

X CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'EVOLUZIONE TECNOLOGICA E IL DIRITTO COMMERCIALE"

Roma, 22-23 febbraio 2019

DANIELA CATERINO

I Fan Films tra diritto d'autore e copyright

SOMMARIO. 1. Il tema: digitalizzazione del *corpus mysticum*, facilità di condivisione dei contenuti protetti e mezzi di tutela dell'autore cinematografico. - 2. Il *fan film*: fenomenologia e inquadramento della fattispecie. - 3. Il *fair use* dell'opera cinematografica originale nel diritto USA. - 4. Gli utilizzi leciti dell'opera cinematografica altrui nel diritto italiano: evoluzione e aspetti problematici. - 5. Diritti riconosciuti all'autore dell'opera derivata nel quadro del *copyright* statunitense e nella legislazione italiana e tutela del diritto morale dell'autore dell'opera originaria. - 6. Opera cinematografica derivata e UCC nel diritto d'autore europeo: l'evoluzione del sistema e il processo in itinere. - 7. Conclusioni.

1. Il tema: digitalizzazione del corpus mysticum, facilità di condivisione dei contenuti protetti e mezzi di tutela dell'autore cinematografico.

La manipolazione, l'utilizzo o il vero e proprio saccheggio a piene mani delle opere creative, per realizzare nuove opere ad esse "ispirate", sono fenomeni che affondano le loro radici nella storia remota della creazione intellettuale. Da sempre, gli episodi di plagio costellano le cronache non solo giudiziarie. Parimenti, non è nuovo il fenomeno dell'attivismo dei *fans* (di serie a fumetti, o televisive¹) nella creazione e nello scambio di lavori creativi all'interno della comunità (si pensi alle *fanzines*, originariamente

¹ Il fenomeno esplose negli USA nel 1967, dopo la messa in onda televisiva della seconda serie di Star Trek.

redatte in forma cartacea e distribuite direttamente a mano o per posta).

Il tema del trattamento legale delle elaborazioni più o meno creative realizzate a partire da opere originali - protette da *copyright* ovvero, nel diritto continentale europeo, dalla disciplina del diritto d'autore - è dunque un vero e proprio *leitmotiv* degli studi in materia.

La definizione oggi universalmente accettata di *fan fiction* si deve ad Aaron Schwabach, uno dei massimi esperti mondiali del tema, che così descrive la fattispecie: "[*fan fiction*] includes all derivative fiction and related works created by fans, whether authorized or unauthorized by the author of or current right-holder in the original work"². Si tratta, con ogni evidenza, di un concetto ampio e trasversale rispetto a tutti i comparti dell'industria culturale³; peraltro, benché molti dei risultati interpretativi possano senza particolari difficoltà o con gli opportuni aggiustamenti estendersi anche ad altri ambiti, il tema nel presente studio verrà affrontato con esclusivo riferimento alle opere di "taglio" cinematografico, pur se ordinariamente distribuite attraverso altri canali, rispetto al quale viene ordinariamente utilizzata l'espressione *fan films*.

L'evoluzione tecnologica ha contribuito in modo determinante allo sviluppo esponenziale del fenomeno, ormai riconducibile al più ampio ambito dei c.d. *Users Created Contents* (UCC)⁴, e gli ha dato connotati nuovi, più variegati e sfuggenti.

Sul piano prettamente tecnologico, già la digitalizzazione delle tecniche di produzione cinematografica, con l'abbandono della fissazione

² A. Schwabach, *The Harry Potter Lexicon and the World of Fandom: Fan Fiction, Outsider Works, and Copyright*, in *U. Pitt. Law. Rev.*, 2009, vol. 70.

³ Tra le categorie più note, si possono citare le *fansubs*, traduzioni amatoriali dei dialoghi in lingua diversa dalla originale, eventualmente con risincronizzazione e sottotitolazione; le *fanfics*, vere e proprie opere di *fiction* che prendono spunto da vicende e personaggi di opere originali; i *doujinshi*, opere autoprodotte amatorialmente ispirate ad *anime* o *manga*; i *fanvids* e le video parodie.

⁴ Definiti dall'OCSE come "contenuti messi a disposizione del pubblico su Internet che riflettono un certo grado di sforzo creativo e che vengono creati al di fuori di routine e pratiche professionali".

su pellicola del *corpus mysticum*⁵ a beneficio di un supporto parimenti immateriale aveva avuto come immediata conseguenza una più agevole diffusione e condivisione dei contenuti attraverso il Web. La fedele riproduzione della copia digitale, enormemente più facile, e soprattutto a costi enormemente ridotti, amplia gli spazi per l'utilizzo (anche indebito) di contenuti coperti da diritto di autore e consente di fatto un'appropriazione degli stessi per la loro rielaborazione e composizione in nuove opere derivate⁶.

Sul piano socioeconomico, poi, il sostanziale azzeramento dei costi di diffusione dell'opera su supporto digitale determina, di pari passo con la massificazione dell'accesso a contenuti *lato sensu* culturali, la nascita di un sentimento di "potenza" creativa anche in chi ha tradizionalmente svolto il ruolo di mero fruitore di tali contenuti⁷.

Vi è poi un ulteriore, non trascurabile profilo culturale: la rete è strumento potentissimo di creazione di relazioni - non importa quanto profonde e durature - e contribuisce, per quel che qui rileva, a facilitare la costituzione di "comunità" globali di soggetti unificati da un tratto, per l'appunto, comune: diviene enormemente più semplice e immediato individuare altri soggetti che condividono con noi la stessa passione, comunicare con loro, considerarli di volta in volta come fruitori dei nostri prodotti creativi e come creatori di contenuti a noi familiari e graditi,

⁵ T. Margoni, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, in *Giur. It.*, 2011, 1959, afferma che "Internet rappresenta il passo forse definitivo verso la completa emancipazione del *corpus mysticum* da quello *mecanicum* (sic)": a me pare che non vi sia alcun affrancamento, ma semplicemente un cambio nella natura del supporto, un po' come avviene, *mutatis mutandis*, rispetto al fenomeno della dematerializzazione dei titoli di credito, ancorati ad un substrato informatico e non più materiale.

⁶ E' stato peraltro notato che, se è vero che Internet rappresenta il più avanzato mezzo di riproduzione finora sviluppato, già l'introduzione della fotocopia ha catapultato l'autore e il suo testo nell'Era dell'Informazione: così E. Hemmungs Wirtén, *No trespassing: Authorship, Intellectual Property Rights, and the Boundaries of Globalization*, University of Toronto Press, 2004,

⁷ Il tema è stato affrontato sul piano sociologico, tra gli altri, da L. Lessig, che ha parlato di una cultura "read/write" originata da Internet: la rete trasforma i fruitori passivi in creatori attivi, sicché [traduzione mia] "qualunque ragazzino ha Photoshop, può scaricarsi una foto di George Bush, manipolare la sua faccia come vuole e mandarla agli amici. E tipicamente lo fa". L. Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, 2008.

accessibili con immediatezza e comodità⁸.

Il fenomeno dei *fan films*, che prende l'avvio negli Stati Uniti d'America, ma ha ormai conosciuto uno sviluppo a livello mondiale, non presenta caratteri univoci: si va da produzioni amatoriali a circolazione limitata, realizzate senza finalità di distribuzione commerciale, con tecniche digitali alquanto semplici ed accessibili, a prodotti più sofisticati per i quali è anche ipotizzabile una forma di sfruttamento economico. Sempre, però, questi prodotti si fondano sull'appropriazione di contenuti o parti del lavoro originale coperto da copyright o diritto d'autore, che vengono utilizzati per creare un prodotto almeno in parte nuovo.

Lo studio vuole approfondire, alla luce della disamina della variegata fattispecie concreta, le sue implicazioni giuridiche nelle due prospettive contrapposte della tutela dei diritti degli autori dell'opera cinematografica originaria (nonché del produttore, autore nel sistema anglosassone e titolare dei diritti di utilizzazione economica in quello continentale) e dei diritti di rielaborazione dell'opera originaria talora concessi a chi autore della stessa non è.

L'analisi verrà condotta in ottica comparatistica, confrontando l'impostazione continentale della disciplina con quella degli USA, in cui il quadro normativo è definito dal § 107 dell'U.S.C. 2000, che entro determinati limiti consente il "*fair use of existing works*", e dal Digital Millennium Copyright Act (DMCA), che reca al suo interno c.d. "*anticircumvention provisions*", per l'uso di contenuti digitali protetti da copyright⁹. Il diritto statunitense rappresenta un riferimento obbligato, in

⁸ Un'accurata analisi del concetto di *fan* nella letteratura sociologica e giuridica si rinviene in F. Coppa, *Fuck yeah, Fandom is Beautiful*, in *Journal of Fandom Studies*, vol. 2, n. 1, 2014, reperito in <https://www.ingentaconnect.com/content/intellect/jfs/2014/00000002/00000001/art00006?crawler=true> (file scaricato il 16/01/2019).

