invece regola la facoltà di diffusione delle opere ad un pubblico distante e disciplina questa materia con un approccio casistico che sembra richiamare il sistema di copyright: per cui distingue varie forme di comunicazione (anche) in relazione alla particolare modalità tecnica impiegata³⁵. Questa norma riguarda tre ipotesi tipiche di comunicazione ad un pubblico distante: (i) la radiodiffusione e la comunicazione al pubblico senza filo; (ii) la ritrasmissione con o senza filo da parte di un organismo di emissione differente da quello originario; ed infine (iii) la comunicazione al pubblico di un'opera radiodiffusa per mezzo di altoparlanti o strumenti analoghi. L'art. 11 bis co.2 CUB permette agli stati unionisti di prevedere licenze obbligatorie in luogo dei diritti esclusivi previsti dal primo alinea per questo tipo di utilizzazioni: con norma quindi non applicabile alle forme di comunicazione a distanza regolate ex artt. 11 (1) (ii) e 11 ter (1) (ii) CUB. Questa previsione rappresenta un compromesso originario tra la visione di *droit d'auteur* che considerava l'utilizzazione radiofonica un semplice adeguamento allo sviluppo tecnologico e quella di copyright che sottolineava invece l'interesse pubblico allo sviluppo culturale insito in questo mezzo. L'art. 14 attribuisce agli autori delle opere letterarie adattate alla cinematografia il potere di controllarne la rappresentazione e la comunicazione al pubblico via filo. Questa norma precisa comunque con particolare riferimento all'adattamento cinematografico facoltà già previste in via generale nelle precedenti disposizioni. Infine l'art. 14 bis dichiara applicabili i diritti previsti dall'art. 14 anche a favore dell'autore dell'opera cinematografica.

La CUB ha allora accolto il primo ed il secondo (anche se con alcune ambiguità) aspetto della comunicazione al pubblico (intesa in senso ampio); il terzo non sembra invece (almeno chiaramente) preso in considerazione. Inoltre non definisce la nozione di pubblico che è allora lasciata alla competenza dei legislatori nazionali. Essa quindi disciplina questa materia in modo incompleto ed asistemico tramite una molteplicità di facoltà distinte. Prevede poi una serie di disposizioni comunque frammentarie, a volte ridondanti nonché legate alla particolare modalità di comunicazione impiegata od alla natura dell'opera rappresentata o trasmessa.. Allora queste norme

31 Così RICKETSON and GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights*, Oxford university press, 2006, 2 ed. vol. I, 706. Quindi come notano questi AA. ad esempio l'ascolto di una registrazione sonora o la visione di un'opera cinematografica può essere qualificato sia come «public performance» ex artt. 11 (1) e 11 ter (1) CUB se è rivolta ad un pubblico presente («if the playing or showing is made before a live audience»); sia come «communication to the public» ex art. 11 bis CUB se riguarda una pluralità di persone distanti raggiunte tramite un procedimento tecnico di trasmissione («if the playing or showing is made by transmission to a remote audience»). Questa differenza è importante in particolare per capire se una comunicazione (in senso generico) effettuata tramite un procedimento tecnico rientra nell'ipotesi ex artt. 11 (1) (ii) e 11 ter (1) (ii) oppure ex art. 11 bis (1) CUB. Analogamente Cogo, *La comunicazione al pubblico negli alberghi*, cit., 507.

32 Cioè solo con riferimento alle opere suscettibili di rappresentazione ed esecuzione e non anche per quelle che possono essere comunicate al pubblico via cavo

33 Comprende quindi la comunicazione al pubblico per mezzo di altoparlanti ad esempio per rendere l'opera percepibile in luoghi diversi rispetto a quello in cui è eseguita; e la comunicazione a distanza via cavo che ricade invece nell'art. 11 bis quando riguarda la riemissione della radiodiffusione di un'opera rappresentata od eseguita. (

34 MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 83, rileva la natura di compromesso di questa norma tra le differenti tradizioni giuridiche di *droit d'auteur* e di copyright: e per questo il co.2 di questa norma permette agli stati di utilizzare lo strumento della licenza obbligatoria.

35 L'art. 11 bis riguarda allora tre ipotesi tipiche di comunicazione ad un pubblico distante: (i) la radiodiffusione e la comunicazione al pubblico senza filo; (ii) la ritrasmissione con o senza filo da parte di un organismo di emissione differente da quello originario; ed infine (iii) la comunicazione al pubblico di un'opera radiodiffusa per mezzo di altoparlanti o strumenti analoghi

difficilmente potrebbero applicarsi all'utilizzazione digitale delle opere dell'ingegno in modo da dettarne una disciplina il più possibile completa ed uniforme. In particolare la messa a disposizione nelle reti informatiche non rientra chiaramente nell'ambito delle facoltà tipizzate dalla CUB. Questa anzitutto distingue a seconda della particolare modalità di comunicazione o della natura dell'opera. Per cui l'art. 11 bis riguarda tutte le opere protette dalla CUB ma non copre ogni modalità di comunicazione ed in particolare quella via cavo; reciprocamente gli artt. 11 (1) (ii) e 11 ter (1) (ii) riguardano questa forma di diffusione ma non con riferimento ad ogni categoria di opera. Ancora la circostanza tecnica che la comunicazione informatica avvenga via cavo o meno potrebbe comportare l'inapplicabilità della licenza obbligatoria ex art.11 bis co. 2: con un conseguente possibile abbassamento del livello di tutela inconciliabile con le esigenze della società dell'informazione. Infine a livello più generale l'ampia formulazione letterale di queste norme potrebbe forse portare a ritenerle applicabili anche alla comunicazione interattiva. Tuttavia una loro interpretazione storica sembra indicare invece che il legislatore internazionale abbia presupposto che il pubblico riceva in modo solo passivo l'opera in luoghi diversi ma nel medesimo tempo. Questo vale quindi a rendere quantomeno problematica una loro applicazione alle «pull technologies» ove l'utilizzatore può ricevere l'opera nel momento da lui personalmente scelto e ricopre quindi un ruolo attivo nella comunicazione.

5. I trattati WIPO del 1996 (il WCT ed il WPPT) pongono invece innanzitutto una disciplina tendenzialmente unitaria della comunicazione al pubblico che supera le lacune e le contraddizioni della CUB; e nel contempo tengono conto anche del «chronological aspect». Infatti queste ultime convenzioni hanno posto pure una disciplina minima convenzionale dello sfruttamento digitale delle opere dell'ingegno e dei prodotti culturali tramite il «right of making available to the public», di cui i TRIPs non hanno potuto occuparsi. Per cui sono indistintamente applicabili sia alle tradizionali «push technologies» che alle più recenti pull technologies».

5.1 E' facile constatare che sul piano delle tecniche di tutela l'art. 8 WCT (al pari degli artt. 10 e 14 WPPT) ha chiaramente attribuito in linea di principio ai titolari dei diritti una facoltà esclusiva di comunicazione al pubblico anche interattiva e non un semplice diritto a compenso. E ciò nonostante una parte della dottrina internazionale e nazionale suggerisca l'impiego di un diritto a compenso, perché più adatto alla disseminazione informatica dei contenuti ed in definitiva alla libertà di espressione ed accesso alla cultura. Questi accordi hanno formulato la facoltà esclusiva di comunicazione al pubblico in termini ampi e conformemente ad un principio di «neutralità tecnologica». Quindi da un lato la protezione riguarda quantomeno tutte le opere tutelate dalla CUB e non solo alcune: infatti l'art. 8 utilizza l'espressione «literary and artistic works»³⁶. Dall'altro la norma de qua pone una disciplina unitaria di questa materia: infatti riguarda «any communication to the public of [...] works». Ed in particolare supera la distinzione tra wired e wireless communications adottata nella CUB. Queste circostanze emergono subito dal confronto tra il dettato degli artt. 11-11 ter CUB e quello dell'art. 8 WCT, come anche sul diverso piano dei diritti connessi da un paragone tra gli artt. 7 (1) lett. a) e 13 lett. a) e d) CR rispetto agli artt. 10 e 14 WPPT.

3.2. L'esame della facoltà tipizzata per estendere la tutela del diritto patrimoniale d'autore all'ambiente digitale è più articolato: ed ha portato a due soluzioni in parte diverse per il WCT ed il WPPT. 1) Una prima impostazione (di origine statunitense) prevedeva l'estensione alle reti informatiche del diritto di distribuzione nella forma dell'«electronic delivery». Questa proposta non è stata però ritenuta soddisfacente su diversi piani. In primo luogo questa facoltà presuppone tradizionalmente l'esistenza di esemplari fisici e del conseguente principio di esaurimento che è

³⁶ L'art. 8 WCT si applica allora a tutte le opere incluse nell'elenco ex art. 2 (1) CUB; come anche ai loro adattamenti ed alle banche dati che li raccolgono. Questa norma si applica anche ai titolari dei diritti su software e databases espressamente protetti ex artt. 4 e 5 WCT

inapplicabile alla realtà digitale ove il titolare non ha la possibilità di determinare la quantità di prodotti immessi sul mercato. Poi a livello diplomatico numerosi stati non riconoscono espressamente questa facoltà: ed a fortiori non sarebbero disposti ad introdurla per disciplinare lo sfruttamento digitale delle opere. 2) Allo stesso modo anche la proposta comunitaria relativa all'impiego del diritto di noleggio (nonostante non implicasse il problema dell'esaurimento) fu ritenuto intrinsecamente legata alla circolazione di beni materiali. 3) Una diversa proposta (ancora di origine statunitense) prevedeva invece l'impiego del diritto di esposizione: che però è stato ritenuto non adatto in quanto riconosciuto in pochi stati (e ad esempio non espressamente disciplinato nella I.a.). Ancora tutte queste proposte si riferivano a facoltà esclusive non regolate dalla CUB.

