

Le utilizzazioni libere nel campo del diritto d'autore.

Esperienze a confronto: la *fair use exemption* del diritto nordamericano e la disciplina nazionale per casistica.

GIOVANNI CAVANI – Università di Modena e Reggio Emilia

1. Rappresenta un dato comune alle esperienze in materia di diritto d'autore sia europea (e nazionale *in primis*) che statunitense, la previsione di un'area entro la quale, per finalità di interesse collettivo, quali quelle di ricerca, di didattica, di critica, di informazione, il diritto esclusivo dell'autore dell'opera è soggetto ad una riduzione del suo contenuto e viene consentita ai terzi la facoltà di utilizzare liberamente, vale a dire senza il preventivo consenso del titolare, e in taluni casi gratuitamente, l'opera protetta dal diritto d'autore.

Le ragioni che giustificano tale "affievolimento" del diritto esclusivo dell'autore risiedono nella esigenza di contemperare da un lato l'interesse del singolo titolare a controllare la utilizzazione della sua opera e, conseguentemente, a ritrarne una remunerazione che valga a ricompensare la sua attività creativa, e, dall'altro lato, l'interesse collettivo alla diffusione delle conoscenze, al libero scambio delle idee e, in ultima analisi, alla ulteriore produzione di cultura.

L'obiettivo è quello di evitare che il diritto di escludere gli altri dall'utilizzazione della propria opera, concesso all'autore, possa pregiudicare siffatto interesse collettivo, che, in quanto tale, deve ritenersi sovraordinato rispetto a quello individuale del titolare del diritto.

2. La ragione di fondo che sta alla base del riconoscimento di un'area di libera utilizzazione dell'opera protetta è che la logica "proprietaria" sottesa ai regimi

di tutela della proprietà intellettuale, a qualsiasi latitudine essi si collochino, non risponde alla mera esigenza di assicurare un possibile profitto individuale di questo o quell'autore (o piuttosto, oggi, in epoca moderna, di questa o quella *copyright industry*), ma alla funzione di "*promote the Progress of Science and useful Arts*", secondo le ben note e incisive parole del Costituente americano¹. Principio fondante che, secondo la Suprema Corte degli Stati Uniti, si specifica nell'affermazione secondo cui "*the monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved*"²

Principi non dissimili sono affermati, al di qua dell'Oceano, dai nostri Giudici costituzionali, secondo i quali "*nel riconoscere in capo all'autore la proprietà dell'opera ed il suo diritto allo sfruttamento economico della stessa in qualsiasi forma e modo*" occorre "*operare un bilanciamento tra valori ed interessi contrapposti (...) in sintonia con i principi costituzionale sia in ordine alla tutela dell'arte e della scienza (art. 33), sia in materia di tutela della proprietà, da riferire anche all'opera intellettuale (art.42), sia di tutela del lavoro in tutte le sue forme, tra cui deve farsi rientrare anche la libera attività di creazione intellettuale (art.35)*"; bilanciamento che deve essere "*positivamente finalizzato, mediante l'incentivazione della produzione artistica, letteraria e scientifica, a favorire il pieno sviluppo della persona*

¹ "*The Congress shall have Power ...To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*". U.S. CONST. , art. I, §8, cl.8

² Sony Corp. Of Am. V. Universdal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 429, (1984)).

umana (art.3) ed a promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9)”³

3. E' appena qui il caso di ricordare come un siffatto equilibrato coordinamento fra diversi interessi costituzionalmente rilevanti, si manifesti, in primo luogo, nella stessa delimitazione dell'area entro la quale i regimi di proprietà intellettuale riconoscono una protezione al lavoro creativo dell'autore; stabilendo, ad esempio, che il diritto esclusivo dell'autore non è perpetuo bensì è soggetto ad un limite di durata (peraltro sempre più esteso); oppure che oggetto di protezione è solo l'aspetto formale dell'opera e non il suo contenuto ideale.

Non è peraltro a questo tipo di limiti, per così dire “fisiologici”, del diritto d'autore che sono riconducibili le c.d. libere utilizzazioni; infatti, mentre i primi definiscono i confini stessi dell'area entro cui un'opera è proteggibile, le seconde rappresentano un limite “interno” alle facoltà esclusive di uso di un'opera protetta dal diritto d'autore.

Ciò peraltro non toglie che in entrambi i casi si sia in presenza di limiti la cui ragion d'essere è pur sempre quella di temperare quel caleidoscopio di interessi, tutti di rilevanza costituzionale, di cui sopra si è detto; onde evitare che l'uso della “proprietà” intellettuale riconosciuta all'autore possa ostacolare, anziché favorire, il progresso culturale.