⁹ Quando è stato introdotto, il DMCA non conteneva alcuna esenzione per i fair users, che pertanto vedevano qualificate come illegali le loro attività di recupero di contenuti digitali da Dvd, Blu ray e altri supporti con sistemi di criptazione dei dati. Nel tempo, grazie anche alle battaglie condotte da alcune associazioni (in primis, OTW e Authors Alliance, è stata riconosciuta una esenzione per simili attività, nonché per il *download* di contenuti digitali a scopo di creazione di video remixati ad uso non commerciale.

quanto l'evoluzione del dibattito dottrinale e la maggiore frequenza con cui si sono registrate controversie ad alta risonanza mediatica hanno fatto sì che il tema venisse approfonditamente analizzato; a ciò si aggiunga il notevole attivismo dei *fans*, i cui spazi di operatività vengono garantiti anche da organizzazioni battagliere e ben strutturate, che offrono tutela legale al fine di ottenere il riconoscimento del *fair use* per le produzioni amatoriali. Meno avanzato, benché ora più vivace, il dibattito nell'Europa continentale e pressoché inesistente, nello specifico dei *fan films*, in Italia, per quanto già alcuni casi interessanti si siano registrati anche nel nostro Paese¹⁰.

Peraltro, deve essere chiaro che l'intendimento di questo lavoro non è approfondire in chiave critica le (estremamente variegate) posizioni dottrinali e giurisprudenziali¹¹ sviluppatesi nel diritto statunitense con riferimento all'applicabilità dell'eccezione di *fair use* alla *fan fiction*, allo scopo di affermarne la legittimità rispetto alla disciplina del *copyright*, e di evitare l'applicazione del DMCA, ma semplicemente assumere l'esempio USA come punto di riferimento e di confronto per impostare l'analisi del tema nell'ambito del diritto italiano.

Il tema, oltre a poter essere indagato nell'ottica della tutela morale ed economica degli autori del film e del produttore in base alla legge italiana sul diritto di autore, si presta anche all'analisi alla luce del recente dibattito europeo legato alla proposta di Direttiva sul diritto di autore 2016/0280. Uno degli aspetti maggiormente problematici nella disciplina prospettata dalla proposta riguarda proprio le eccezioni alla marcata limitazione che si vorrebbe introdurre negli utilizzi dei contenuti *on line*, eccezioni che non a

Tuttavia è attesa, in sede di revisione triennale del sistema di esenzioni raccomandate dal Copyright Office, una nuova esenzione modificata per consentire a tutti gli autori di contenuti multimediali, compresi i creatori di fanfiction, di avere accesso libero ai contenuti protetti.

¹⁰ Ad esempio, nel 2018 una casa di produzione italiana ha realizzato, grazie anche ad una campagna di *crowdfunding*, il *fan film* ispirato alla saga di Harry Potter "*Voldemort: origins of the heir*", diffuso gratuitamente su You Tube; a quanto consta, solo a condizione che il progetto non desse luogo a diretto sfruttamento economico la Warner Bros. avrebbe consentito la realizzazione dell'opera.

¹¹ Tra l'altro, come meglio si chiarirà nel prosieguo, la maggior parte dei casi giudiziari in materia hanno riguardato tipologie di *fan fiction* non conformi alla fattispecie oggetto di questo lavoro.

caso resterebbero (benché armonizzate) disciplinate su base nazionale¹², suscitando seri dubbi sull'effettivo grado di armonizzazione complessivamente raggiunta. Del resto, in parte questa stessa linea era già stata seguita con riferimento alla direttiva 2001/29/CE, generando conseguenze pesantemente stigmatizzate dalla dottrina¹³.

La materia in generale è divenuta terreno di acceso scontro ideologico tra quanti propugnano il libero accesso a tutti i contenuti *lato sensu* culturali, attribuendo alla nuova disciplina europea in corso di approvazione un ruolo censorio e repressivo, e quanti invece ritengono che persegua una doverosa e tendenzialmente equilibrata composizione tra interessi intrinsecamente contrapposti. Può dunque risultare interessante analizzare e verificare le implicazioni dei due approcci rispetto ad un oggetto concreto e specifico quale è il *fan film*.

2. Il *fan film*: fenomenologia e inquadramento della fattispecie.

La fenomenologia dei *fan films* si presenta già ad un sommario sguardo d'insieme estremamente variegata. Il più delle volte, tutto nasce dalla passione smisurata di uno spettatore, talora nata addirittura negli anni dell'infanzia¹⁴, nei confronti di una data trasmissione televisiva o di una pellicola cinematografica: passione che può condurre a risultati grandemente eterogenei. Si passa dalla realizzazione di prodotti

¹² Sul tema del carattere interno o europeo della materia del diritto d'autore v. in generale AA.VV. (a cura di Franzosi, Pollicino, Campus, Bassini), *Tavoli dell'intergruppo innovazione per il mercato unico digitale. Le sfide del Digital Single Market Copyright*, n.9/2017 delle Law and Media Working Paper Series (***)

¹³ V. Ad es. L. Guibault, *Why Cherry Picking never leads to Harmonisation. The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC*, in www.jipitec.eu, (file scaricato il 15/1/2019), che sottolinea come la principale conseguenza negativa della mancata armonizzazione di dettaglio sulle eccezioni sia l'elevatissimo grado di incertezza negli utenti riguardo all'effettivo ambito di liceità nell'utilizzo delle opere protette.

¹⁴ Si veda ad esempio il notissimo caso Axanar, che ha visto contrapposta la Axanar production, creatura di Alec Peters, fan della serie Star Trek fin dall'età di otto anni, che aveva raccolto un milione di dollari per la realizzazione di un film amatoriale ispirato ad un episodio della serie, e la Paramount Pictures che, unitamente agli Studios CBS, deteneva i *copyrights* su tutte e sei le serie televisive, nonché sui tredici film di Star Trek. Dettagli sulla vicenda in P. Du Pont, *Fanworks, Transformative Fandom, and Copyright*, scaricato da <https://medium.com/@heypaula/fanworks-transformative-fandom-and-copyright-9a78142020fd> (file scaricato il 16 gennaio 2019).

audiovisivi *homemade*, di fattura grossolana o, al meglio, artigianale, meno che adeguata ad una qualsiasi circolazione a vasto raggio e ancor meno ad un sia pur limitato sfruttamento economico, ad elaborazioni anche sofisticate, non di rado supportate da operazioni di *crowdfunding*, che consentono l'accesso a capitali anche piuttosto ingenti. Dunque, è possibile - sebbene non particolarmente frequente - che allo scopo di esaltazione ed emulazione del prodotto originario, che corrisponde all'essenza originaria ed autentica del fenomeno¹⁵, si accompagni o addirittura si sostituisca l'intento di sfruttamento commerciale (diretto o anche indiretto, ad es. grazie all'abbinamento a contenuti pubblicitari sui siti dei *filmmakers*) dell'opera derivata: il che, intuitivamente, può avere riflessi sulla valutazione della fattispecie concreta da parte delle Corti, nell'ipotesi che il titolare dei diritti sull'opera originaria convenga il *fan filmmaker* in giudizio¹⁶.

Quello appena suggerito è solo uno degli esempi di come la concreta connotazione del *fan film*, non solo nella sua essenza di prodotto creativo, ma anche nelle modalità con le quali viene distribuito, può influire in modo determinante sulla sua valutazione nel prisma della compatibilità con le normative poste a tutela del diritto degli autori ovvero dei titolari dei diritti di sfruttamento economico dell'opera originaria.

Esistono *fan films* che non utilizzano immagini originali di quest'ultima, ma ne riproducono/rievocano personaggi, ambientazioni, plot, utilizzando attori (per lo più non professionisti): il film oggetto di culto è, qui, una "ispirazione"¹⁷. Il tema centrale, rispetto a tali prodotti, è quello di chiarire se ed in che misura l'autore dell'opera originaria possa accedere ad una tutela "allargata" del suo prodotto, che da un lato, e sul piano della

¹⁵ G. Canella, op. cit., richiama lo studio di H. Jenkins, *Textual Poachers: Television Fans and Participatory Culture*, New York, Routledge, 1992, che utilizza l'espressione "cultura partecipativa" per indicare il coinvolgimento emotivo e intellettuale che connota il fan rispetto al semplice spettatore, fino ad indurlo a creare storie nuove, a partire da quelle già esistenti, ed a dividerle all'interno di una comunità aperta e interattiva.