Le due opinioni più significative riguardo però rispettivamente l'applicazione del diritto di riproduzione proposto dagli USA o del diritto di comunicazione proposto dalla UE. E quindi il più ampio tema dell'impiego di una facoltà di sfruttamento materiale (o distributiva) o di utilizzazione immateriale (o diffusiva). 4) Gli USA proponevano quindi di risolvere il problema dello sfruttamento digitale delle opere tramite un'estensione del diritto di riproduzione: cioè secondo l'approccio tradizionalmente adottato nei confronti di ogni nuovo strumento capace di provocare la moltiplicazione di esemplari di un'opera. Infatti l'impiego di questa facoltà esclusiva si basa sull'argomento (di natura tecnica) secondo cui sia l'uploading che il downloading originano copie temporanee o permanenti nella memoria dell'elaboratore. I diritti di public display e performance avrebbero coadiuvato l'utilizzo del diritto di riproduzione: con la conseguente trasposizione del bundle of rights già esistente nel US Copyright Act nell'ambito digitale³⁷. Questa proposta ha però incontrato alcune obiezioni. A) Anzitutto se il diritto di riproduzione fosse stato esteso anche alle copie temporanee avrebbe riguardato in linea di principio anche quelle transitorie ed accidentali tecnicamente necessarie alla trasmissione informatica. Quindi anche gli ISP (Internet service provider) avrebbero potuto rispondere per violazioni del diritto d'autore relativo a materiale semplicemente trasmesso: con conseguente possibile minaccia allo sviluppo della società dell'informazione. B) Poi solo pochi stati riconoscevano (allora) una facoltà di riproduzione talmente ampia da ricomprendere anche le copie temporanee nella memoria RAM. C) Infine l'utilizzo di questo strumento avrebbe reso più difficilmente comprensibile la distinzione tra comunicazione mediante mezzi analogici e webcasting³⁸. Quindi anche questa impostazione non fu complessivamente accolta.

5) La UE proponeva invece di ricondurre in toto l'utilizzo digitale delle opere nell'alveo delle facoltà di sfruttamento immateriale e più precisamente di considerarlo come un aspetto di un diritto già esistente nella CUB: la comunicazione ad un pubblico distante ex art. 11 bis. L'impiego di questo strumento presentava due vantaggi: l'utilizzo di un'unica ed ampia facoltà (conforme ad un principio di neutralità tecnologica) che si estendesse anche alle opere dell'ingegno non espressamente protette dalla CUB (come ad esempio il software e le banche dati); e quindi una

³⁷ In particolare secondo il White Paper USA la coesistenza di facoltà di sfruttamento materiale ed immateriale nella realtà digitale non sarebbe dovuta essere problematica. Il White Paper USA afferma in particolare che «the fact that some transmissions may constitute a reproduction and a distribution of copies to the public does not mean that transmissions that constitute public performances are not public performances. The scope of public performance right is not diminished by the recognition that a transmission may fall within the scope of the distribution right» (così MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, Giuffrè, Milano, 2005 146). VON LEWINSKI e REINBOHE, *The WIPO Treaties 1996, 2002*, 101 affermano che secondo la proposta USA avanzata nella Fifth Session of the Committee il diritto di comunicazione doveva applicarsi quando nella memoria dell'elaboratore connesso in rete non rimaneva copia dell'opera; reciprocamente veniva in rilievo il diritto di riproduzione quando questo accadeva.

³⁸ Secondo la definizione di MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 284 s. e 288, per webcasting si intende la trasmissione di contenuti tramite internet ad pubblico distante (a livello spaziale e non anche temporale). Infatti rispetto alla tradizionale comunicazione con mezzi analogici cambia solamente il mezzo che in questo caso è digitale. Il webcasting si differenzia invece dalla comunicazione on demand od interattiva: perché questa implica l'esistenza di un pubblico presente o distante ma che può accedere all'opera anche in tempi diversi. L'eventuale utilizzo di un diritto di riproduzione temporanea (esteso anche alla RAM) è infatti molto simile (dal punto di vista del diritto d'autore) a quella che avviene nel tubo catodico di un televisore nelle tradizionali forme di trasmissione analogiche. Per questo l'impiego del diritto di riproduzione renderebbe più incerta questa distinzione

maggior chiarezza nella definizione delle caratteristiche di interattività.

Durante i lavori preparatori del WCT le varie delegazioni erano concordi nell'affermare che l'importante fosse attribuire agli autori (ed ai loro aventi causa) il diritto esclusivo di controllare la circolazione telematica delle opere al di là della sua qualificazione giuridica e quindi della facoltà concretamente impiegata. Questa scelta poteva quindi essere lasciata alle leggi nazionali. Allora il «right of making available to the public» poteva essere attuato all'interno dei vari ordinamenti nazionali sia tramite il diritto di comunicazione al pubblico (distante) secondo l'approccio europeo che di facoltà (anche) distributive sulla base dell'impostazione nordamericana. L'art. 8 WCT considera comunque sulla base dell'impostazione comunitaria il «right of making available to the public» un aspetto del più ampio diritto di comunicazione al pubblico (quantomeno distante): per cui si tratta di una «half-opened umbrella solution». Allora l'applicazione degli artt. 6 e 7 (rispettivamente relativi alle facoltà di distribuzione e noleggio) è esclusa. Diversamente gli artt. 10 e 14 WPPT si riferiscono semplicemente al «right of making available to the public» senza inserirlo nell'ambito delle facoltà di sfruttamento materiale od immateriale: per cui si tratta questa volta di una piena «opened umbrella solution».

Ad ogni modo appare necessario provare a dare una lettura unitaria di questo fenomeno, almeno dal punto di vista internazionale. E (anche a prescindere dall'espressa inclusione del diritto di messa a disposizione nell'ambito dell'art. 8 WCT; come anche della circostanza che molti stati abbiano così interpretato le varie «umbrella solution») lo strumento più adatto per questa finalità sembra proprio la comunicazione al pubblico, quantomeno distante. Infatti il diritto di messa a disposizione sembra innanzitutto integrare «the chronological aspect» dello sfruttamento immateriale delle opere. La sua inclusione nell'ambito delle facoltà di sfruttamento immateriale è poi coerente allo loro progressiva espansione che ha permesso l'adeguamento del diritto d'autore all'evoluzione tecnologica ed economica. Ancora questa conclusione è avvalorata dall'osservazione secondo cui la stessa essenza delle facoltà di sfruttamento immateriale consiste nella messa a disposizione dell'opera ad un pubblico rispettivamente presente, distante o che la riceve anche in tempi diversi. Poi questa soluzione sembra maggiormente riflettere il reale contenuto economico dello sfruttamento informatico delle opere e dei prodotti culturali protetti dai diritti connessi. Quest'impostazione permette anche di prescindere dal dato tecnico della creazione di copie temporanee o stabili nell'operazione di trasmissione, che assume al più valore strumentale anche dal punto di vista giuridico. L'attuazione tramite il diritto di riproduzione implicherebbe infine poi necessariamente il concorso di altre facoltà (che attengono proprio all'ambito dello sfruttamento immateriale): infatti la stessa impostazione nordamericana prevede l'impiego di un bundle of rights.

Quanto appena affermato ha portato un'attenta dottrina ad immaginare una possibile linea di evoluzione della protezione internazionale e nazionale delle opere dell'ingegno. In primo luogo il diritto di comunicazione al pubblico (in senso ampio nella totalità dei suoi tre aspetti) sembra sostituire le varie singole e frammentate facoltà di comunicazione ad un pubblico presente, distante (ad esempio nelle forme della trasmissione via cavo, via satellite e della ritrasmissione) ed interattiva. Ancora questa nozione può essere estensivamente interpretata fino a comprendere forme atipiche di comunicazione al pubblico come ad esempio l'esposizione di un'opera (in esemplare unico) in un museo od in qualunque altro luogo aperto ad una pluralità indistinta di persone. In secondo luogo nel processo di convergenza della facoltà di sfruttamento materiale ed immateriale nell'ambito digitale quest'ultimo sembra rappresentare il paradigma dominante: e proprio sulla base della nozione generale di messa a disposizione al pubblico. Quindi quest'ampia nozione di sfruttamento immateriale (se intesa nella sua essenza di «right of making available to the public») sembra addirittura poter ricomprendere anche facoltà che implicano tipicamente la circolazione di esemplari materiali delle opere. Per cui ad esempio i diritti di noleggio e prestito potrebbero considerarsi come «messa a disposizione dell'opera in forma materiale». Ed ancora quest'ampia facoltà potrebbe far apparire superflui tutti gli altri diritti esclusivi³⁹.