4. Ciò detto, deve rilevarsi che mentre il nostro ordinamento nazionale si è sempre caratterizzato per una definizione analitica delle libere utilizzazioni,

³ Corte Cost. 108/1995.

mediante l'indicazione di specifiche e dettagliate ipotesi nelle quali è consentito a determinate categorie di soggetti, e per determinate finalità, l'uso dell'opera senza che occorra il preventivo consenso dell'autore, e, in taluni casi, senza neppure che occorra il riconoscimento di un corrispettivo, l'esperienza nordamericana si è sempre caratterizzata per un approccio fondato su di una *rule of reason*, che demanda alla prudente valutazione dei giudici la definizione dell'ambito in cui è consentito un uso non autorizzato dell'opera: la c.d. *fair use exemption*.⁴

5. Quanto alla soluzione adottata dal nostro ordinamento con la legge del 1941, va innanzitutto segnalato che, nell'originario impianto della legge del '41, il capo V del Titolo I° della legge d'autore comprendeva, sotto l'unica intitolazione "*utilizzazioni libere*", gli articoli da 65 a 71. E' solo in sede di recepimento della *Direttiva CE 29/01 su taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione* (la quale al suo articolo 5 elenca una lunga serie - non più di "utilizzazioni libere", ma - di "eccezioni e limitazioni"), che il capo V viene intitolato "*Eccezioni e limitazioni*"⁵

⁴ Analogo approccio caratterizza l'esperienza anglosassone, ispirata al principio del *fair dealing*, che affida al giudice il compito di valutare l'esatta portata delle libere utilizzazioni già normativamente stabilite.

⁵ Esso viene suddiviso in una prima sezione dedicata alla "*reprografia e ad altre eccezioni e limitazioni*", seguita da una seconda sezione dedicata alla "*riproduzione privata ad uso personale*" e da una terza relativa alle *disposizioni comuni*; l'ultima delle quali (l'art. 71 *decies*), di recente introduzione, estende ai diritti connessi di cui al Titolo II "*le eccezione e*

6. Ciò premesso, va ricordato che il fascio delle fattispecie previste al capo V, è, come noto, il risultato di una progressiva, e non certo organica, sovrapposizione di interventi normativi compiuta sull'originario impianto della legge d'autore del 1941; i più recenti dei quali si sono resi necessari per esigenze di adeguamento a norme comunitarie (intendiamo riferirci alla appena menzionata Direttiva CE 29/01)⁶.

Ne è risultato un quadro in cui le fattispecie nominate sono estremamente diversificate tra loro e sottendono interessi che, mentre in alcuni casi fanno capo a particolari gruppi di utenti ⁷, in altri (più numerosi) casi sottendono

limitazioni al diritto d'autore contenute nel presente capo", risolvendo così i precedenti dubbi interpretativi circa l'applicabilità anche ai diritti connessi delle libere utilizzazioni previste in materia di diritto d'autore.

⁶ Anche se, per verità, in taluni casi esse sono state tradotte nel nostro ordinamento in termini addirittura più restrittivi. Ad esempio: il limite del 15 per cento entro cui è ammessa la riproduzione per uso personale di opere esistenti in biblioteche pubbliche, presente al comma 5 dell'art. 68 l.a. assente invece nell'art. 5.2.lett. c) della direttiva; o, ancora, il divieto di riproduzione per uso personale non solo dei c.d. "spartiti sciolti" ma anche delle "partiture musicali", assai più importanti dei primi per ogni studioso di musica: v. art. 5.2.lett. a) direttiva e art. 68.3.l.a.; nonché il mancato formale recepimento della lett. k) dell'art. 5.2. che ammette la liceità dell'uso parodistico dell'opera, punto sul quale si rimanda tuttavia alle osservazioni svolte più avanti.

⁷ Si pensi alla riproduzione di opere per uso personale consentita dall'art. 71 *bis* ai portatori di particolari *handicap*, o alla riproduzione di emissioni radiotelevisive effettuate per uso interno

interessi riconducibili all'intera collettività⁸

7. Peraltro, questo panorama normativo, già di per sé assai frammentario e frastagliato, non esaurisce il novero delle libere utilizzazioni, sia nel campo del diritto d'autore che in quello dei diritti connessi, dato che sono previste altre e numerose ipotesi, "disordinatamente" collocate all'interno della legge d'autore, in cui pure è consentito fare libero uso dell'altrui opera:⁹

da ospedali pubblici o da istituti di prevenzione e pena consentita dall'art. 71 quater.

⁸ Si pensi, ad esempio, alla riproduzione di articoli di attualità di cui all'art. 65, alla riproduzione di opere per uso personale dei lettori di cui all'art. 68, al prestito eseguito dalla biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici a fini di promozione culturale e di studio personale di cui all'art. 69, al riassunto, alla citazione o alla riproduzione di brani di opere per uso di critica o di discussione di cui all'art. 70; alla riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi per uso personale di cui all'art. 71 sexies.).