¹⁶ L'eventualità peraltro non è particolarmente frequente. V. Stroude, op. cit., 198.

¹⁷ Sugli *Ambition Films*, focalizzati sull'ideologia sottesa a determinati prodotti filmici, con particolare riferimento alla saga di *Star Trek*, v. D. G. FRAZETTI, *Distinct Identities of Star Trek Fan Film Remakes*, in AA.VV. (a cura di S.A. Lukas e J. Marmysz), *Fearm Cultural Anxiety, and transformation: Horror, Science Fiction, and Fantasy Films Remade*, Lanham, Lexington Books, 2009, 199.

protezione del diritto morale, si ampli dalla protezione del risultato finale fino alla salvaguardia dell'essenza dei personaggi¹⁸ e dell'universo creativo dell'autore; e dall'altro, nella prospettiva del diritto allo sfruttamento economico, prenda in considerazione gli sviluppi potenziali delle vicende, non ancora fatti oggetto di attività creativa, ma - per così dire - impliciti nella prima creazione o quanto meno da essa implicati.

Vi sono poi *fan films* di chiaro carattere parodistico, in cui i personaggi e le vicende vengono trasposti in contesti tragicomici, o anche "fumettizzati", abbandonando perciò l'idea di evocare il *mood* e gli intenti originari dell'opera preesistente. Anche in questo caso, di solito manca l'utilizzazione dei materiali originali. Qui, ai temi già enunciati rispetto alla precedente tipologia si aggiunge l'indagine rivolta ad appurare se ed in che misura l'opera parodistica abbia caratteri di originalità e meriti conseguente tutela autoriale, e se la sua peculiare natura, che si risolve nel capovolgere, enfatizzare ed estremizzare i caratteri dell'opera originaria, debba essere tenuta in considerazione nella valutazione dei limiti di liceità dell'uso di contenuti protetti.

Spesso, poi, ci si trova di fronte ai cosiddetti "*mash up*", in cui invece sequenze o fotogrammi di più opere filmiche distribuite e disponibili in rete vengono ricombinate in modo originale, per lo più per concepire improbabili incontri tra personaggi (Harry Potter e l'universo di Star Wars, ad esempio), sulla falsariga di quelli spesso imbastiti dalle *majors* cinematografiche; in questo caso, ai problemi già enunciati si giustappone quello dei limiti di liceità della citazione¹⁹.

Sul piano della fattispecie, e guardando per ora al diritto italiano, può affermarsi che il *fan film* si configuri ordinariamente come un'opera derivata, nel senso di cui all'art. 4 LDA: opera che nasce dall'utilizzo consapevole e riconoscibile di opere preesistenti e protette dalla disciplina

¹⁸ In prospettiva generale, sull'argomento, v. A. Musso, *Originalità e contraffazione dei personaggi di fantasia tra diritti d'autore, diritti sui segni distintivi e diritti sui disegni o modelli: verso la sempre maggiore accumulazione asistemica fra regimi di proprietà industriale ed intellettuale (nota a Cass., 11 gennaio 2017, n. 503)*, in Riv. dir. Ind., 2018, 107 ss.

¹⁹ A meno di non intendere il concetto di citazione in un senso più ampio, che però non mi pare appartenere alla volontà del legislatore. (***)

del diritto d'autore, che vengono combinate e/o rielaborate ed utilizzate in un contesto sostanzialmente diverso da quello proprio dell'opera originaria²⁰: ne sono esempi testualmente elencati dalla norma "le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria o artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscano un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi e le variazioni non costituenti opera originale".

L'opera derivata che presenti un *quid novi*, un "grado di originalità e di individualità che valga a differenziar[la] dall'opera principale" (Falce ***) è a sua volta proteggibile come creazione, benché sia al contempo astrattamente suscettibile di essere perseguita come contraffazione, dal momento che tutte le elaborazioni creative dell'opera sono in linea di principio, sulla scorta dell'art. 18 LDA, riservate all'autore dell'opera stessa. Per sottrarsi a tale sorte l'elaborazione dovrà essere stata autorizzata dall'autore, ovvero dovrà essere riconducibile al novero delle cosiddette "libere utilizzazioni", ribattezzate "eccezioni e limitazioni" dal decreto attuativo della Direttiva 2001/29/CE (anche detta Infosoc, direttiva sulla società dell'informazione).

Il concetto di opera derivata nella disciplina USA è contenuto nella seguente definizione: i *derivative works* sono "*works based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a 'derivative work.'*".

Non vi è dubbio che, alla luce di tale definizione, l'opera derivata abbia uno spazio per essere tutelata dal *copyright*; d'altra parte, il diritto va temperato²¹ con quello spettante al creatore dell'opera originaria. Il

²⁰ V. Sul punto V. Falce, *La modernizzazione del diritto d'autore*, ... 67 ss.: L. Albertini, *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, in www.juscivile.it/contributi/2015/18_Albertini.pdf, (file scaricato il 10 gennaio 2019).

²¹ R. L. Stroude, *Complimentarty Creation: Protecting Fan Fiction as Fair Use*, in *Intellectual Property L.Rev.*, vol. 14, fasc. 1, 2010 (scaricabile da <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol14/iss1/11>), parla proprio di mediazione

Copyright Act USA risolve il conflitto in questi termini: *“The copyright in a... derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material”*.

In entrambi i contesti normativi, dunque, si affermano congiuntamente:

- a) la tendenziale dignità del *fan film* come opera derivata, proteggibile in sé purché dotata di un certo grado di originalità;
- b) l'autonomia dei diritti del suo autore, che in nessun caso può vantare pretese sui diritti scaturenti dall'opera originaria, la quale a sua volta non viene in alcun modo condizionata nella sua tutela dalla sopravvenuta protezione dell'opera derivata;
- c) la necessità di tutelare l'autore dell'opera originaria da qualsiasi conseguenza negativa sui suoi diritti che possa scaturire dalla (protezione dell') opera derivata.

Posto dunque che l'opera derivata sia autonomamente proteggibile, a quali condizioni i personaggi, le immagini, la colonna sonora, i dialoghi di un film protetto dalla disciplina del copyright o del diritto d'autore possono essere lecitamente utilizzati per realizzare un *fan film*?

Una prima, ovvia eventualità è quella che la realizzazione del *fan film* sia stata autorizzata da chi detiene i diritti sul film originario²². In tal caso, nel diritto USA la situazione appare pianamente risolta. (***) Non così, al contrario, nel diritto italiano, dal momento che, sebbene l'autorizzazione degli autori del film (e del produttore) sia in linea di principio idonea a fondare l'uso lecito dell'opera altrui, deve tenersi in debita considerazione

“between the competing interests of protecting copyrights material and secondary works by determining the extent of each protection”. Non dissimile l'approccio del legislatore europeo, su cui v. *infra* § 6.

²² Inquadramento dei diritti sull'opera cinematografica e richiami normativi e dottrinali sulla diversità delle due discipline. V. Kamina et al. (***)

la perdurante rilevanza in tale contesto della tutela di cui all'art. 20 LDA (diritto morale dell'autore dell'opera originaria), riconosciuta a tutti i coautori, che potrebbe paralizzare la diffusione del *fan film* per ragioni connesse alla lesione della onorabilità degli stessi.

La seconda eventualità di uso lecito dell'opera altrui è quella che si presenta allorquando, pur in assenza di autorizzazione del titolare dei diritti sul film originario, si accerti la ricorrenza delle condizioni, rispettivamente, di *fair use* dell'opera altrui nel diritto USA, ovvero di libera utilizzazione nel quadro delle "eccezioni e limitazioni" disciplinate dal diritto italiano di autore.

3. Il fair use dell'opera cinematografica originale nel diritto USA.

Nel diritto USA, il *fair use* dell'opera (cinematografica, ma anche letteraria e di altro genere) va comprovato mediante la verifica di quattro distinte condizioni, il cui contenuto è stato lungamente indagato dalla dottrina ed ha costituito oggetto anche di celebri approfondimenti giurisprudenziali: "1) *the purpose and character of the use, including whether such use is of commercial nature or is for nonprofit educational purposes* (che significa, anche, valutazione se la nuova opera cambi il significato di quella originaria e la renda appetibile per un diverso e nuovo pubblico); 2) *the nature of the copyright work* (in particolare, se rientri in una finalità informativa, o di mero intrattenimento); *the amount and substantiality of the portion used in relations to the copyright work as a whole* (quanta parte dell'opera originale viene utilizzata nell'opera derivata?); 4) *the effect of the use upon the potential market for or value of the copyright work* (che significa stimare se la distribuzione e la vendita dell'opera derivata incide sul profitto atteso per l'autore dell'opera originale)"²³.