39 Quindi sulla base di un procedimento logico diametralmente opposto a quello che predicava l'applicazione del diritto di noleggio all'utilizzazione informatica delle opere. Per cui «the definition of communication to the public is

6. La norma comunitaria rilevante in materia di comunicazione al pubblico è ovviamente l'art. 3 dir. 2001/29. Al pari delle corrispondenti norme internazionali (artt. 8 WCT, 10 e 14 WPPT che riprende testualmente ed attua nell'ordinamento comunitario) pone una disciplina unitaria del fenomeno che tiene conto di tutti e tre gli aspetti della comunicazione al pubblico evidenziati nel capitolo precedente. In particolare il par.1 di questa norma tramite la previsione del «right of making available to the public» (conformemente alle norme convenzionali) disciplina anche l'aspetto cronologico della comunicazione al pubblico. La norma comunitaria però a differenza di quelle internazionali riguarda nello stesso tempo sia i diritti d'autore che quelli connessi ed in quest'ultimo caso estende la protezione a soggetti ulteriori a quelli presi in considerazione nel WPPT.

6.1. Sulla base delle obbligazioni internazionali anche l'art. 3 utilizza la tecnica di tutela della facoltà esclusiva: ed in modo ancora più netto dell'art. 8 WCT che intende attuare in ambito comunitario. Infatti non prevede alcuna possibilità di degradare questa facoltà esclusiva a semplice diritto a compenso (mentre l'art. 8 WCT fa comunque salvo l'art. 11 bis co.2 CUB con riferimento quantomeno a tutte le forme di trasmissione tradizionali disciplinate in quella norma). Ed opera questa scelta sia con riferimento ai diritti d'autore che a quelli connessi.

Tuttavia in quest'ultimo caso l'art. 1 dir. 2001/29 impone di considerare anche quanto affermato dall'art. 8.2. dalla precedente dir. 92/100 (che pure riprende l'art. 12 CR): secondo il quale le utilizzazioni secondarie dei fonogrammi attribuiscono un semplice diritto a compenso agli aie ed ai produttori fonografici (ivi compresa la «comunicazione al pubblico» via satellite ex art. 4 dir. 93/83). Questa scelta non appare però (i) conforme all'attuale linea di evoluzione del diritto comunitario che tende (come visto) a privilegiare la tecnica di protezione della facoltà esclusiva; e (ii) pone poi gli artisti interpreti ed esecutori e gli imprenditori che scelgono questa modalità di sfruttamento delle proprie creazioni e prodotti culturali in posizione deteriore rispetto a quelli che utilizzino sistemi diversi (ad es. possibilità di ascoltare composizioni musicali on line sempre soggette ad un diritto esclusivo). Per cui questa norma deve essere considerata eccezionale; ed ancora merita un'interpretazione restrittiva. Dal diverso punto di vista delle creazioni protette infine anche l'art. 3 dir 2001/29. analogamente all'art. 8 WCT (ed agli 10 e 14 WPPT) riguarda ogni tipo di opera dell'ingegno (come gran parte dei prodotti culturali tutelati dai diritti connessi).

6.2. Analogamente a quanto detto a proposito del WCT l'esame della facoltà tipizzata impiegata per estendere la tutela del diritto patrimoniale d'autore all'ambiente digitale è invece più complesso. Infatti anche a livello comunitario sono state studiate ed avanzate diverse proposte. Innanzitutto era però chiaro sin dal principio che (conformemente a quanto affermato nel Green Paper del 1995) la disciplina del diritto d'autore nelle reti informatiche non avrebbe dovuto condurre a cambiamenti radicali delle varie leggi nazionali o ad utilizzare tecniche di protezione sui generis ma invece a privilegiare l'impiego di strumenti (e quindi in questo caso di facoltà tipiche) già esistenti.

Poi la direttiva 2001/29 ha chiaramente scelto di disciplinare lo sfruttamento interattivo delle opere tramite una regola di diritto materiale anziché una di diritto internazionale privato. Ciò anche perché (l'impiego di) quest'ultimo strumento richiederebbe un'armonizzazione ancora maggiore a pena della delocalizzazione dei servizi verso gli stati che prevedono un livello minore di protezione: con un'ulteriore ostacolo alla formazione di un mercato unico comunitario in questo settore.

A) Una prima impostazione (conformemente a quanto già suggerito a livello internazionale) proponeva l'utilizzo del diritto di distribuzione. Questa scelta poteva forse emergere

the making available of works to the public, it could easily encompass these two rights, particularly because, unlike the rental and public lending rights, it is flexible enough to encompass the dissemination of works in material as well as non-material forms» (così MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 292).

dalla formulazione letterale di alcune disposizioni delle direttive software e banche dati: e in particolare quest'ultima includeva la «messa a disposizione del pubblico» proprio nell'ambito di tale facoltà esclusiva. L'impiego di questo diritto esclusivo pareva poi risolvere l'inconveniente di dover estendere la comunicazione al pubblico anche a soggetti che ricevevano l'opera in tempi diversi: perché tale facoltà non richiede che la vendita o l'offerta al pubblico a differenti individui avvenga nello stesso momento. Anzitutto quest'impostazione risale ai primi momenti in cui gli organi comunitari hanno riflettuto e disciplinato lo sfruttamento digitale delle opere. Poi l'applicazione della facoltà esclusiva di distribuzione pone il diverso inconveniente del coordinamento sistematico con il principio di esaurimento che presuppone la circolazione di beni materiali. Per questo il considerando 28 e l'art. 4 dir. 2001/29 chiaramente indicano che il diritto di distribuzione è applicabile solo ad esemplari materiali.

B) Una seconda opinione proponeva l'impiego del diritto di noleggio già riconosciuto ed armonizzato nell'art. 1 dir. 92/100. I problemi sollevati dal noleggio e dalla messa a disposizione nelle reti informatiche potevano dunque sembrare (almeno a prima vista) in parte analoghi. Infatti in entrambi i casi si trattava di attività idonee ad ampliare il numero dei soggetti che potevano godere dell'opera: le quali in assenza di una facoltà esclusiva ad hoc si risolvevano in un vantaggio (non per gli autori ed i loro aventi causa ma) per i soggetti che svolgevano attività di intermediazione relativamente a questi beni. E proprio per questo il diritto comunitario prevedeva che il principio di esaurimento non si applicasse alla facoltà esclusiva di noleggio. Solo in un caso la facoltà esclusiva atteneva allo sfruttamento materiale; nell'altro a quello immateriale. Ed è proprio questo aspetto che ha sconsigliato l'impiego del diritto di noleggio: infatti tale facoltà esclusiva appare necessariamente presupporre l'esistenza di esemplari materiali. Per cui questa proposta appare in definitiva una variazione sul tema rispetto all'impiego del diritto di distribuzione.

C) I vari studi preliminari della Commissione e di conseguenza l'art. 2 della direttiva disegnano un ampio diritto di riproduzione esteso anche a quella temporanea. E lo fanno tramite la ripresa dell'art. 9.1. CUB e la generale estensione di quanto già previsto a livello particolare nelle direttive su software, diritti connessi e banche dati: i quali a livello internazionale e comunitario hanno contribuito ad ampliare progressivamente questa nozione a copie non fisicamente percepibili e anche temporanee. Infatti l'attribuzione di una generale facoltà esclusiva di riproduzione permette ai titolari dei diritti di impedire ogni successiva modalità di utilizzazione non espressamente autorizzata: e questo è un presupposto essenziale per attribuire loro il controllo dello sfruttamento digitale delle proprie opere. Quindi poteva sembrare (almeno in un primo momento) che la UE avesse deciso di utilizzare questa facoltà esclusiva come strumento principale nel contesto digitale: per cui il diritto di comunicazione al pubblico avrebbe avuto un ruolo sostanzialmente secondario e limitato a situazioni che non rientravano chiaramente nell'ambito di applicazione del primo. A tacer d'altro comunque l'impiego a livello generale del diritto di riproduzione per disciplinare lo sfruttamento digitale delle opere apparirebbe dovuto ad un argomento di natura puramente tecnica: la creazione di copie temporanee o permanenti negli elaboratori tra loro connessi; e rischierebbe quindi di non considerare adeguatamente il reale contenuto di quest'operazione (sia da un punto di vista giuridico che economico) la quale consiste nella trasmissione informatica di un'opera ad un pubblico che la può ricevere in luoghi ed anche tempi differenti. Ancora l'impiego del diritto di riproduzione richiede comunque il concorso di altre facoltà di sfruttamento immateriale, come visto a proposito dell'approccio nordamericano.