⁹ Dalla libertà di eseguire o rappresentare (senza compenso) l'opera entro la cerchia ordinaria della famiglia, del convitto o della scuola, purché non a scopo di lucro (art. 15.2); a quella di eseguirla, dietro versamento di un compenso ridotto, ove la rappresentazione avvenga nella sede di centri di assistenza o di associazioni di volontariato (art. 15 bis); dagli usi che sono consentiti, senza necessità né di autorizzazione del titolare del diritto né di corresponsione di un compenso, in materia di programmi per elaboratore (artt. 64 ter e quater) e di banche dati (art. 64 sexies); alla libertà di riprodurre l'immagine altrui, senza il consenso della persona ritrattata, e gratuitamente, quando ciò sia giustificato dalla notorietà della persona (art. 97.1.); o ancora la libertà, salvo equo compenso all'autore, di realizzare, anche a scopo di lucro, i progetti di lavori di ingegneria tutelati ai sensi dell'art. 99.1.

8. L'analiticità, la estrema varietà e l'ampiezza della casistica appena richiamata, da un lato rendono assai difficoltosa una ricostruzione unitaria dell'area delle libere utilizzazioni; dall'altro lato, hanno spesso indotto dottrina e giurisprudenza a ritenere che le varie ipotesi di libere utilizzazioni previste dal legislatore corrispondano ad altrettante "eccezioni" ai diritti esclusivi del titolare, con la conseguente impossibilità di procedere ad una loro interpretazione analogica, se non addirittura estensiva.

Salvo quanto si dirà più avanti su detta, pretesa, natura eccezionale, l'ambito delle libere utilizzazioni nel nostro ordinamento sembra restare così consegnato ad una rigida casistica, incapace di adattarsi alle sempre nuove esigenze di coordinamento fra i sopra segnalati contrapposti interessi di rango costituzionale, indotte dal mutare del quadro tecnologico di riferimento; restando possibili soltanto espressi interventi normativi di aggiornamento della normativa; i quali sono inevitabilmente soggetti alle pressioni di questa o quella *lobby* di utenti, in una sorta di "tiro alla fune" teso a contrastare le sempre più pressanti e invasive richieste di tutela avanzate, a loro volta, dalle *lobbies* di questa o quella *copyright industry*.

9. Diverso, come si accennava, è, invece, l'approccio seguito dal legislatore nordamericano: consistente nella previsione di una clausola generale (la c.d. *fair use exemption*), incardinata su alcuni criteri generali e destinata ad essere riempita di volta in volta di contenuti da parte della giurisprudenza -- per definizione meno sensibile a (o meno "aggredivibile" da) spinte lobbistiche -- in un processo di costante aggiornamento del punto di equilibrio tra

irrinunciabili aspettative di tutela del titolare del diritto e altrettanto fondate (sul piano costituzionale) esigenze di accesso alla (e circolazione della) cultura.

10. La *fair use defense* era stata a lungo riconosciuta ed applicata dai giudici come una *equitable rule* idonea a giustificare talune condotte altrimenti costituenti violazione del diritto, già prima di essere normativamente introdotta alla Sec. 107 del Copyright Act, in occasione della sua revisione del 1976¹⁰. E proprio allo scopo di sottolineare la continuità nell'applicazione di tale regola, il Congresso ha precisato che con l'introduzione della nuova norma esso ha inteso "*to restate the present judicial doctrine of fair use, not to*

¹⁰ U.S. Copyright Act, Sec. 107. "Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of copyright work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include –

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors."

change, narrow or enlarge it in anyway"¹¹.

11. La semplice lettura della Section 107 rende evidente la sua natura di clausola generale, di contenuto estremamente aperto, soggetto alla libera, per quanto prudente, interpretazione della giurisprudenza; con ciò rappresentando, come si diceva appena sopra, un approccio radicalmente diverso da quello seguito dal nostro legislatore in materia di libere utilizzazioni. Nella prima parte della norma, infatti si indicano, in via del tutto