L'applicazione più o meno estesa della *fair use doctrine* segna il punto di equilibrio tra due interessi contrapposti, ritenuti entrambi meritevoli di tutela: quello del titolare del *copyright* sull'opera principale e quello di chi vuole utilizzarne i contenuti per la creazione dell'opera derivata. Nel tempo, la posizione della giurisprudenza nella definizione pratica della

²³ Analizza il tema della *fan fiction* nell'ottica dei riflessi economici dei diritti d'autore C. Chung, *Holy Fandom, Batman! Commercial fan works, fair use, and the economics of complements and market failure*, in <https://www.bu.edu/jostl/files/2015/02/04ChungWeb.pdf>

rilevanza dei criteri è stata oscillante; non a caso, nel 1976 l'U.S. Copyright Office ha addirittura creato un *Fair Use Index* che funge da guida nella complessa *case law* della materia. Non di rado, le Corti non hanno preso in considerazione, ai fini del giudizio, la ricorrenza di tutti i parametri elencati; spesso le decisioni si sono concentrate su uno o due requisiti.

L'impressione complessiva che si ricava dall'esame dell'ormai cospicuo substrato di elaborazione scientifica e giurisprudenziale sul tema è quella di un'estrema genericità di tali criteri, che nella *mens legislatoris* avrebbe dovuto comportare l'effetto desiderabile di un elevato livello di flessibilità nell'applicazione della disciplina, ma che in realtà ha condotto a risultati applicativi talvolta pesantemente contraddittori o, quanto meno, alquanto confusi nell'iter argomentativo.

Se a ciò si aggiunge la complessità fenomenologica dell'universo dei *fan films*, si comprende *ictu oculi* come la *reductio ad unum*, con l'obiettivo di una valutazione unitaria della fattispecie nel prisma del *copyright* statunitense²⁴, si riveli operazione velleitaria e sostanzialmente priva di senso. Occorre al contrario analizzare caso per caso le modalità in cui il fenomeno si presenta, enucleando gli elementi salienti che potranno di volta in volta orientare l'interprete e il giudice.

Uno dei massimi esperti statunitensi sul tema, Aaron Schwabach, ha addirittura affermato²⁵ che nella maggior parte dei casi dubbi "*there's really no way to know except to publish, see if anyone sues, go to court, and see what the court decides*"; ed ha concluso nel senso che il risultato di tale approccio del legislatore è di fatto quello di ridurre al silenzio coloro i quali non sono nelle condizioni economiche di sostenere un giudizio. A fronte dell'amplessima diffusione del fenomeno, ben pochi sono stati i casi in cui la controversia ha raggiunto l'aula di un tribunale²⁶. Anche per questo sono nate organizzazioni a carattere associativo rivolte alla difesa dei diritti dei

²⁴ Nota di approfondimento sull'approccio, parzialmente diverso, del diritto UK al tema delle eccezioni. (***)

²⁵ In una conversazione informale riportata nel saggio di G. Canella *Fan fiction and the transformation of ownership*, Paper presentato alla International Communication Association annual conference del 24 maggio 2015 a Porto Rico e reperito in www.academia.edu.

²⁶ Un'interessante analisi in S.A. Oakey, *Please don't sue! Regulation, Control and Ownership in Fan (Fiction) Communities*, Master of Arts Thesis, University of Adelaide, 2011.

*fanfilmmakers*²⁷.

Pur in tale articolato scenario, è possibile enucleare alcuni punti fermi nel trattamento della *fan fiction* rispetto alla *fair use doctrine* ed esistono significativi tentativi della dottrina USA in questo senso, rivolti da un lato a classificare le diverse tipologie concretamente assunte dal fenomeno e dall'altro e correlativamente a suggerire come applicare a ciascuna di esse la *fair use doctrine*. In particolare, è stato rilevato come si possano individuare due differenti macrocategorie di *fan fiction*, che sono state rispettivamente qualificate *referential works* e *participatory works*.

La prima categoria - che è poi quella rispetto alla quale si sono registrati i più significativi precedenti giurisprudenziali²⁸ - non presenta interesse ai fini del presente lavoro, in quanto si tratta di guide (per lo più scritte e pubblicate on line) elaborate dai *fans* per aiutare il pubblico a districarsi nella spesso enorme mole di informazioni relative all'universo di una data *fiction* e ai personaggi che lo popolano. La seconda, al contrario, costituisce l'oggetto specifico di cui occuparci, in quanto i *participatory works* attingono ai personaggi della storia originale per modificarli e/o inserirli in nuove situazioni e costruire nuove vicende, trasfondendo nell'opera la propria personalità. Peraltro, è tratto comune a questo tipo di opere la naturale propensione collaborativa degli autori: "*welcoming other fans' contribution to the creation of participatory works allows the creation to be a community effort*"²⁹; il che significa che, sebbene l'opera derivata possa - a determinate condizioni - essere a sua volta protetta da *copyright*, più spesso in concreto la distribuzione dell'opera si realizzerà mediante strumenti di *copyleft*, come le licenze *Creative commons*.

In proposito, è stato proposto³⁰ che le Corti debbano trattare i *participatory works*, dal punto di vista dell'applicazione della *fair use doctrine*, alla stessa stregua delle *parodie*³¹, dal momento che in entrambi i casi

²⁷ Dettagli (***)

²⁸ richiami di dottrina e giurisprudenza (***)

²⁹ Da Stroude, op. cit., 197.

³⁰ Ead., *ibidem*.

³¹ Rispetto alle quali si è già affermato nelle Corti USA un orientamento favorevole all'applicabilità della *fair use doctrine*: cfr. ad es. *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257, reperibile in <https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1332488.html>

l'autore dell'opera derivata deve necessariamente prendere a prestito a piene mani dal lavoro originale per poter pienamente raggiungere il suo intento.

Le parodie si connotano nell'esperienza giurisprudenziale USA come opere orientate a commentare o sottoporre a critica un'opera preesistente, appropriandosi di elementi dell'originale per creare un nuovo prodotto artistico, e non scolastico o giornalistico; pertanto, l'utilizzo anche di ampi stralci dell'opera preesistente viene considerato legittimo. Peraltro, l'ampiezza della nozione di parodia da assumere quale base delle decisioni è tutt'altro che indiscussa³². (***)

Nell'opinione di autorevole dottrina italiana³³, l'opera derivata di impronta parodistica da un lato assume autonoma dignità e risulta quindi proteggibile ai sensi della disciplina sul diritto d'autore³⁴; ma non tutti i *fan films* sono, come detto, riconducibili a tale "tipo" estetico e d'altra parte, in assenza di autorizzazione dell'autore dell'opera originaria, sussistono - come si vedrà nel prosieguo - seri dubbi sulla attuale possibilità di invocare per essa un'eccezione (***)

4. *Gli utilizzi leciti dell'opera cinematografica altrui nel diritto italiano: evoluzione e aspetti problematici.*

L'art. 18 LDA riserva all'autore il diritto di traduzione³⁵ e di elaborazione in tutte le forme contemplate dall'art. 4 LDA, enumerando (in termini che

(verificato il 14 gennaio 2019), in cui la U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit decise in sfavore di Margaret Mitchell, autrice di *Gone with the wind* (Via col vento), consentendo la pubblicazione del libro di Alice Randall *The wind done gone*. Si veda altresì *Campbell v. Acuff-Rose Music*, binding precedent nell'Eleven Circuit, che ha ammesso il *fair use* con riferimento all'uso parodistico di una linea di basso della notissima canzone di Ray Orbison "*Oh pretty woman*".

³² V. in proposito B. S. Murphy, *The Wind Done Gone: Parody or Piracy? A Comment on Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, in *Georgia State U. L. Review*, vol.19, issue 2, 2012, disponibile all'indirizzo <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol19/iss2/7> (verificato il 14 gennaio 2019).

³³ V. Ghidini.

³⁴ Le questioni relative ai *fan films* non riconducibili al genere parodistico verranno trattate successivamente.

³⁵ Approfondimento sul tema dei sottotitoli, che rappresentano una delle forme tipiche attraverso cui si realizza la *fan fiction*. (***)

non si ritengono tassativi, ma meramente esemplificativi³⁶, anche allo scopo di mantenere margini di elasticità del sistema come meccanismo omeostatico di adattamento all'evoluzione tecnologica) "le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria, le modificazioni e aggiunte che costituiscano un rifacimento sostanziale dell'opera, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale".