D) Tuttavia una successiva e forse più meditata impostazione comunitaria ha ritenuto invece maggiormente corretto il ricorso all'area delle facoltà di sfruttamento immateriale e precisamente l'estensione della comunicazione ad un pubblico distante ex art. 11 bis CUB: la quale tradizionalmente ha permesso l'adeguamento del diritto patrimoniale d'autore allo sviluppo tecnico dei nuovi mezzi di trasmissione. Generalmente i vari stati membri conoscevano varie e frammentate forme di comunicazione al pubblico: ad esempio l'esecuzione di un'opera innanzi ad un pubblico presente o la sua trasmissione ad uno distante che in ogni caso ne fruiscono nello stesso momento. La giurisprudenza comunitaria poi riconosce da tempo ai titolari dei diritti la possibilità di

autorizzare ogni ulteriore comunicazione ad un pubblico nuovo o diverso: conformemente al principio di indipendenza ed alla generale possibilità di determinare autonomamente le dimensioni di disponibilità della propria opera. Sulla base dei medesimi principi gli artt 2 e 8 dir. 1993/83 riconoscono *expressis verbis* le facoltà esclusive di comunicazione al pubblico via satellite e di ritrasmissione via cavo, tra loro indipendenti⁴⁰. Quindi il diritto e la giurisprudenza comunitari sembrano implicitamente presupporre l'aspetto geografico della comunicazione al pubblico ed esplicitamente riconoscerne il secondo: per cui un'unica attività di comunicazione può attribuire più facoltà esclusive. Allora la disciplina comunitaria del «right of making available to the public» ulteriormente accoglie l'aspetto cronologico della comunicazione al pubblico.

L'art. 3.1. dir. 2001/29 riprende (relativamente al «right of making available») quasi letteralmente gli artt. 8 WCT, 10 e 14 WPPT: solo ne estende l'ambito soggettivo di applicazione

40 La Corte di giustizia ha affrontato questo tema con le note pronunce CGCE 18 marzo 1980, C 62/79, *Coditel I*, in *Foro it.* 1981, IV, con nota di PARDOLESI; e in *IDA* 1980 con nota di FABIANI, e CGCE 6 ottobre 1982, C 262/81, *Coditel II*, ivi 1983, con nota di L.C. UBERTAZZI. La prima decisione ha espressamente ricondotto anche il diritto (patrimoniale) d'autore alla nozione di «proprietà industriale e commerciale» ex art. 30 Trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE) tramite una lettura estensiva di questo concetto: perché il diritto comunitario (anche ammesso non riguardi la tutela morale e più in generale gli aspetti culturali della materia) è sicuramente applicabile alle facoltà esclusive di sfruttamento economico. E questo sulla base di una tendenza già emersa con la pronuncia CGCE 8 giugno 1971, C 78/70, *Deutsche Grammophon*, in *IDA* 1971, 341 ss., e in *Annales Prop. Industrielle artistique e littéraire* 1971, 222 ss., con nota di COLLIN, che aveva applicato questa norma al diritto connesso del produttore fonografico. Il thema decidendum della pronuncia *Coditel I* riguardava in particolare l'applicazione del principio di esaurimento (comunitario) all'ipotesi di un'ulteriore diffusione via cavo di un'opera cinematografica. E a questo proposito la Corte stabilisce che il diritto (patrimoniale) d'autore su di un'opera cinematografica attribuisce la facoltà di ottenere una remunerazione per ogni attività di rappresentazione ivi compresa quella televisiva; e che i titolari possono limitare geograficamente questi diritti anche in relazione ai vari stati comunitari senza creare una barriera artificiale alle relazioni economiche. I giudici sembrano distinguere poi tra sfruttamento materiale ed immateriale e dichiarare l'inapplicabilità del principio di esaurimento solo alla seconda modalità di utilizzazione. Per cui questa pronuncia della Corte ha per prima affermato il principio in base al quale la trasmissione via cavo costituisce una forma di comunicazione ad un pubblico nuovo e diverso rispetto a quello per cui è stata concessa l'originaria autorizzazione: e quindi necessità di un nuovo consenso del titolare dei diritti ex art. 11 bis CUB (per la contrarietà di questa decisione al principio dell'esaurimento comunitario v. però POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, Les sort des exemplaires en droit d'auteur*, cit., 470 ss.). Pure la pronuncia *Coditel II* dichiara applicabili le norme comunitarie al diritto d'autore. Essa però riguarda maggiormente il diritto comunitario antitrust: e si domanda in particolare se un contratto con cui un'impresa cede il diritto esclusivo di rappresentare un'opera cinematografica limitatamente ad uno stato membro sia conforme a queste regole. Nonostante la contraria opinione della Commissione la Corte afferma che quest'accordo non provoca un'artificiale ed ingiustificata limitazione alla concorrenza all'interno del mercato comune e quindi sia certamente lecito sotto questo profilo. E poi riprende e conferma quanto già affermato dalla pronuncia *Coditel I* (che è ulteriormente ribadito da CGCE 13 luglio 1989, *Tournier*, in *GADI* 1990, 2583).

Successivamente gli artt. 2 e 8 dir. 1993/83 hanno rispettivamente stabilito che «gli Stati membri riconoscono all'autore il diritto esclusivo di autorizzare la comunicazione al pubblico via satellite di opere protette dal diritto d'autore» e che «gli Stati membri garantiscono che la ritrasmissione via cavo nel proprio territorio di emissioni di radiodiffusione provenienti da altri Stati membri avvenga nel rispetto dei pertinenti diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla base di contratti individuali o collettivi conclusi tra i titolari dei diritti d'autore, i detentori dei diritti connessi e i cablodistributori».

SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 396 ss., a questo proposito dichiara che tali affermazioni della giurisprudenza e delle norme comunitarie sembrano presupporre un più generale principio secondo cui il titolare vanta una facoltà autonoma su tutte le utilizzazioni di secondo grado della propria opera. Questa regola in alcuni casi può apparire come una diversa formulazione del principio di indipendenza delle facoltà esclusive; altre volte riguarda l'esercizio di una medesima facoltà esclusiva. Ed in questo secondo caso rientra ad esempio l'ulteriore diffusione di un'emissione già trasmessa in una zona differente e ad un nuovo pubblico. Tuttavia la pronuncia del BGH 7 novembre 1980, in *GRUR* 1981, 413, (su cui v. amplius SARTI, op. cit., 397 s.) sembra contraddire questa regola: perché ha ritenuto il principio di esaurimento applicabile analogicamente anche ai diritti di diffusione di un'opera televisiva. In questo caso però l'applicazione dell'esaurimento da un lato non può essere giustificata con ragioni di tutela dell'affidamento; dall'altro non è conforme al diverso principio che permette al titolare di determinare autonomamente il numero degli esemplari di un'opera che circolano in un mercato tipizzato dal legislatore. Infatti questa possibilità non riguarda anche le facoltà di sfruttamento immateriale: ove invece la trasmissione ad un nuovo pubblico allarga l'ambito dei soggetti che possono accedere all'opera. Per cui i principi di esaurimento, di indipendenza dei diritti e dell'estensione dell'esclusiva alle utilizzazioni secondarie affermano la possibilità del titolare di controllare ogni atto idoneo ad aumentare le dimensioni di disponibilità dell'opera (come anche del prodotto culturale tutelato dai

ad altri titolari di diritti connessi (e non solo agli artisti interpreti ed esecutori ed ai produttori fonografici). Ancora questa norma comunitaria (sulla base dei modelli internazionali) attribuisce rilievo alla semplice (e potenziale) possibilità di accedere all'opera (od ai prodotti culturali protetti) e non alla loro attuale trasmissione: anche per evitare eccezioni simili a quelle sollevate nel famoso caso *Shetland Times*⁴¹.

Ad ogni modo la direttiva non preclude (ed anzi ritiene possibile) l'applicazione cumulativa delle facoltà esclusive di riproduzione e comunicazione al pubblico per assicurare una protezione più completa ed efficace possibile nel nuovo ambito telematico. Tuttavia un loro coordinamento sistematico fa apparire il ricorso alla prima solo strumentale e di secondaria importanza: secondo un'impostazione diametralmente opposta a quella che sembrava accolta in un primo momento dal legislatore comunitario.

7. L'attuale linea di evoluzione del diritto internazionale e comunitario tende quindi al progressivo rafforzamento della tutela degli autori tramite la tecnica dell'esclusiva ed alla semplificazione e riduzione del numero della facoltà tipizzate, come visto nel par. 2. In particolare l'evoluzione della facoltà esclusiva di comunicazione al pubblico a livello internazionale e comunitario evidenzia anche che la descrizione del contenuto delle singole facoltà tipizzate è sempre più atipica: esse infatti sono ora generalmente definite in modo ampio, conformemente al principio di cd. «neutralità tecnologica». Quindi è possibile ritenere che il modello delle singole facoltà fortemente tipizzate e legate al particolare mezzo tecnologico impiegato (ad esempio gli artt. 11 e 11 bis CUB) sia recessivo. E questo pure nel sistema di copyright, anche tramite l'attuazione dei trattati WIPO e della dir. 2001/29.