¹¹ H.R. Rep. No. 94-1476, 94 th Cong., 21 Sess. 66 (1976) Il riferimento si rinviene in Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters, 471, U.S. 539, 566, 225 USPQ, 1073, 1083 (1985). In questa pronuncia la Suprema Corte afferma che *<<Fair use was traditionally defined as "a privilege in others than the owner of the copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent." H. Ball, Law of Copyright and Literary Property 260 (1944) (hereinafter Ball). The statutory formulation of the defense of fair use in the Copyright Act reflects the intent of Congress to codify the common law doctrine. 3 Nimmer § 13.05. Section 107 requires a case-by-case determination whether a particular use is fair, and the statute notes four nonexclusive factors to be considered. This approach was "intended to restate the [preexisting] judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way." H.R.Rep. No. 94-1476, p. 66 (1976) (hereinafter House Report). "[T]he author's consent to a reasonable use of his copyrighted works ha[d] always been implied by the courts as a necessary incident of the constitutional policy of promoting the progress of science and the useful arts, since a prohibition of such use would inhibit subsequent writers from attempting to improve upon prior works, and thus frustrate the very ends sought to be attained. Ball 260. >>*

esemplificativa, gli usi dell'opera suscettibili di essere qualificati come *fair*, e le finalità che concorrono a qualificare tale uso, appunto, come *fair* ("*purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research*). D'altro canto, il Congresso ha qualificato i quattro fattori che devono essere presi in considerazione dai giudici per determinare se nei singoli casi concreti l'uso fatto di un'opera è un *fair use* ¹² come "*guidelines for 'balancing the equities' not as 'definitive or determinative tests'*", rilevando che "*since the doctrine (of fair use) is an equitable rule of reason, no generally applicable definition is possible*"¹³. E la Corte Suprema, dal canto suo, ha affermato come di questi quattro criteri, quello riguardante gli effetti sul potenziale mercato dell'opera "*is undoubtedly the single most important element of fair use*"¹⁴

12. La indubbia elasticità di tale clausola, la cui centralità ai fini di un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco è stata sottolineata, come si è detto sopra, dalla giurisprudenza della Suprema Corte, non ha peraltro

¹² Vale a dire: lo scopo e il carattere dell'uso, considerato anche se si tratti di uso commerciale o per finalità "*nonprofit educational*"; la natura dell'opera la quantità della parte dell'opera liberamente utilizzata; e le ripercussioni di tale libera utilizzazione sul valore di mercato dell'opera.

¹³ Il riferimento è in J.T. McCarthy, McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property, 2° Ed. 164.

¹⁴ Stewart v. Abend, 495, U.S. 207, 238, 14 USPQ, 2d, 1614, 1628 (1990); Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters, 471, U.S. 539, 566, 225 USPQ, 1073, 1083 (1985).

mancato di attirare aspre, e financo acide, critiche di una parte della giurisprudenza e della dottrina¹⁵.

13. Allo scopo di ridurre i margini di apprezzamento discrezionale da parte dei giudici, e ancor prima di fornire a docenti, studenti, ricercatori che quotidianamente debbono decidere se l'uso di un'opera protetta che intendono fare per le loro esigenze di studio, insegnamento, ricerca, ecc., sia o meno da considerare un *fair use*, le parti interessate, successivamente alla modifica del Copyright Act del 1976, hanno provveduto a "distillare" una corposa serie di *Guidelines*, in particolare nel campo educativo e della ricerca, che dovrebbero, pur non avendo "forza di legge", servire ad orientare i giudici nel compiere, nei singoli casi concreti, il bilanciamento di interessi che sta alla base della clausola di *fair use* e fornire al tempo stesso agli operatori maggiore certezza circa la correttezza delle loro scelte, riducendo in tal modo il possibile contenzioso.¹⁶

¹⁵ Ricorda K. D. CREWS, *The Law of Fair Use and The Illusion of Fair Use Guidelines*, *Ohio State Law Journal* vol. 62 (2001), 3, che "The fair-use doctrine of American copyright has been derided as among the most hopelessly vague of legal standards, requiring complex and often subjective interpretation (secondo *Dellar v. Samule Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661 (2d Cir. 1939))" e che "It has been scorned as the last, desperate defense from a scoundrel, who only claims fair use to avoid wanton liability (ad avviso di Jeremy Phillips, *Nimmer on Copyright: David Nimmer Discusses Current US Copyright Law, and Possible Changes to It*, *MANAGING INTELL. PROP.*, Feb. 1995, 17 "

¹⁶ In argomento si veda l'ampio studio di K.D. CREWS, cit.

14. Non è qui possibile approfondire quale sia, sul piano, diremmo, della gerarchia delle fonti, il valore di tali *Guidelines*. Certamente, ed in estrema sintesi, può dirsi che esse non abbiano valore di legge e non siano vincolanti per il giudice chiamato ad applicare la Sec. 107 del Copyright Act. Sembra trattarsi al più di norme di tipo autodisciplinare, attenendosi alle quali i membri delle categorie interessate dovrebbero ragionevolmente porsi al riparo da accuse di *copyright infringement*.