In base poi all'art. 20 LDA, "indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera [...] ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi ad ogni deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione". Quindi anche se l'opera derivata è originale e astrattamente proteggibile, in virtù del preventivo accordo con l'autore dell'opera originaria o in applicazione di una norma sulle libere utilizzazioni (oggi definite, in ossequio alla terminologia della direttiva 2001/29, "eccezioni e limitazioni"), se il risultato è lesivo della persona dell'autore originario l'opera derivata non godrà di alcuna tutela.

Il quadro normativo italiano in tema di libere utilizzazioni delle opere coperte da diritto di autore ha subito rilevanti modifiche per effetto dell'attuazione della direttiva europea c.d. "Sull'armonizzazione del diritto d'autore nella società dell'informazione" (Dir. 2001/29), che peraltro ha introdotto ulteriori eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi degli autori sulla base di principi già *illo tempore* individuati nella Convenzione di Berna,

³⁶ Le elaborazioni cui l'opera originaria può essere sottoposta sono le più varie e l'elenco di cui all'art. 4 LA non deve considerarsi tassativo, anche perché l'evoluzione tecnologica porta alla nascita di nuove tecniche di intervento: si pensi alla colorizzazione delle pellicole nate in bianco e nero, o all'aggiunta del sonoro in un film muto. Può anche accadere che l'opera che elabora un'opera precedente, esprimendo in una nuova forma esterna la forma interna di un'altra opera, ma conservando al contempo riconoscibile "la sostanza dell'opera preesistente" (in questi termini L. Albertini, *L'opera elaborata e la questione della sua titolarità*, in www.juscivile.it, 2015, 7, 362) si renda completamente indipendente da quella originaria, quando avvenga che i contenuti ripresi vengano utilizzati per raggiungere un diverso effetto artistico od estetico; otterrà in tal caso protezione come opera originale ai sensi dell'art. 2, co. 2 LA. Ma non mi pare questo il caso, in genere, dei *fan films*, che per lo più mirano a replicare atmosfere e suggestioni proprie dell'opera originaria, e non a decontestualizzarne i contenuti o a traslarli in differenti generi.

e segnatamente nel testo approvato a Roma nel 1928. Secondo l'opinione dottrinale dominante nel nostro Paese, peraltro, le libere utilizzazioni (o meglio, come ora vengono chiamate, le eccezioni e limitazioni) andrebbero ricostruite in termini di deroghe a carattere eccezionale, sicché il loro elenco non può che intendersi come tassativo e insuscettibile di applicazione analogica³⁷.

Inoltre, l'utilizzo delle opere in deroga ai diritti esclusivi degli autori viene assoggettato³⁸ dall'art. 71 *nonies* LA (in conformità all'art. 5.5 della Direttiva) alla verifica di conformità al c.d. "*three step test*", elaborato nella Convenzione di Berna, secondo cui le eccezioni, oltre ad essere contenute nel suddetto elenco, devono altresì risultare non contrastanti con lo sfruttamento normale dell'opera e non ingiustificatamente pregiudizievoli rispetto ai legittimi interessi del titolare³⁹.

In origine, l'unica ipotesi di libera utilizzazione contemplata dalla legge italiana che potesse rilevare come centrale per il tema che qui ci occupa era quella disciplinata dall'art.70 co. 1 LDA, che così stabiliva: "Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera, per scopi di critica, di discussione ed anche di insegnamento, sono liberi nei limiti giustificati da tali finalità e purché non costituiscano concorrenza alla utilizzazione economica dell'opera". La giurisprudenza aveva peraltro, nel tempo, e proprio a partire da questa ipotesi testuale, elaborato ulteriori casi di libera utilizzazione, fondati sui particolari connotati del prodotto risultante dall'attività di rielaborazione, quali la parodia o il *pastiche*, che

³⁷ Ma v. diversamente, e con argomentazioni fondate, M. Ricolfi, in Tratt, Cottino (***)

³⁸ Quanto meno con riferimento ai contenuti resi disponibili *on demand*, e quindi anche tipicamente per i *films*. V. in argomento T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni...*, in *Giur. it.*, 2011, 1959 ss., che ha condivisibilmente affermato che l'applicazione del *three steps test*, nato per valutare la ragionevolezza e l'accettabilità di nuove eccezioni in un sistema aperto, diventa strumento ridondante, quasi fuori fuoco, quando traslato in un sistema, quale è quello italiano, chiuso - malgrado l'attuazione della Direttiva - e caratterizzato oltretutto da eccezioni che da un lato parrebbero tassativamente elencate e dall'altro risultano oggetto di un'interpretazione tradizionalmente stretta da parte della giurisprudenza interna.

³⁹ Il riferimento al *three steps test* torna anche nel testo della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, COM (2016)0593, su cui v. *infra*, § 6.

tuttavia non avevano trovato esplicito accoglimento nel testo normativo⁴⁰.

Entrambi i casi sono, al contrario, puntualmente riflessi (in termini di eccezione relativa tanto al diritto di riproduzione, quanto a quelli di comunicazione al pubblico e di distribuzione) nella casistica di cui all'art. 5.3 della Direttiva, che menziona come legittime eccezioni tanto (lett. d) "le citazioni, per esempio a scopo di critica o rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e nei limiti di quanto giustificato dallo scopo specifico", quanto (lett. k) le utilizzazioni "a scopo di caricatura, parodia o *pastiche*".

In sede di attuazione della Direttiva Infosoc, con il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il legislatore italiano, sorprendentemente, ha scelto di non recepire nell'elenco delle eccezioni contemplate dal nuovo testo della LDA quest'ultima ipotesi, che pure come detto era stata enucleata a livello giurisprudenziale. Inoltre, ha differenziato l'approccio tra l'uso per critica o discussione e l'utilizzo per finalità didattica o di ricerca scientifica, introducendo in relazione a tali ultime due ipotesi l'ulteriore requisito dell'utilizzo "per finalità illustrative e per fini non commerciali"; necessità ribadita anche con riferimento all'ulteriore ipotesi di deroga introdotta dal comma 1-bis dell'art. 70 LA, che consente, a patto che non sussista scopo di lucro, "la libera pubblicazione attraverso la rete Internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico".

L'attuale testo dell'art. 70, dunque, continua per un verso ad accorpere in un'unica eccezione due ipotesi che la Direttiva Infosoc ha cura di tenere distinte in punto di fattispecie come di disciplina (il diritto di citazione e quello di riproduzione per insegnamento e ricerca) e per altro verso omette di introdurre nella casistica delle eccezioni quella relativa all'utilizzo per caricatura, parodia e *pastiche*.

Ciò ha comprensibilmente alimentato un dubbio interpretativo: non la si è inserita perché già compresa nell'interpretazione acquisita dell'art. 70 co. 1 LDA nel testo previgente, oppure la sua esclusione segnala un esplicito

⁴⁰ Riferimenti dottrina e giurisprudenza (***)

intento di tenere questi generi di opere derivate fuori dalla tutela? La questione non è affatto semplice da risolvere, anche perché in una prospettiva europea sussistono grandi incertezze in dottrina in ordine alla natura tassativa o esemplificativa del catalogo di eccezioni introdotto dalla Direttiva: numerosi Autori concordano sulla possibilità per gli Stati membri di introdurre sia per via legislativa, che attraverso il portato dell'applicazione giurisprudenziale, ulteriori limitazioni non espressamente contemplate dalla Direttiva: altri propendono per la natura chiusa dell'elenco.

Se si dovesse traslare quest'ultimo schema interpretativo al contesto della legge italiana, probabilmente l'interprete dovrebbe orientarsi nel senso di una chiusura al precedente *acquis* della giurisprudenza italiana sulla legittimità delle parodie e dei *pastiches*. Peraltro, una simile rigidità appare estranea ed eccessiva rispetto agli scopi dell'armonizzazione, che non si propone di uniformare i diritti nazionali a dispetto delle tradizioni giuridiche e dei costumi sociali, ma semplicemente di rimuovere gli ostacoli ad un efficiente funzionamento e sviluppo del mercato interno europeo.

L'approccio casistico rigido e chiuso è estraneo tanto al modello fatto proprio dalla Convenzione di Berna, benché il tema sia stato esplicitamente affrontato nella Conferenza di Stoccolma del 1967, quanto - come è per certi versi ovvio - all'esperienza giuridica dei paesi di *common law* e in particolare degli USA: ma soprattutto, come è stato convincentemente sottolineato, "*a fixed list of limitations lacks sufficient flexibility to take account of future technological development*"⁴¹. Così la Direttiva ha scelto la strada di introdurre, per le eccezioni e limitazioni, due tipologie di norme: una serie di limitazioni specifiche, ma formulate fissando in modo ampio i confini entro cui gli Stati membri possono legiferare, ed una serie di categorie generali di situazioni, in relazione alle quali gli Stati membri possono decidere di applicare limitazioni: soprattutto con riferimento a quest'ultimo caso, stante l'impossibilità di dare attuazione testuale alla direttiva, semplicemente riproducendo nel diritto interno le sue previsioni, gli Stati hanno per lo più interpretato le limitazioni contemplate dalla Direttiva sulla base delle rispettive tradizioni giuridiche, con l'ovvia conseguenza che situazioni apparentemente simili sono regolate in modo diverso nei vari

⁴¹ L. Guibault, *Why Cherry Picking never leads to Harmonisation*, cit., 58.