Ma vi è di più. Negli ordinamenti ove si è sviluppata la tradizione di copyright alcuni studi sono orientati in questo senso: e precisamente propongono quindi una forte riduzione del numero delle facoltà tipizzate od anche l'introduzione di una clausola generale, sul modello degli ordinamenti di *droit d'auteur*. Ad esempio in Australia il progetto presentato dalla Copyright law review committee (d'ora innanzi CLRC), *Simplification of the copyright act 1968, Part 2 – Categorisation of subject matter and exclusive rights and other issues* (del febbraio del 1999), propone la riduzione delle otto attuali facoltà esclusive a due soltanto concepite in modo tecnologicamente neutrale: il «right of reproduction» e il «right of dissemination to the public»⁴².

diritti connessi). Ad ogni modo il comportamento di questi soggetti può essere valutato dal punto di vista del diritto antitrust nel caso in cui possa provocare restrizioni alla concorrenza.

41 In questo senso VON LEWINSKI, *A successful step towards copyright and related right in the information age: the new E.C. Proposal for harmonisation directive*, in *EIPR* 1998, 136; e MAKEEN, *Copyright in a global information society*, cit., 302. La Court of Session in Scotland, 24 ottobre 1996, *Shetland Times*, in *Fleet street reports* 1997, 604 ss., ha ricondotto il deep-linking al «cable programme service» sulla base del previgente art. 7 del Copyright Act. La causa riguardava la ritrasmissione via internet da parte di Shetland News dei titoli del giornale telematico Shetland Times. Tuttavia la difesa aveva provato ad affermare che la messa a disposizione su internet non implicava l'invio di informazioni: per cui quest'attività poteva essere ricompresa nell'eccezione definita dal previgente art. 7 (2). Infatti l'opera messa a disposizione era trasmessa e ricevuta da coloro che accedevano al sito e non ad opera dal convenuto. Per cui mancava il requisito di un'attuale attività di trasmissione da parte di questi. Lord Hamilton ha però affermato che questo comportamento del convenuto ben poteva implicare la diffusione di queste informazioni. Tuttavia la dottrina inglese ha osservato che «the concept of “cable programme service” is, perhaps, being over-stretched somewhat to encompass the Internet medium» (così CAMPBELL, *Copyright of the internet: the view from Shetland*, in *EIPR* 1997, 256) e che quest'attività poteva essere esentata proprio ex art. 7 (2) la cui applicazione avrebbe potuto essere ragionevolmente estesa anche alle trasmissioni interattive.

42 A questo proposito il *Simplification of the copyright act 1968* afferma che «The envisaged approach provides for two exclusive economic rights, the right of reproduction and the right of dissemination to the public, and two exclusive moral rights, the right of attribution and the right of integrity. The two exclusive economic rights apply to both categories of protected subject matter. The two economic rights also both apply to activities that are conducted in relation to material that is in tangible form, and material that is in intangible form. However, the activities that fall within the broad economic rights may themselves be based upon a distinction between the exploitation of material in a tangible or intangible form. For example, the right of distribution (discussed at paragraphs 4.10–4.56), which describes a subset of the activities that fall within the broad right of dissemination to the public, is limited to the distribution of material in tangible form. Further, for both categories of economic rights, there is a significant degree of harmonisation

In particolare quest'ultima facoltà è formulata in termini ancora più ampi dell'interpretazione qui proposta dell'art. 3 dir. (che riguarda ogni modalità comunicazione al pubblico) e comprende non solo ogni forma di sfruttamento immateriale, ma anche il diritto di distribuzione degli esemplari e quindi ogni tipo di messa a disposizione del pubblico di beni protetti. Il rapporto della CLRC australiana ha poi ispirato un'analoga proposta per la riforma del Copyright, designs and patent Act del 1988: che prevede la riduzione delle preesistenti sei facoltà esclusive alle due prima descritte: e con un'estensione ancora più ampia del «right of dissemination to the public» tale da comprendere anche il diritto di esposizione al pubblico⁴³. Ancora negli USA parte della dottrina ha proposto la sostituzione dell'attuale bundle of rights e delle relative eccezioni con un più semplice «exclusive right of commercial exploitation»: cioè una clausola generale di sfruttamento economico funzionalmente orientata a ricomprendere ogni tipo di utilizzazione svolta a scopo di lucro⁴⁴.

8. La descrizione dei possibili sistemi di protezione del diritto d'autore a livello

of the application of the activities that comprise the right to all the material within each category of protected subject matter. The two exclusive moral rights apply only to the category of protected subject matter that is the result of significant intellectual effort by the person who undertakes its creation». Quest'ultima ed ampia facoltà non però comprendere anche il right of exhibition perché «[t]he equivalent of a performance right in relation to an artistic work would seem to be the right of 'public exhibition' of the work. Although the Berne Convention does not require such a right, a few countries in the Berne Union have expressly provided a public exhibition right in their domestic laws, in some cases as a component of an artist's moral rights. Beyond the general arguments made for equality in the treatment between artistic works and other works [...] no specific argument was made to the Committee for an exhibition right to be granted to artists. For these reasons, the majority of the Committee proposes that the envisaged approach not provide an exhibition right for artistic works. To achieve this, special provision should be made in the implementing legislation to the effect that the right of dissemination to the public does not include exhibition of an artistic work». Questo studio prevede anche la riduzione delle categorie di opere protette a due «creation» e «production»: le prime sono «a tangible or non-tangible embodiment of subject matter in the literary or artistic domain that is the result of a significant intellectual effort by the person who undertakes its creation»; e le seconde sono «a tangible or non-tangible embodiment, other than a Creation, of subject matter in the literary or artistic domain that is the result of the application of time, effort and resources by the person who undertakes its production. Without limiting the generality of this definition, a Production is defined to include a broadcast and a published edition». Il medesimo studio prevede anche la riduzione a due delle facoltà morali: il «right of attribution» e il «right of integrity». Sul *Simplification of the copyright act 1968* e più in generale sull'adattamento della legislazione australiana ai trattati WIPO del 1996 v. in dottrina WEATHERALL, *An end to private communications in copyright? The expansion of right to communicate work to the public*, in *EIPR* 1999, 349 ss.; e per un commento critico RICKETSON *Simplifying copyright law, proposals from down under*, in *EIPR* 1999, 537 ss.; e APLIN, *Contemplating Australia's digital future: the copyright amendment (Digital Agenda) act 2000*, ivi 2001, 565 ss.. In particolare Ricketson a p. 546., afferma che il right of dissemination riguarda beni protetti sia in forma materiale che immateriale e riassume «the existing public performance right, the existing publication right, the broadly based right of communication to the public which has now been proposed by the Government in its Digital Agenda reforms and the right of distribution that is contained in the WCT and WPPT»; e quindi non riconosce l'indipendenza della facoltà esclusiva di distribuzione espressamente contemplata nei trattati WIPO.

43 Questa proposta è formulata da CHRISTIE, *A proposal for simplifying United Kingdom copyright law*, in *EIPR* 2001, 26 ss., e relativamente ai diritti esclusivi 37 s., il quale afferma che il right of dissemination comprende «the current exclusive rights of distribution, rental, performance, broadcasting, and inclusion in a cable programme service. In addition [...] includes the two broadly based right contained in the Information Society Directive, namely the right of communication (including making available) to the public and the right of (physical) distribution to the public»: ed afferma che la tendenza ad applicare il right of dissemination to the public «to all subject-matter other than published editions» è coerente all'attuale linea di evoluzione del diritto internazionale e comunitario. Quest'ampia facoltà poi si estenderebbe anche al right of public exhibition: perché sarebbe l'equivalente del diritto di rappresentazione per le opere artistiche (in esemplare unico). Il right of reproduction include invece (soltanto) «[the] activities within the current right of copying (i.e making literal copy), the current right of reproduction in a material form (i.e. making non-literal copy) and the current right of adaptation».

44 In questo senso v. LITMAN, *Digital copyright*, Prometheus books, New York, 2006, 171 ss., la quale sul presupposto che la facoltà esclusiva di riproduzione non sia più il fondamento del copyright e dalla formulazione eccessivamente tecnica della legislazione statunitense propone (a pag. 180) che «we would stop asking whether somebody's actions resulted in the creation of a "material object ... in which a work is fixed by any method now known or later developed" and ask instead what effect those actions had on copyright holder's opportunities for commercial exploitation».

internazionale ed europeo e dell'evoluzione della facoltà esclusiva di comunicazione al pubblico consiglia ora di riflettere sull'attuale significato del rapporto tra clausola generale ex art. 12.2 l.a. e le singole facoltà tipizzate previste nei successivi artt. 13-18-bis nell'ordinamento italiano. Esistono tuttavia diverse opinioni sulla nozione di «utilizzazione economica» ex art. 12 l.a.. E' pacifico che in questa definizione rientrino quantomeno tutte le attività economiche di intermediazione dell'opera svolte dai terzi. Il problema riguarda allora l'estensione dell'esclusiva alle utilizzazioni cd. private dell'opera. Una prima opinione in dottrina ritiene che tale questione debba essere risolta diversamente a seconda dei vari casi. L'opinione maggioritaria ritiene che sia sempre escluso quantomeno il mero godimento dell'opera. Tuttavia un'opinione in dottrina afferma che anche l'uso privato il quale (non riguardi un godimento essenzialmente spirituale ma) rilevi come fattore di affermazione concorrenziale dell'utilizzatore rientri nell'esclusiva. Ad ogni modo il mero godimento non riguarda soltanto l'utilizzo individuale dell'opera ma anche quello che avviene quantomeno nella «cerchia ordinaria della famiglia» secondo il principio generale ex art. 15 co.2 l.a..