Quale che sia esattamente il valore precettivo di tali *Guidelines*, è certo che, per tale via, le varie categorie di *copyright owners* tendano ad imporre regole di condotta più stringenti e severe rispetto alla clausola generale di *fair use*; e che, nella misura in cui tali regole si impongano di fatto presso gli operatori, esse tendano a vanificare la flessibilità della clausola generale e a sostituirsi ad essa. Inoltre, è stato osservato¹⁷ come spesso tali *Guidelines* presentino un grado di complessità e un conseguente margine di incertezza non inferiore alla stessa clausola generale di *fair use*; e dunque non siano in grado di offrire una maggiore certezza applicativa. In definitiva esse appaiono più come una reazione ostile delle categorie dei *copyright owners* al principio stesso di una *fair use exemption* di portata generale, che come un efficace tentativo di assicurare ai *copyright users* maggiori margini di certezza. E la sostanziale disattenzione mostrata dalle Corti nei loro riguardi sembra confermare un

¹⁷ K.D. CREWS, cit. 694.

giudizio negativo sulla loro reale utilità¹⁸

15. Tuttavia, l'idea, radicata nell'ambiente delle *copyrights industries*, che la clausola generale di *fair use* presenti troppi ampi margini di flessibilità applicativa, sembra avere fatto breccia presso il Congresso nei più recenti aggiornamenti del *Copyright Act* rappresentati dal *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) dell'ottobre del 1998

Con esso, come noto, si è introdotto nell'ordinamento degli Stati Uniti in materia di *copyright*, in termini analoghi a quanto è avvenuto in ambito europeo con l'adozione della *Direttiva sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione*, in attuazione, in entrambi i casi, delle disposizioni contenute all'articolo 11 del *WIPO Copyright Treaty*,¹⁹ un sistema di tutele volte ad impedire l'aggiramento delle Misure Tecniche di Protezione (MTP) apposte dal titolare del diritto d'autore all'opera in formato digitale, per impedire l'accesso ad essa e il suo uso in mancanza della preventiva autorizzazione del titolare del diritto.

16. E' troppo noto, perché sia in questa sede necessario scendere ad un esame

¹⁸ Si veda ancora sul punto K.D. CREWS, cit. 696.

¹⁹ “ *OBLIGATIONS CONCERNING TECHNOLOGICAL MEASURES- Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.* ”

dettagliato del fenomeno, come l'adozione di MTP e di *DIGITALS RIGHTS MANAGEMENT SYSTEMS (DRMs)* rappresenti la "controffensiva" tecnologica sferrata dalle *copyright industries* a difesa della loro tutela proprietaria, sempre più minacciata dalla facilità con la quale è di fatto possibile accedere, usare e duplicare, aggirando il potere escludente dei titolari dei diritti d'autore, i materiali presenti in ambiente informatico. Ambiente nel quale, come pure noto, i contenuti oggetto di protezione autoriale sono destinati in misura sempre più massiccia a circolare, col progressivo abbandono dei più tradizionali, ma ormai largamente obsoleti, mezzi di fissazione e di comunicazione materiale delle opere: audiovisive, musicali e letterarie.

In estrema sintesi, può dirsi che, in risposta alla intrinseca e accentuata vulnerabilità della protezione delle opere "tradotte" in formato digitale e immesse in rete, si sono rapidamente escogitati sofisticati strumenti tecnologici che consentono di mettere le opere "sotto chiave informatica", impedendone, in assenza di consenso da parte dell'avente diritto, l'accesso e l'uso. A tali sistemi di protezione, soggetti anch'essi, per quanto sofisticati, ad essere disattivati o aggirati da "grimaldelli" a loro volta informatici, è stata quindi conferita una protezione legale, attraverso la creazione di una sorta di *paracopyright* (così tale protezione è stata espressivamente etichettata), che vieta tanto la utilizzazione non autorizzata di siffatte "chiavi d'accesso", quanto la loro stessa ideazione, realizzazione, circolazione e messa a disposizione, nella misura in cui esse siano univocamente o anche solo prevalentemente destinate ad essere utilizzate per disattivare le barriere informatiche poste a protezione delle opere.

17. Si verifica quindi uno scenario, alquanto schizofrenico, nel quale tanto più il progresso tecnologico si dimostra in grado di consentire una sempre più diffusa disseminazione delle opere dell'ingegno umano e del sapere di cui esse sono veicolo, tanto più si erigono barriere per sottrarle alla loro fruizione da parte della collettività.

Orbene, va subito detto, onde evitare fraintendimenti delle parole di chi scrive, che è senz'altro coerente con un sistema che universalmente protegge i risultati del lavoro creativo, e del quale non sembra opportuno e non è comunque realistico pensare di sbarazzarsi (a dispetto delle cicliche *patent o copyright controversies* che si accendono un paio di volte ogni secolo dacché i regimi di proprietà industriale e intellettuale sono stati istituiti), che man mano che le innovazioni tecnologiche rendono possibili nuove modalità di aggiramento della protezione autoriale, si escogitino nuove contromisure sia di fatto che legali per contrastarle.