Stati membri.

Così, con riferimento al contesto normativo italiano, è stata sostenuta l'argomentazione secondo cui la Costituzione, nel riconoscere spazi alla tutela della proprietà anche intellettuale, ne richiede al contempo il contemperamento con il superiore interesse all'accesso alla conoscenza (art. 33 Cost.). Tuttavia, tale inquadramento giustifica una differente gerarchizzazione degli interessi tutelati, a seconda che la libera utilizzazione persegua finalità di mero intrattenimento, ovvero sia invece finalizzata a realizzare esigenze fondamentali connesse a libertà fondamentali, come quella di ricerca scientifica⁴².

Il gravissimo rischio di questa linea interpretativa è quello di una deriva moralistica e paternalistica della tutela: l'utilizzazione dell'opera protetta per fini di puro divertimento, come di regola è per i *fan films*, verrebbe deprezzata, apparendo futile di fronte a quella motivata dal nobile fine del progresso della scienza, benché in quest'ultimo caso possa ordinariamente sussistere una finalità di profitto che invece nel primo caso per lo più manca⁴³ (e infatti, non a caso, l'eccezione contemplata dalla legge italiana richiede per l'uso didattico o a fini di ricerca l'ulteriore requisito dell'assenza di finalità commerciale).

Una simile gerarchizzazione apparirebbe altresì in contrasto con l'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale "ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso

⁴² Così L. Briceno Moraia, *Sulla interpretazione delle libere utilizzazioni per finalità di ricerca alla luce delle novità introdotte dal trattato di Lisbona*, in www.dimt.it (file reperito il 16/01/2019). Si noti tuttavia che altri Autori hanno messo in luce come l'ingiustificata limitazione quantitativa del diritto di citazione per fini di ricerca o insegnamento, assolutamente inesistente nell'approccio comunitario, possa configurare un'ipotesi di contrasto della legge italiana con la fonte europea.

⁴³ Per un'intrigante costruzione favorevole ad un approccio per così dire "pedagogico" al fair use, rivolto a fare in modo che le Corti siano spinte a valutare con maggiore clemenza gli usi "creativi" del materiale altrui coperto da *copyright*, sulla base dell'affermata opportunità di spingere i cittadini americani a vivere una *good life*, una vita piena fatta di stimoli e di attività appaganti, si veda l'interessantissimo studio di W. Fisher, *Reconstructing the Fair Use Doctrine, Part V: Utopian Analysis*, in *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, 1661.

scientifico ed ai suoi benefici". In sostanza tale norma stabilisce il diritto della collettività a godere della cultura, delle arti e del progresso scientifico, e tale diritto deve essere posto in corretto bilanciamento con il diritto del singolo di godere i frutti delle proprie opere, il quale trova il suo espresso limite proprio nel diritto dell'intera collettività a godere dei benefici dell'ingegno umano. E del resto l'art. 5.3 della direttiva 2001/29/CE contempla senza alcuna graduazione gerarchica, nello stesso elenco di casi in cui "gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 (diritto di riproduzione) e 3 (diritto di comunicazione di opere al pubblico e di messa a disposizione", le due ipotesi or ora contrapposte: alla lett. a) figura l'utilizzo per esclusiva "finalità illustrativa per scopo didattico o di ricerca scientifica, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito"; alla lett. k) ritroviamo l'utilizzo "a scopo di caricatura, parodia o *pastiche*".

5. Diritti riconosciuti all'autore dell'opera derivata nel quadro della copyright law statunitense e nella legislazione italiana e tutela del diritto morale dell'autore dell'opera originaria.

Come in precedenza accennato, vi è una differenza profonda tra i due sistemi rispetto al tema dei limiti di liceità della rielaborazione pur rientrando negli usi leciti non autorizzati, ovvero autorizzata dal titolare dei diritti sull'opera originaria. L'aspetto fondamentale è quello della persistenza nel diritto italiano della tutela "morale", sconosciuta al sistema USA, che si articola *in primis* nella disciplina recata dall'art. 20 LDA. Ci si può chiedere se abbia riflessi sul tema anche la norma (art. 142 LDA) relativa al diritto di ritiro dell'opera dal commercio.

Tuttavia anche nell'ambito statunitense esistono sollecitazioni dottrinali rivolte a stigmatizzare negativamente l'attività di appropriazione di materiali non ancora pubblicati, nel presupposto che simili comportamenti vadano a pregiudicare in modo irrimediabile l'attività creativa del soggetto "depredato", sicché nella visione qui suggerita giammai una Corte potrebbe riconoscere carattere di *fair use* ad un'operazione del genere⁴⁴.

⁴⁴ W. Fisher, *Reconstructing the Fair Use Doctrine, Part V: Utopian Analysis*, cit., che così si esprime: "Both to ensure that artists (as well as consumers) have maximum opportunities for

(***)

6. *Opera cinematografica derivata e UCC nel diritto d'autore europeo: l'evoluzione del sistema e il processo in itinere.*

Quello che apparentemente è un problema di diritto d'autore, risulta ad un esame più approfondito una questione ben più complessa e vasta, in quanto riguarda gli stessi concetti di autore e di creatività, che devono probabilmente essere sottoposti a revisione nel quadro di un differente modo di produzione dell'opera reso possibile dalle tecnologie digitali⁴⁵, che rendono fruibili a chiunque senza investimenti contenuti che possono essere presi a prestito - se non proprio saccheggianti. E del resto, come ha notato avveduta dottrina, le stesse *majors* cinematografiche hanno fatto ampio uso di tale metodo, attingendo a piene mani a racconti tradizionali e opere letterarie ormai di pubblico dominio⁴⁶.

Da tali considerazioni prende le mosse un orientamento ideologico, prima ancora che giuridico, rivolto a valorizzare e proteggere i "*consumers' creative rights*", visti come valorosi combattenti contro le egemonie culturali,

engaging in meaningful work and to increase the maturity and diversity of the artifacts they generate, [the judge] should be loath to privilege activities that threaten the creative process. So, for example, he should disfavor conduct that results in disclosure of works of art before their creators deem them finished, insofar as both premature divulgence itself and fear of such disclosure undercut artists' willingness and ability to take the time they need to refine their works to their satisfaction. The courts' current reluctance to recognize as fair any copying of "unpublished" materials goes a considerable distance toward accommodating this concern. More precise would be a guideline that simply incorporated the concern itself -- namely, that disfavored unauthorized uses of materials the creators of which were still considering revising. L'eventualità qui divisata con singolare prescienza si è poi concretizzata nel noto caso *Midnight sun* di Stephanie Meyers, autrice della saga di *Twilight*, che - indispettita dall'abuso commesso nel rendere pubblici materiali non ancora pronti per la pubblicazione -, dopo la divulgazione dei primi capitoli del nuovo romanzo ha deciso di abbandonare il progetto, lasciando peraltro in pasto ai *fans* l'idea creativa di partenza (riscrivere il primo dei romanzi della saga dal punto di vista del protagonista maschile e non più della protagonista femminile). In argomento si veda J. D. Lipton, *Copyrighting Twilight: Digital Copyright Lessons from the Vampire Blogosphere*, in *Akron Law Publications*, vol. 142, 2014.

⁴⁵ V. in argomento A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2018, LXXII, 471 ss.

⁴⁶ G. Canella, *op. cit.*, ricorda come il grande successo Disney "Frozen" sia basato sulla favola di Hans Christian Andersen "La regina della neve", datata 1844.

intervenendo sulla disciplina del *copyright*⁴⁷. Rispetto a tali posizioni estreme, altre voci assumono un atteggiamento decisamente più prudente, invitando alla cautela⁴⁸ ed evidenziando il rischio che anche questo mercato sia monopolizzato da chi detiene i mezzi più cospicui, non solo in termini finanziari, ma di “*social and cultural capital*”.

Il rischio, fin troppo evidente, è quello di una idealizzazione del processo creativo, concepito come doverosamente libero da qualunque vincolo giuridico, tendenzialmente collettivo e dunque contrapposto alla figura dell'autore individuale, tramandata dalla tradizione giuridica che affonda le sue radici nella genesi del *copyright* (=diritto di copia), padrone della sua opera e unico legittimato alla sua riproduzione.