L'esistenza dell'ampia clausola generale ex art. 12 l.a. porta quindi a chiedersi quale sia il ruolo delle singole facoltà tipizzate: poiché come visto ogni nuova utilizzazione resa possibile dallo sviluppo tecnologico rientra di per sé nella prima, anche in assenza di un'espressa modifica legislativa.

1) Anzitutto esso è frutto dell'evoluzione storica poiché le leggi previgenti (art. 1 l. 25 giugno 1865 n. 2237 e art. 8 r.d.l. 7 novembre 1925 n. 1950) accoglievano il modello delle singole facoltà tipizzate.

2) Poi i singoli diritti esclusivi contribuiscono a definire il contenuto della stessa clausola generale perché da un lato determinano ciò che sicuramente rientra nell'area dell'utilizzazione economica; dall'altro concorrono a definirne alcuni limiti. E questo favorisce in alcuni casi la certezza del diritto; ed avvalorando ulteriormente interpretazioni estensive delle singole facoltà di utilizzazione già suggerite ex artt. 12.2 e 19 l.a.. Ad esempio l'art. 1 dlgs. 23 ottobre 1996 n. 581 ha precisato che rientra nel diritto di comunicazione ad un pubblico distante anche «la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo»; analogamente l'art. 1 l. 18 agosto 2000 n. 248 ha specificato che questo diritto si estende alla comunicazione «codificata con condizioni di accesso particolari». Infine il dlgs. 9 aprile 2003 n. 68 ha aggiunto il riferimento alla «messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente». Ancora l'art. 2 dlgs. 16 novembre 1994 n. 685 (dando attuazione alla dir. CE 92/100) ha introdotto l'art. 18 bis l.a. relativo ai diritti esclusivi di prestito e di noleggio, recependo l'orientamento favorevole della dottrina e della giurisprudenza prevalenti.

3) Ancora il significato delle singole facoltà tipizzate rispetto alla clausola generale deve essere letto alla luce del principio di indipendenza ex art. 19 l.a., che tutela l'interesse del titolare a massimizzare il rendimento degli investimenti sostenuti per la creazione e diffusione di opere dell'ingegno ed a realizzare nella loro utilizzazione economie di scala; e promuove quindi uno sfruttamento il più possibile efficiente delle opere dell'ingegno, anche a vantaggio del pubblico e del funzionamento del mercato. L'esistenza di una serie di facoltà tipizzate allo stesso modo consente agli autori ed ai loro aventi causa la possibilità di negoziare l'utilizzazione dell'opera su di una serie di mercati differenti e quindi di provare a massimizzare i propri profitti nei nuovi e diversi settori rilevanti per lo sfruttamento delle opere dell'ingegno. Il favor per questa forma di «frazionamento legale» poi non riguarda soltanto le facoltà tipizzate di per sé considerate (riproduzione, comunicazione al pubblico, distribuzione, etc.) ma anche le singole forme di sfruttamento economico che compongono le medesime. In questa prospettiva sono ad esempio autonome la riproduzione permanente e temporanea e la trascrizione all'interno del diritto di riproduzione ex art. 13, la comunicazione ad un pubblico presente, ad uno distante, la comunicazione ad un pubblico ulteriore rispetto a quello prima considerato e la trasmissione interattiva; la traduzione, l'adattamento e la pubblicazione di opere in raccolta ex art. 18 l.a..

Il favor per questa forma di «frazionamento legale» desumibile sia dall'esistenza di più facoltà tipizzate a fronte della clausola generale e del principio di indipendenza, non vieta ed anzi

incoraggia l'autonomia privata a ricercare e promuovere forme di «frazionamento contrattuale» diverse ed ulteriori. Questo fenomeno può riguardare ad esempio il diritto di distribuzione: per cui l'autore può concedere più licenze relative alla medesima opera, che hanno tuttavia ambito territoriale differente; od un parte si può riservare la distribuzione su di un determinato segmento del mercato di riferimento

9. I fenomeni di moltiplicazione e convergenza delle facoltà esclusive nella società dell'informazione possono facilmente comportare una sovrapposizione dei rispettivi ambiti di applicazione. E questo vale in particolare per riproduzione e comunicazione al pubblico in ambito digitale. Sia la dir. 2001/29 sia le leggi nazionali di attuazione (e ad esempio quella italiana) prevedono in linea di principio il cumulo tra facoltà esclusiva di riproduzione e comunicazione al pubblico nell'ambito dello sfruttamento digitale⁴⁵: anche perché ogni forma di diffusione informatica implica (almeno dal punto di vista tecnico) la creazione di copie stabili o temporanee negli elaboratori tra loro connessi, ovviamente a prescindere dagli atti di riproduzione e dalle copie realizzate ex art. 5.1. dir. 2001/29 che per definizione ricadono al di fuori dell'area dell'esclusiva definita nell'art. 2. Lo *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29 on the harmonisation of certain aspect of copyright and related rights in the information society* dell'Institute for information law dell'Università di Amsterdam su incarico della Commissione (pubblicato nel febbraio 2007) ha evidenziato la possibilità di una sovrapposizione tra facoltà esclusiva di riproduzione ex art. 2 dir. 2001/29 e making available right ex art. 3 dir.: la quale si potrebbe tradurre dal punto di vista del diritto secondario nella richiesta di un duplice consenso (e quindi pagamento). Lo stesso deve dirsi per gli artt. 13 e 16 l.a.. Lo studio olandese cita l'esempio del webcasting che richiede in linea di principio sia il consenso per la comunicazione al pubblico sia quello per gli atti accessori di riproduzione e paragona questa forma di «distribuzione» on line a quella che avviene nel mondo reale, che necessita del consenso per un solo atto di sfruttamento e quindi di un unico pagamento. Precedentemente ho sottolineato il ruolo strumentale della facoltà esclusiva di riproduzione per quanto riguarda lo sfruttamento delle opere dell'ingegno dovuto prima all'emersione di nuove forme di trasmissione e poi alle reti informatiche. E ciò è suggerito da un'impostazione che guardi all'effetto sostanziale dell'utilizzazione delle creazioni protette perseguita dalle parti, più che ai singoli diritti patrimoniali coinvolti: e che quindi tenga conto del reale contenuto di queste operazioni da un punto di vista sia giuridico sia economico. In questo quadro allora sia la trasmissione informatica tra più soggetti di materiali protetti come anche la loro messa a disposizione nelle reti digitali (nel senso precisato nella seconda parte dell'art. 3.1. dir.) sono sostanzialmente operazioni di comunicazione ad un pubblico più o meno vasto. Per cui ottenuto il consenso per una o più delle diverse forme di comunicazione informatica al pubblico (tra loro ovviamente indipendenti) quello per le connesse e tecnicamente necessarie operazioni di riproduzione dovrebbe ritenersi implicito sulla base della teoria dell'oggetto e dello scopo del contratto (cd. Zweckübertragungstheorie).

10. Il tema delle clausole generali riguarda anche le libere utilizzazioni. Anche in quest'ambito è necessario chiedersi i) se esiste una clausola generale; e ii) se le libere utilizzazioni espressamente previste dal legislatore possano essere interpretate analogicamente. L'art. 9.2 CUB

⁴⁵ A questo proposito ROMANO, *L'opera e l'esemplare nella proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2001, 209 ss. afferma che nell'ambito digitale la differenza tra facoltà esclusiva di riproduzione e comunicazione al pubblico debba essere ricercata (non come nel campo delle utilizzazioni tradizionali sulla base del mezzo tecnico impiegato) ma nella modalità di remunerazione prescelta dall'autore. Per cui solo nel primo caso l'utilizzatore acquisterebbe la disponibilità non temporalmente limitata dell'opera e quindi una possibilità di fruizione analoga all'acquisto di un esemplare materiale; mentre nel secondo potrà utilizzare la stessa solo accedendo alla stessa di volta in volta. Tuttavia (come affermato nel successivo par.) questa distinzione mi sembra riguardi due diverse modalità di messa a disposizione interattiva di un'opera: quella cd. «diffusiva» e quella cd. «distributiva»: e non tra le due facoltà esclusive. Anche perché solo riconducendo in entrambi i casi queste modalità di sfruttamento al diritto di comunicazione al pubblico è sicuramente possibile evitare l'esaurimento della copia oggetto di downloading.