Ciò precisato, deve pure ribadirsi che, anche nel campo delle opere digitali, rimane un obiettivo essenziale quello di assicurare un equilibrato bilanciamento fra istanze di protezione dei *copyright owners* e istanze collettive di accesso alla cultura e di evitare che, attraverso la protezione legale dei sistemi di "blocco" delle opere digitali, si riducano surrettiziamente i margini di libera utilizzazione già consolidati con riguardo alle opere non digitalizzate.

18. Ebbene, il Congresso U.S., nel dare attuazione alla convenzione WIPO, si è radicalmente discostato dall'approccio normativo seguito in occasione della introduzione nel Copyright Act della *fair use exemption*, adottando una

analitica serie di eccezioni al divieto di violare le misure tecniche di protezione applicate dai *copyright owners* alle opere digitali.

Con ciò l'intero sistema nordamericano delle libere utilizzazioni sembra indubbiamente segnare una decisa inversione di tendenza, avvicinandosi a larghi passi all'approccio europeo costituito dalla Direttiva sulla società dell'informazione e a quello proprio del nostro ordinamento, caratterizzati, come si è sopra detto, dalla previsione di una minuta e analitica casistica²⁰.

19. Se e quanto il nuovo "ordine" normativo possa restringere gli spazi entro i quali ha fino ad ora operato la tradizionale *fair use exemption* è un interrogativo cui ancora non può darsi una risposta sicura.

Va detto che il Congresso, nell'adottare il DMCA, ha affidato alla Libreria del Congresso, in collegamento con il *Register of Copyright*, il compito di verificare periodicamente gli eventuali effetti negativi dei divieti di aggiramento delle MTP sulle tradizionali utilizzazioni dell'opera ammesse in base alla clausola di *fair use*.

Tale cautela lascia supporre, a ben vedere, che il Congresso, a dispetto della categorica affermazione di principio fatta alla Sec. 1201, (c) (1), secondo la quale "*nothing in this section shall affect rights ,remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including fair use, under this title*" fosse consapevole dei possibili, per quanto non ancora individuati, rischi di erosione, se non di

²⁰ Questa "deriva" è sottolineata, criticamente, da J.E. COHEN, *WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?*, in *21 Eur. Intell. Prop. Rev.*, 236 (1999)

sopravvivenza, della *fair use doctrine*.

D'altro canto, è innegabile che il meccanismo di *rulemaking* affidato alla Librarian of Congress, autorità amministrativa soggetta al controllo del Congresso, a prescindere dai dubbi di costituzionalità che tale delega ha sollevato²¹, appare certamente destinato ad essere influenzabile dalle pressioni delle *copyright industries*; e quindi a mettere in discussione la centralità (e l'imparzialità) dell'interpretazione giurisprudenziale della *fair use exemption* già assicurata dalla Sec. 107 dl Copyright Act.

D'altro canto, come si è acutamente osservato²², il fatto stesso che le tecnologie necessarie per sbloccare le misure di protezione, e quindi per accedere all'opera, siano considerate di per sé illecite, salvo il caso in cui esse abbiano una ulteriore, commercialmente rilevante, funzione, diversa da quella di aggirare le misure di protezione, rende difficilmente disponibili tali tecnologie, e quindi rischia di rendere evanescente, nel campo delle opere digitali la *fair use exemption*.²³

20. Se dunque anche il legislatore americano sembra essersi orientato verso una scelta analoga a quella di "diritto continentale", basata sulla previsione di una minuziosa casistica normativa, scelta compiuta ormai irreversibilmente

²¹ Sui quali non si può qui che rinviare a J.E. COHEN, op. cit.

²² J.E. COHEN, op. cit.

²³ Né pare che il DMCA preveda, come invece accade nel nostro ordinamento all'art. 71 quinquies, 2 legge autore, in attuazione dell' art. 7 della Direttiva CE 29/01, un, pur limitato, obbligo di adottare idonee soluzioni per consentire l'esercizio di talune eccezioni

dal nostro legislatore (e presente già nella originaria legge d'autore) e da quello comunitario, resta da chiedersi se quest'ultima scelta escluda un parallelo e concorrente intervento giurisprudenziale, sia all'interno dei casi specificamente normati, sia al suo esterno, teso a dare voce ai contrapposti interessi degli utenti, qualora essi, pur risultando parimenti protetti sul piano costituzionale, rischino di essere messi a tacere da una debordante tutela autoriale.