Ci si può chiedere in che misura questo rischio emerga anche nella posizione attendista espressa nella Comunicazione del Parlamento Europeo e del Consiglio sul Diritto d'Autore nella Società dell'Informazione (COM (2009) 532 del 19 ottobre 2009, di seguito indicata come la Comunicazione), laddove si afferma (facendo riferimento al Libro Verde sul “Diritto d'autore nella società della conoscenza”) che “*The Green Paper looked into existing exceptions which might be relevant for UCC (quotations for criticism or review, incidental use and caricature, parody or pastiche) and the possible introduction of a new exception to cater for 'creative, transformative or derivative works'.* The outcome of the consultation shows that most of the stakeholders consider that it is too early to regulate UCC. There is ambiguity as to the scope of UCC. It is also unclear whether both amateurs and professionals should benefit from special rules on UCC and how a distinction between those groups can be drawn or how rules on UCC would relate to existing limitations, such as quotations, incidental use, and caricature, parody or pastiche. As the issue of UCC is still a nascent phenomenon, the Commission intends to further investigate the specific needs of non-professionals that rely on protected works to create their own works. The Commission will further consult on solutions for easier, more affordable and user-

⁴⁷ In tal senso P. McKay, *Culture of the future: Adapting copyright law to accommodate fanmade derivative works in the twenty-first century*, in *Regent University Law Review*, vol. 24, n.117, 2011, p.117; R. Raley, *Tactical media*, Minneapolis-London, The University of North Carolina Press, 2009 (che non vidi, cit. da G. Canella, *op.cit.*).

⁴⁸ “*It is worth cautioning against a total celebration of purely symbolic online activism*”; G. Canella, *op. cit.*.

friendly rights clearance for amateur users”.

La Comunicazione, pertanto, già dieci anni orsono dava atto della consapevolezza da parte delle istituzioni europee della rilevanza e dell’ambiguità della questione, legata a diversi fattori fondamentali: la difficoltà di definire in modo unitario e univoco i connotati del fenomeno, la complessità della distinzione tra utenti “dilettanti” e “professionisti”, la sussistenza di dubbi sull’applicabilità alla fattispecie delle limitazioni già esistenti nel quadro normativo UE (segnatamente, citazioni, uso occasionale, caricatura, parodia, *pastiche*). Il dibattito pur serrato, ma spesso colorito di sfumature ideologiche che hanno alimentato approcci preconcepi, non ha ancora sortito effetti significativi.

In effetti, nella proposta originaria di Direttiva del 2016, che di quel dibattito costituiva il provvisorio precipitato, pur dandosi esplicitamente atto della necessità di adeguare la disciplina armonizzata delle eccezioni alle nuove sollecitazioni derivanti dalla diffusione della tecnologia (cfr. “Motivi e obiettivi della proposta”, in cui espressamente si dice che “visti i nuovi tipi di utilizzo recentemente emersi, ci si chiede se “le eccezioni’ siano ancora idonee a realizzare un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi degli autori e di altri titolari di diritti, da un lato, e degli utenti, dall’altro”), la Commissione limitava la prospettiva di intervento ritenuta necessaria a tre settori: “utilizzi digitali e transfrontalieri nel settore dell’istruzione, estrazione di testo e di dati per scopi di ricerca scientifica e conservazione del patrimonio culturale”. Nessuna attenzione veniva al contrario riservata al tema degli UCC, considerato – malgrado il trascorrere di un decennio – ancora non maturo per un’espressa presa di posizione del legislatore europeo⁴⁹.

Le note difficoltà nel processo di approvazione della Direttiva, dovute peraltro a materie estranee al tema del presente lavoro, e sfociate nella drammatica bocciatura del testo nel luglio 2018, hanno consentito di aprire nuovi scenari di approfondimento che hanno condotto

⁴⁹ Un primo commento alla Proposta, nella versione originaria, con riferimenti al quadro complessivo dell’intervento europeo in tema di contenuti digitali, v. AA.VV. (a cura di M. Franzosi, O. Pollicino, G. Campus e M. Bassini), *Tavoli dell’Intergruppo Innovazione per il Mercato Unico Digitale. Le Sfide del Digital Single Market Copyright*, n. 9/2017 dei *Law and Media Working Paper Series*,

all'approvazione di una nuova proposta, recante oltre 200 emendamenti, approvata dal Parlamento europeo il 12 settembre 2018 ed oggi sottoposta ad esame secondo il meccanismo procedimentale del c.d. "Trilogo" (***)).

Il risultato di questo processo di osservazione e riflessione, esteso anche al tema degli UCC, emerge oggi nei Considerando 21 *bis* e 21 *ter* della Proposta modificata di Direttiva:

(21 bis) A seguito degli sviluppi tecnologici sono emersi servizi della società dell'informazione che consentono agli utenti di caricare o mettere a disposizione contenuti sotto forme diverse e per finalità differenti quali l'illustrazione di un'idea, la critica, la parodia o il pastiche. Tali contenuti possono includere brevi estratti di opere o di altro materiale protetti preesistenti che gli utenti potrebbero aver modificato, combinato o trasformato in altro modo.

(21 ter) Nonostante qualche sovrapposizione con le eccezioni o le limitazioni esistenti, ad esempio quelle relative alle citazioni e alla parodia, non tutti i contenuti caricati o messi a disposizione da un utente che comprendono ragionevolmente estratti di opere o di altro materiale protetti sono coperti dall'articolo 5 della direttiva 2001/29/CE. Una situazione di questo tipo crea incertezza giuridica per gli utenti e i titolari di diritti. È, pertanto, opportuno prevedere una nuova eccezione specifica per consentire gli utilizzi legittimi degli estratti di opere o di altro materiale protetti preesistenti nei contenuti caricati o messi a disposizione dagli utenti.

Laddove i contenuti generati o messi a disposizione dagli utenti comportino un uso breve e proporzionato di una citazione o di un estratto di un'opera o di altro materiale protetti per un fine legittimo, tale utilizzo dovrebbe essere tutelato mediante l'eccezione prevista dalla presente direttiva. Tale eccezione dovrebbe essere applicata solo in determinati casi particolari che non siano in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera o dell'altro materiale in questione e che non arrechino ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare dei diritti. Al fine di valutare tale pregiudizio è fondamentale che il grado di originalità dei contenuti in questione, la lunghezza o l'ampiezza della citazione o dell'estratto utilizzato, il carattere professionale del contenuto in questione o il grado di danno economico arrecato siano esaminati, se del caso, senza precludere la legittima fruizione dell'eccezione. Detta eccezione dovrebbe lasciare impregiudicati i diritti morali degli autori dell'opera o dell'altro materiale.

Ulteriormente, la Proposta modificata aggiunge, al Considerando 21-*quater*, che tale eccezione non dovrebbe in ogni caso poter essere invocata da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione, cui dovrebbe trovare applicazione il tanto discusso art. 13⁵⁰, per ridurre la portata degli obblighi loro imposti.

Nessuna conseguenza immediata di tali pur rilevanti affermazioni di principio si riflette però nel testo della proposta di direttiva: si tratta di impegni programmatici che potranno forse trovare attuazione nel quadro di una modifica della direttiva 2001/29/CE, ma che per ora non trovano ancora disciplina puntuale nell'articolato della Direttiva. Dai *Considerando* ora ora descritti emerge l'intendimento di lasciare, per ora, l'attività di diffusione degli UCC sottoposta alle eccezioni e limitazioni già esistenti, peraltro nella manifesta convinzione che il campo di applicazione di tali deroghe non sia del tutto in grado di coprire l'ambito di rilevanza, tra l'altro crescente, del fenomeno; e nella ribadita consapevolezza del carattere frastagliato e non pienamente armonizzato dei regimi nazionali.

Non mi pare, poi, che dall'approccio del legislatore comunitario emerga l'idea dell'opportunità di un indiscriminato ampliamento dell'eccezione "parodia e *pastiche*", e ciò non solo per i numerosi *caveat* recati dal Considerando 21 *ter*, ma anche perché altrove nel testo della Proposta emendata di Direttiva emerge fortemente un'altra esigenza, dettata dalla consapevolezza anche della rilevanza economica dell'industria culturale e della necessità di non consentire che i potenziali guadagni vengano intaccati da questi prodotti derivati. Significativo in questo senso il nuovo

⁵⁰ "Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online che memorizzano e danno accesso a grandi quantità di opere e altro materiale caricati dagli utenti" i quali, secondo il testo modificato dell'art. 13 della Proposta modificata da ultimo approvato dal Parlamento Europeo il 12 settembre 2018, "svolgono un atto di comunicazione al pubblico" e pertanto sono tenuti ad una serie di obblighi, tra cui la conclusione di accordi equi e adeguati di licenza con i titolari dei diritti, recanti anche la disciplina della responsabilità per le opere caricate dagli utenti a scopi non commerciali, l'obbligo di cooperazione in buona fede con i titolari dei diritti "per garantire che non siano disponibili nei loro servizi opere o altro materiale protetti non autorizzati", senza oscurare i prodotti legittimi, ivi compresi quelli coperti da un'eccezione o limitazione ai diritti d'autore, l'obbligo di istituire - in conformità alle previsioni degli Stati membri - meccanismi di reclamo e ricorso celeri ed efficaci a disposizione degli utenti qualora la cooperazione conduca alla rimozione ingiustificata dei loro contenuti.