pone una regola (nella forma della clausola generale) nota come «three step test» relativa alle eccezioni che gli stati membri possono prevedere al diritto di riproduzione. Gli artt. 13 TRIPs e 10 WCT (come anche il corrispondente art. 16 WPPT) hanno elevato questa regola a principio generale per il governo delle «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore ed ai diritti connessi anche in ambito digitale: per cui si può parlare a questo proposito di «supranational fair use doctrine». Questa regola è stata infine ripresa nel diritto comunitario dall'art. 5.5. dir. 2001/29 sul diritto d'autore nella società dell'informazione, che ha recepito nell'ordinamento comunitario i trattati WIPO. Questa clausola generale impone dunque alla norme interne di prevedere eccezioni alla protezione: (i) in casi speciali; (ii) che non interferiscono con il «normale sfruttamento» di un'opera; ed infine (iii) che non determinino un «pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi» del titolare. Di particolare interesse anche per comprendere più facilmente il significato di questi tre criteri è la WTO Panel decision on section 110(5) of the US Copyright act WT/DR160/R tra la UE ed il governo statunitense. La UE sosteneva che questa norma statunitense non fosse conforme agli artt. 11 e 11 bis CUB (richiamati ex art. 9.1 TRIPs) perché liberalizzava la diffusione al pubblico di musica trasmessa da emittenti televisive o radiofoniche da parte di esercizi commerciali che non superassero una determinata estensione con l'eccezione delle attività di ristorazione (e precisamente 186 mq. per i retail establishment e 348 per tutti gli altri). Relativamente al criterio sub (i) il collegio ha osservato che «there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularized. This guarantees a sufficient degree of legal certainty»; mentre sembra prescindere dall'esistenza di una particolare public policy, cioè di un interesse sociale rilevante. A proposito dell'interpretazione del successivo criterio del pregiudizio ad una «normal exploitation» il Panel ha evidenziato in primo luogo che deve considerarsi l'ordinaria forma di sfruttamento dell'opera in relazione (non al mercato complessivamente inteso ma) ad ogni specifico suo segmento; in secondo luogo devono rilevare in prospettiva «in addition of those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility could acquire considerable economic or practical importance». Infine sul terzo criterio ha sostenuto che non deve essere pregiudicato il concreto interesse economico dell'autore che risulti rilevanti una volta confrontato con quelli privati e pubblici contrapposti (e non una sua astratta pretesa a ricavare un vantaggio economico da ogni semplice utilizzazione della sua opera). Il Panel ha quindi ritenuto che la cd. business exemption non fosse coerente con i diritti riconosciuti ex artt. 11 e 11 bis CUB «and by virtue of incorporation of those rights in the TRIPs agreement».

Non vi è tuttavia accordo in dottrina sulla gerarchia tra il secondo ed il terzo requisito del «three step test». L'opinione maggioritaria e più conforme alla lettera della norma afferma infatti che la terza condizione ha carattere sussidiario rispetto alla seconda. Ad esempio con riferimento all'art. 9 CUB questa dottrina sostiene che la condizione sub (ii) imporrebbe di attribuire agli autori un diritto in linea di principio esclusivo da cui discende l'impossibilità di prevedere una generale licenza legale od obbligatoria e che quella sub (iii) rilevarebbe solo quando lo strumento della licenza legale od obbligatoria non pregiudicherebbe il normale sfruttamento della creazione. Questa lettura comporta come corollario che l'elenco delle libere utilizzazioni debba essere ritenuto in linea di principio chiuso; e che queste norme non possano essere interpretate analogicamente per fondare nuove ipotesi di eccezioni alla protezione non espressamente previste dal legislatore. E questo varrebbe a maggior ragione per l'utilizzazione economica del diritto patrimoniale d'autore nella società dell'informazione, che può consentire al più un'interpretazione estensiva ma non anche analogica delle norme sulle libere utilizzazioni.

Una diversa e più recente opinione invece presuppone che l'iperprotezione del diritto patrimoniale d'autore nella società dell'informazione possa ridurre l'incentivo alla creazione ed alla disseminazione di nuove opere dell'ingegno: e quindi che il diritto d'autore si possa trasformare in una sorta di anomalo «accessright». Con quest'ultima espressione si intende la possibilità di controllare le modalità con le quali i membri del pubblico fruiscono di un'opera protetta che

legittimamente possono utilizzare; con la prima si fa riferimento all'attuale tendenza della legislazione internazionale e (soprattutto) comunitaria ad estendere eccessivamente l'ambito della protezione assicurata con il diritto patrimoniale d'autore: da un lato con la tutela di creazioni utili prima non protette che si allontanano notevolmente dal modello puramente estetico delle opere tradizionali (in primis il software e le banche dati non creative; ma oggi anche l'industrial design); dall'altro con il generale innalzamento del livello di tutela sia a proposito del contenuto dei diritti e dei rimedi utilizzabili a loro difesa che alla durata temporale.

Quest'opinione propone in generale un'interpretazione «costituzionalmente orientata» dei diritti di proprietà intellettuale alla luce dei diritti fondamentali dell'uomo; ed in particolare una lettura correttiva del «three step test» che assegni la prevalenza al terzo requisito: e quindi permette di realizzare prioritariamente un bilanciamento tra i vari interessi anche pubblici in campo sulla base di un criterio di proporzionalità⁴⁶. Questa lettura comporta dunque come corollario la possibilità di applicare analogicamente le norme relative alle libere utilizzazioni.

11. Le diverse interpretazioni del three-step-test condizionano quindi anche la possibilità di interpretare analogicamente le ipotesi tipizzate di libere utilizzazioni. Infatti l'opinione maggioritaria comporta come corollario che il catalogo delle libere utilizzazioni sia chiuso: e questo non soltanto perché esse devono essere previste in determinati casi speciali. L'adesione alla seconda tra le opinioni proposte comporta invece la possibilità di considerare quest'elenco aperto.

A prescindere dall'interpretazione del three-step-test, tuttavia il sistema continentale di droit d'auteur (a differenza di quello anglo-americano di copyright) tende a considerare l'elenco delle libere utilizzazioni previste dalle legge chiuso ed esaustivo: con la conseguenza che il loro adattamento ad un nuovo contesto tecnologico od economico implicherebbe necessariamente una modifica legislativa. In particolare nel diritto italiano la dottrina maggioritaria sostiene che le norme relative alle eccezioni e limitazioni ex artt. 65 ss. l.a. possono essere interpretate soltanto estensivamente ma non anche analogicamente. Tuttavia un'attenta opinione in dottrina ha recentemente sostenuto sulla base di argomenti costituzionali, sistematici e storici che quantomeno nel nostro ordinamento sarebbe possibile interpretare all'occorrenza in modo analogico queste norme⁴⁷. Infatti ad esempio A) alcune norme che proteggono direttamente gli interessi privati dei

⁴⁶ GEIGER, «Costitutionalising» intellectual property law? *The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*, in *IIC* 2006, 398.

⁴⁷ COSÌ ANGELICCHIO, *Le utilizzazioni libere*, dissertazione di dottorato, 2005, 42 ss.; ID., *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA* 2005, 571 ss.. A favore dell'interpretazione analogica sulla base di vari argomenti v. anche RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in COTTINO, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, CEDAM, Padova, 2001, 460 ss., in relazione alle libere utilizzazioni che non proteggono interessi antagonisti a quelli degli autori; GALLETI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in *AIDA* 2002, 162, che propone di qualificare alcune di queste norme come speciali (e non come eccezionali): con il corollario della loro applicabilità analogica in caso di fattispecie caratterizzate da eadem ratio; SPOOR, *General aspects of exceptions and limitations to copyright: general report*, in *ALAI Study days, The boundaries of copyright: its proper limitations and exceptions*, 1999, 31, per alcune aperture anche in sistemi di droit d'auteur; GEIGER, *Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur*, in *Auteurs et Media* 2004, 213; ID., *Creating copyright limitations without legal basis: the «Buren» decision as liberation?*, in *IIC* 2005, 842 ss. e a 848, secondo cui la legislazione francese antecedente alla l.a. del 1957 prendeva in considerazione questo principio e nulla nella l. del 1957 supposeva che fosse mutato; VIVANT, *Le transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droit voisins dans la société de l'information en France, Analyse critique et prospective*, in HILTY e GEIGER, *Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts/ Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec e Springer, Berlino, Heidelberg, New York, Paris, 2007, 193; GEIGER, *Les exceptions au droit d'auteur en France*, ivi, 335; e ID., *Flexibilising copyright – Remedies to the privatisation of information by copyright law*, in *IIC* 2004, 192 ss., il quale sostiene (anche) che i diritti di proprietà intellettuale siano a loro volta eccezioni ad una regola generale di libertà di espressione e concorrenza. Recentemente anche la Dichiarazione relativa ad *Un'interpretazione equilibrata del «Three step-test» nel diritto d'autore* (promossa e coordinata dagli studiosi del Max Planck Institute for intellectual property e competition law di Monaco di Baviera) ha aderito a questa tesi. Infatti il punto 4. della dichiarazione (nella sua traduzione italiana) afferma che « La restrizione relativa a certi casi particolari, rispetto alla quale le eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva si devono conformare, non preclude: // a) ai legislatori di introdurre limitazioni ed eccezioni in numero aperto, nella misura in cui lo scopo di dette limitazioni ed eccezioni sia ragionevolmente prevedibile; oppure //b) alla giurisprudenza di: // applicare le esistenti eccezioni e limitazioni a casi