21. Con specifico riguardo al nostro ordinamento nazionale, sembra innanzitutto possibile sfatare l'idea, per verità largamente accolta, secondo la quale le singole norme che introducono ipotesi di libera utilizzazione sarebbero da qualificare come norme di portata eccezionale, con quel che ne segue sul piano della loro non applicabilità a fattispecie analoghe.

A dispetto della intitolazione della sezione I del capo V: *reprografia ed altre eccezioni e limitazioni*, sta il fatto, di indiscutibile rilievo ermeneutico-sistematico, che, come sopra si è ricordato, il campo delle c.d. eccezioni copre un'area quanto mai vasta e diversificata. Ebbene, la frequenza e l'ampiezza stessa delle c.d. eccezioni, sembrano di per sé deporre contro la natura, si perdoni il bisticcio, eccezionale delle numerose ipotesi di libera utilizzazione: un'eccezione declinata in decine di fattispecie, difficilmente può infatti qualificarsi come... eccezionale.

22. Ma, soprattutto, la compressione dei diritti escludenti del titolare (e a volte del suo stesso diritto a una remunerazione), per quanto sia prevista in ipotesi fra di loro anche profondamente diverse, si rivela in tutti i casi chiaramente e

univocamente preordinata a preservare interessi di portata generale e di sicuro rilievo costituzionale: alla diffusione o alla produzione di ulteriore cultura, alla tutela e alla promozione della ricerca scientifica, alla stessa garanzia di libertà di manifestazione del pensiero; e ciò anche con riguardo a quelle fattispecie che sembrano destinate a soddisfare interessi ritagliati sulle esigenze di un singolo gruppo sociale; dato che anche in quelle ipotesi (si pensi, per fare un solo esempio, ai portatori di particolari *handicap*) il regime di libera utilizzazione è certamente rivolto, e in ciò trova la propria giustificazione, a rimuovere ideali "barriere architettoniche" all'accesso alla cultura.

E dunque, a dispetto della sopra rilevata "asistematicità", il complesso di norme in materia di libere utilizzazioni sembra comunque poter essere ricondotto ad unità, rivelandosi espressione di un limite generale, immanente al sistema della proprietà intellettuale; un limite che, pur nella varietà delle fattispecie normate in cui esso si manifesta, mira a commisurare la portata proprietaria ed escludente del diritto all'obbiettivo, che costituisce fondamento e giustificazione dell'intero sistema della proprietà intellettuale, di "*promote the Progress of Science and the useful Arts*", secondo le incisive parole del costituente americano(art.1. Sec.8.)

23. In questa prospettiva, il complesso di norme istitutive di libere utilizzazioni appare certamente suscettibile non solo di interpretazioni analogiche, ma financo integrative, sempre che esse siano costituzionalmente "orientate": vale a dire tese a riequilibrare i contrapposti interessi in gioco, tutte le volte in cui appaiano eccessivamente compressi e penalizzati quelli

facenti capo alla collettività, *sub specie* di accesso alla cultura, promozione della sua diffusione e della sua produzione, libertà di manifestazione del pensiero, libertà e sviluppo delle ricerca scientifica e, non da ultima, libertà di concorrenza.

24. Interpretazioni financo integrative, si diceva: non stupisca l'affermazione.

Per convincersi della sua fondatezza, basta pensare a una ipotesi che certamente non è espressamente ricompresa (né lo è mai stata) in nessuna delle "caselle" in cui l'ordinamento ha pedantemente inquadrato le libere utilizzazioni. Intendiamo riferirci la parodia; ché, anzi, nel recepire la direttiva 29/01, il nostro legislatore ha addirittura ritenuto superfluo riproporre la previsione di cui alla lett. k) dell'art. 5.3. che ammette la libera utilizzazione dell'opera quando essa avvenga, appunto, "*a scopo di caricatura, parodia o pastiche*"; dato che, dal caso Scarpetta dei primi anni del novecento, in poi, dottrina e giurisprudenza non hanno mai dubitato che per parodiare un'opera non occorra il preventivo consenso del suo autore; per l'ovvia ragione che, in caso contrario, la parodia cesserebbe di esistere e con ciò verrebbe arrecato un inaccettabile *vulnus* al diritto di libera manifestazione del pensiero.

25. In questa prospettiva, può dunque considerarsi un dato acquisito che eventuali lacune riscontrabili nella pur minuziosa casistica normativa delle libere utilizzazioni, ben possano essere colmate da interventi giurisprudenziali integrativi tutte le volte in cui il "silenzio" del legislatore porterebbe a travolgere altri, contrapposti interessi collettivi, costituzionalmente sovraordinati al diritto proprietario ed escludente dell'autore.