titolari dei diritti d'autore tutela indirettamente anche quelli dei controinteressati e pubblici. Per cui la loro tutela non è estranea alle finalità del sistema della proprietà intellettuale. B) Le norme costituzionali che proteggono seppur indirettamente la proprietà intellettuale fondano allo stesso tempo anche i suoi limiti, ivi comprese le ipotesi di libere utilizzazioni, che quindi non dovrebbero essere per forza considerate come eccezionali. E questo è sicuramente evidente per quanto riguarda gli artt. 41 e 42 cost.. C) Parte della dottrina afferma che esistono «limiti» al diritto di utilizzazione economica intrinseci e coesenziali allo stesso, con la conseguenza che queste norme possono essere interpretate analogicamente. E porta l'esempio delle norme che limitano la protezione del diritto d'autore alla sola forma espressiva e quelle relative alla durata temporale limitata del diritto patrimoniale. Tuttavia quanto detto sopra può indurre a ritenere che anche i limiti posti dalle libere utilizzazioni esprimono principi generali ed interni al sistema della proprietà intellettuale: con la conseguenza della possibilità di applicarle anche analogicamente. D) Tale impostazione può trovare conferma nella circostanza secondo cui le facoltà esclusive tipizzate nei vari sistemi di civil law si sono certamente meglio adattate alle nuove forme di utilizzazione poste dalla società dell'informazione: infatti da un lato esse sono spesso formulate in modo abbastanza ampio e possono agevolmente essere interpretate analogicamente; dall'altro in questi ordinamenti comunque molte volte esistono clausole generali di utilizzazione economica capaci di attribuire ai titolari ed ai loro aventi causa ogni forma di sfruttamento rilevante. Invece le eccezioni e limitazioni sono descritte in modo preciso; ed a fortiori non esistono clausole generali di fair use. Ancora la dir. 2001/29 ha armonizzato ed ampliato a livello comunitario i tre principali diritti di utilizzazione economica; ma ha dettato un elenco di ventuno eccezioni e limitazioni di cui soltanto una obbligatoria. Per cui non ha posto anche una loro disciplina comune: con la conseguente frustrazione dell'obiettivo della certezza del diritto e quindi con un possibile ostacolo alla realizzazione del mercato unico. Allora la possibilità di interpretare (anche) analogicamente queste norme (cui fa ricorso pure la giurisprudenza di alcuni paesi comunitari)⁴⁸ servirebbe a garantirne la necessaria flessibilità per un loro adattamento a mutati presupposti economici o tecnologici ed in particolare al nuovo contesto digitale.

Questa possibilità di interpretare all'occorrenza anche analogicamente le norme relative alle eccezioni e limitazioni ulteriormente serve ad evitare l'appropriazione di idee ed informazioni contenute in un'opera pure attraverso la disciplina della comunicazione al pubblico interattiva. Infatti in questo caso un impiego flessibile delle norme relative alle libere utilizzazioni contribuisce

simili *mutatis mutandis*; oppure //creare ulteriori eccezioni o limitazioni, //dove possibile, all'interno dei principi propri del sistema giuridico del quale esse formano parte». Per un generale ripensamento del sistema di fair use alla luce dell'evoluzione tecnologica v. anche DE ZWART, *An historical analysis of the birth of fair dealing and fair use: lessons for the digital age*, in *IPQ* 2007, 60 ss., ed in part. 90 ss..

48 V. a questo proposito nella giurisprudenza francese Cour de cassation 15 marzo 2005, in *IIC* 2005, 869, secondo cui la libera utilizzazione ex art. 5 par. 3 lett. h) dir. 2001/29 che riguarda «opere realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici» (e cioè quelle create con lo scopo di rimanere in pubblico dominio) è (analogicamente) applicabile anche alla riproduzione di opere che costituiscono semplice elemento di sfondo nella riproduzione lecita di altre creazioni. Quindi la giurisprudenza avrebbe creato una nuova libera utilizzazione relativa alla riproduzione – per così dire – accessoria (su questa pronuncia v. GEIGER, *Creating Copyright Limitations Without Legal Basis: The Buren Decision, a Liberation?*, cit., 842 ss.; e ANGELICCHIO, *Le utilizzazioni libere*, dissertazione di dottorato, cit., 102). Nello stesso senso v. anche Cour d'appel de Bordeaux, 13 giugno 2006, in *Légipresse* 2007, n. 238, con nota di MAFFRE BAUGÉ, per cui anche la riproduzione di un quadro nell'ambito di una trasmissione televisiva su di un caos giudiziario deve essere ascritta alla categoria della riproduzione accessoria che esula dalle facoltà patrimoniali dell'autore. Per un cenno a questa pronuncia v. anche GEIGER, *Flexibilising copyright – Remedies to the privatisation of information by copyright law*, in *IIC* 2008, 194.

Ancora nella giurisprudenza olandese Supreme Court of the Netherlands 20 ottobre 1996, *Dior v. Evora*, in *EIPR* 1997, 132 ss., ha affermato che l'esistenza di un catalogo di eccezioni tipizzate dal legislatore «does not, however, exclude that the limits of copyright must be further determined in a similar way in other cases as well, especially if the legislating bodies were not aware of the need for such limitation, while it does fit in the Copyright Act's system [...]. In so determining, one or more of the existing statutory exceptions may serve as a reference». Tuttavia la Corte ritiene che la creazione giurisprudenziale di nuove eccezioni non debba comunque pregiudicare i diritti morali ed il normale sfruttamento economico dell'opera (su questa pronuncia v. in dottrina ad esempio SPOOR, *General aspects of exceptions and limitations to copyright: general report*, cit., 31).

a conservare spazi (insopprimibili perché tutelati a livello costituzionale) di libertà e dialogo anche nel contesto delle opere protette immesse nelle reti informatiche. Ancora la circostanza che le norme sulle eccezioni e limitazioni sono inderogabili (perché di ordine pubblico)⁴⁹ permette ulteriormente di impedire questi esiti dell'applicazione della disciplina della comunicazione interattiva.

⁴⁹ In questo senso v. ancora ANGELICCHIO, *Le utilizzazioni libere*, dissertazione di dottorato, cit., 103.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

1. ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA* 2005.
2. AUTERI, *Diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, 3 ed.
3. BERTANI, *Diritto d'autore e uso personale "non sanzionabile"*, in *AIDA* 2000.
4. BERTANI, *Introduzione alla CUB*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007, 4 ed.
5. CHRISTIE, *A proposal for simplifying United Kingdom copyright law*, in *EIPR* 2001.
6. FITZPATRICK, *Prospects of further copyright harmonisation?*, in *EIPR* 2003.
7. P. GALLI, *sub art. 12 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007, 4 ed.
8. P. GALLI, *sub art. 19 l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2007, 4 ed.
9. GEIGER, «*Constitutionalising*» *intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*, in *IIC* 2006.
10. GEIGER, *Flexibilising copyright – remedies to the privatisation of information by copyright law*, in *IIC* 2008.
11. GERVAIS, *Essai sur le fractionnement du droit d'auteur*, in *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 2003.
12. GINSBURG, *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, in *Tul. L. Rev.* 1990.
13. GINSBURG, *Copyright and control over the new technologies of dissemination*, in *Columbia L. Rev* 2001
14. GINSBURG, *Putting cars on the "information superhighway": authors, exploiters and copyright in cyberspace*, in *Columbia L. Rev.* 1995.
15. GINSBURG, *The (new?) right of making available to the public*, in VAVER e BENTLY (edited by), *Essays in honour of William R. Cornish*, Cambridge university press, 2004.
16. GOTZEN, *Le droit de destination de l'auteur*, in *RIDA* 1975.
17. GOTZEN, *Vers une harmonisation du droit d'auteur dans la société de l'information*, in *RIDA* 2004.
18. LITMAN, *Digital copyright*, Prometheus books, New York, 2006, 2 ed.
19. A. LUCAS e H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2006, 3 ed.
20. MAKEEN, *Copyright in a global information society*, Kluwer law, 2000.
21. PERLMUTTER, *Convergence and the future of copyright*, in *EIPR* 2001.
22. POLLAUD-DULIAN, *Les droit exclusifs consacrés par la directive*, in *Propriétés intellectuelles* 2002.
23. REINBOHE, *La protection du droit d'auteur et des droit voisins au sein de l'Union européenne. Les chantiers à venir*, in *Propriétés intellectuelles* 2002.
24. REINBOHE e VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996*, London, Lexis-Nexis, 2002.
25. RICKETSON and GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights*, Oxford university press, 2006, 2 ed.
26. RICOLFI, *On line e off-line*, in *AIDA* 2007.
27. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nella proprietà intellettuale*, CEDAM, Padova, 2001
28. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996.
29. SPADA, *Introduzione*, in AA.VV. *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, 3 ed.
30. L.C. UBERTAZZI, *Spunti sulla comunicazione al pubblico di fonogrammi*, in *AIDA* 2005.
31. VAVER, *The national treatment requirements of the Berne and Universal copyright*

convention. Part one, in IIC 1986.

32. VINJE, *Copyright imperilled*, in *EIPR* 1999.

33. WEATHERALL, *An end to private communications in copyright? The expansion of right to communicate work to the public*, in *EIPR* 1999.