26. D'altro canto, una interpretazione costituzionalmente adeguata e orientata delle norme esistenti, consente di estenderne, anche sul piano dell'analogia, la portata applicativa, tutte le volte in cui, la norma preveda sì una ipotesi di libera utilizzazione, ma la preveda entro limiti angusti, tali che, se strettamente intesi, essi potrebbero compromettere la sopravvivenza, o causare una sproporzionata compressione, di uno di quei diritti (alla libertà di espressione, di ricerca scientifica e di studio, di accesso alla cultura, e, non da ultimo di concorrenza) che trovano sicuro presidio costituzionale.

E così, per limitarci ad alcuni dei molti possibili esempi, possono ricordarsene solo alcuni, forse piccoli, ma illuminanti: la norma (art. 68.1 l.a.) che ammette la libera e gratuita riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, la quale dovrebbe essere estesa al caso di riproduzione di opere figurative, data la evidente disparità di trattamento che essa crea tra studiosi della letteratura e delle arti figurative; e ancora la norma (art. 70) che consente la citazione o la riproduzione (soltanto) di brani o di parti di opere, che dovrebbe essere estesa all'intera opera tutte le volte in cui le finalità di critica, discussione o di studio, ne impongano la riproduzione *in extenso*; (si pensi, anche a questo proposito, ad un libro di critica nel campo della pittura; o ad un articolo scientifico costituito da dati di laboratorio, una citazione o riproduzione parziale dei quali non abbia alcuna utilità).

27. Si badi: non dimentichiamo certo che un'interpretazione costituzionalmente adeguata da parte del giudice ordinario non può spingersi sino al punto da sostituirsi ad un giudicato di incostituzionalità della norma; e

che vi sono quindi limiti oltre i quali la norma non può essere piegata dal giudice ordinario per renderla conforme a costituzione, senza prima passare attraverso il giudizio della Consulta.

Tuttavia, fermo restando questo “passaggio”, là dove esso occorra, ciò non toglie valore al principio sopra affermato: vale a dire che nessuna camicia di forza entro cui il legislatore abbia costretto il campo delle libere utilizzazioni può impedire un controllo costituzionale della sua legittimità, alla luce, ripetesi, del principio secondo cui il diritto patrimoniale e proprietario riconosciuto all'autore non è riconosciuto e protetto dall'ordinamento come un fine in sé, bensì come mero strumento volto a incentivare il progresso nel campo delle arti, a beneficio (non a scapito!) dell'interesse collettivo ad una maggior produzione, diffusione e fruizione della cultura.

28. E, si badi: un siffatto primato costituzionale non potrebbe essere calpestato né da impegni di ordine comunitario, né comunque di ordine sovranazionale.

Quanto ai primi, non varrebbe invocare il limite dell'adeguamento comunitario per precludere un vaglio, in sede giurisdizionale, della compatibilità del precetto comunitario rispetto alla tutela costituzionale dei surriferiti interessi collettivi; dato che a quel limite potrebbe e dovrebbe contrapporsi, come noto, il c.d. controlimite costituzionale.

Quanto agli impegni di ordine più latamente sovranazionale, intendo riferirmi, come è chiaro, al c.d. *three step test* ed in particolare alla formulazione che di esso fornisce l'art.13 dei TRIPs.

Ebbene, da un lato, quella previsione, evidentemente diretta al potere legislativo degli stati aderenti, non sembra possa essere invocata per limitare

anche l'esercizio del potere giurisdizionale ed in particolare per precludere un controllo e un adeguamento dell'ordinamento a precetti che trovano la loro fonte nel diritto costituzionale di uno stato.

D'altro lato, per quanto la formulazione dell'art. 13 dei TRIPs ometta di richiamare, oltre all'interesse dei titolari, anche quello dei terzi (a differenza delle analoghe disposizioni in tema di diritti di proprietà industriale: artt. 17, 26.2. e 30) è noto il movimento di opinione secondo cui, per un verso, detto test non dovrebbe precludere alla giurisprudenza di interpretare analogicamente i casi di libere utilizzazioni già normativamente previsti e di crearne di nuove all'interno dei principi propri del sistema giuridico del quale essi fanno parte; per altro verso, nell'applicare il test dovrebbero essere comunque rispettati i legittimi interessi dei terzi, costituzionalmente protetti, quali quelli derivanti da diritti umani e libertà fondamentali, gli interessi alla concorrenza e altri interessi pubblici tra cui, segnatamente, il progresso scientifico e lo sviluppo culturale, sociale ed economico²⁴.

²⁴ Ci riferiamo alla *“Declaration – A Balanced Interpretation of the “Three-Step-Test” in Copyright Law”* promossa e sottoscritta da un ampio gruppo internazionale di esperti di diritto d'autore, visibile su *Il Diritto d'Autore*, 2009. pag. 359 ss., nonché su <http://www.lawfont.com/2008/07/24/a-balanced-interpretation-of-the-three-step-test/>