Considerando 36 bis, anch'esso frutto degli emendamenti estivi, che così recita: *“Le industrie culturali e creative (ICC) svolgono un ruolo fondamentale nella reindustrializzazione dell'Europa, sono un elemento trainante per la crescita e si collocano in una posizione strategica per stimolare ricadute innovative in altri settori industriali. Le ICC, inoltre, sono una forza trainante per l'innovazione e lo sviluppo delle TIC in Europa. In Europa le industrie culturali e creative impiegano a tempo pieno oltre 12 milioni di lavoratori, ossia il 7,5 % della popolazione attiva dell'Unione, generando all'incirca 509 miliardi di EUR di valore aggiunto per il PIL (5,3 % del VAL totale dell'UE). La tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi rappresentano l'elemento centrale dei proventi delle ICC. (...).*

Dunque, la tendenza che si viene delineando nell'approccio delle istituzioni europee è nel senso di una tendenziale conservazione degli spazi di eccezione, in termini di uso lecito di contenuti protetti da diritto d'autore, a favore di soggetti non professionali, e fermo restando il vincolo comportamentale, generatore di responsabilità, posto a carico dei fornitori dei servizi della società dell'informazione, ma non di un loro ampliamento *ad hoc*, che premî gli UCC. Nel contempo, viene ribadito il principio del diritto ad una remunerazione equa e proporzionata degli autori per lo sfruttamento delle loro opere e materiali, incluso quello *online* (art. 14 Prop. Modif.)⁵¹.

7. Conclusioni.

Vi è, in conclusione, un approccio culturale profondamente diverso nel diritto europeo continentale e nel dibattito USA. All'impostazione rigidamente economicistica del contenuto del diritto d'autore, inteso appunto come diritto di copia, e quindi per definizione teso allo sfruttamento commerciale del prodotto creativo, si affianca in apparente contrapposizione il (falso?) mito della creazione “in comunità”⁵², alimentato con sempre maggiore forza da settori più o meno anarcoidi e populistici dell'opinione pubblica, che svilisce e pone in secondo piano l'unicità e insostituibilità del ruolo dell'autore, propugnando l'idea del diritto di

⁵¹ Nota sul rapporto Reda (***)

⁵² Si veda ad es. D. S. Roh, *Illegal literature: Toward a Disruptive Creativity*, University of Minnesota Press, 2015, in partic. nella *Introduction. Accretive Genius. The case for Disrupting Culture*. L'A. ritiene che *“proliferation of extralegal texts, despite tightening copyright law, signals a shift in cultural logic resistant to centralization of distribution and control; instead, decentralized architecture promulgates a more efficient exchange benefiting literary and cultural development”*.

chiunque ad appropriarsi dei contenuti protetti in nome di un malinteso concetto di progresso culturale. Uno vale uno, insomma. Quelli che sembrano due fenomeni antitetici sono, in realtà, le due facce della stessa medaglia: la limitata prospettiva in cui il diritto dell'autore a ricevere tutela legale per il frutto del suo lavoro viene affrontata nel diritto USA. *Sweat of the brow*(ser) e non genio⁵³.

Esistono poi versioni della teoria più sofisticate ed attente all'ancoraggio normativo, rivolte ad esempio a dimostrare che il *fair use*, finora concepito come strumento di tutela individuale, debba essere rivitalizzato in una nuova ottica, ricostruendolo in termini di *collective right held by the public*⁵⁴. Ancora, vi sono interessanti studi rivolti a dimostrare che la condivisione di contenuti remixati attraverso *sharing platforms* può svolgere un ruolo regolatorio e persino pedagogico, educando gli utenti attraverso la messa a disposizione di informazioni sul copyright e sugli usi consentiti dei materiali protetti⁵⁵.

La formula aperta del *fair use* in quel contesto culturale rende possibile che i *fan films* vengano considerati opere distinte, legate a quelle originarie da relazioni che il diritto conosce e riconosce, di volta in volta, qualificandole di conseguenza come legittime se connotate da elementi valutabili, sia pure con difficoltà e con il rischio che giudici dotati di sensibilità e gusto differenti possano giungere a differenti conclusioni. Ma non a caso, il parametro centrale nella valutazione è quello dell'assenza di sfruttamento economico dell'opera, perché in questo si riconosce il nucleo della tutela giuridica dell'autore, o meglio del legittimo titolare dei diritti sull'opera⁵⁶.

⁵³ Parla senza mezzi termini di "subcultura", a proposito dei *fan films*, L. Luiz, *Fan films e cultura participatória*, Paper presentato al XXXII Congresso Brasiliano delle Scienze della Comunicazione, Curitiba, 4/7 settembre 2009.

⁵⁴ V. H. SUN, *Fair Use as a Collective User Right*, in *North Carolina Law Rev.*, vol. 90, 2011, 125.

⁵⁵ V. in questi termini C. Soliman, *Remixing Sharing: Sharing Platforms as a Tool for Advancement of UGC Sharing*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 2012.

⁵⁶ Per una interessante rassegna dei casi più remoti legati all'introduzione di nuove tecnologie di riproduzione e copia di contenuti protetti, tra cui il caso *Betamax* (Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp of America) v. W. J. GORDON, *Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, in *Columbia Law Review*, 1982, reperito all'indirizzo <http://open.bu.edu>. E v. inoltre J. C. FROMER, *Market*

La precisazione assume una rilevanza enorme con riferimento al prodotto cinematografico e segna nettamente il confine con l'approccio europeo: nel diritto USA nessuno dei contributi creativi che convergono nella pellicola è considerato autore del film: è il produttore l'autore del film, è lui che alza al cielo la buffa statuetta calva e pronuncia più o meno sconclusionati discorsi di ringraziamento. Le controversie d'oltreoceano intervengono tipicamente tra i produttori, titolari del *copyright* sul film, e gli autori di *fanfiction* ed uno degli elementi discriminanti più rilevanti, ai fini della configurazione del *fair use*, è quello dell'indebita appropriazione dei margini di guadagno relativi all'opera originaria.

E' pensabile, è in atto (o lo sarà) una progressiva convergenza dei due sistemi⁵⁷?

La rilevanza dei parametri della originalità, della riconoscibilità dell'apporto creativo dell'opera derivata, che emergono dall'esame degli arresti giurisprudenziali USA in precedenza condotto, possono consentire l'ingresso nel sistema di istanze e concezioni "europee" del diritto degli autori: che è, primigeniamente, diritto a vedersi riconosciuti tali ed a tutelare la propria creazione al di là ed a prescindere dagli usi di mercato dell'opera.

Ma il diritto italiano e più in generale continentale europeo rivolge la propria attenzione anche alla tutela dell'essenza autentica dei personaggi e del plot come immaginati dall'autore originario, e in questo senso si fa interprete dell'approccio tradizionale al concetto di autorialità e creatività, che invece appare sostanzialmente estraneo alla concezione d'oltreoceano⁵⁸.

effects bearing on fair use, in *Washington Law Rev.*, vol. 90, 2015, 615, reperito in www.papers.ssrn.com.

⁵⁷ V. ad es. l'analisi comparativa, condotta con il dichiarato intento di contribuire all'unificazione internazionale, regionale e nazionale dei sistemi di tutela dei diritti d'autore, di AA. VV. (a cura di A. Kelli), *The Exercise of Moral Rights by Non-Authors*, in *Journal of the University of Latvia, Law*, n. 6, 2014, 108 ss.

⁵⁸ Ma v., per una consapevole e serrata critica delle concezioni postmoderne miranti a svilire il ruolo autoriale, R. KWALL, *The soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States*, che afferma: "*The postmodern critique ignores the reality that when an author borrows from the cultural fabric in crafting her work, it is still the unique combination of past efforts*

E' stato segnalato⁵⁹ l'elevato grado di ipocrisia che connota il comportamento delle *majors* cinematografiche, impegnate ad alimentare e incoraggiare gli sforzi creativi delle comunità di fans e nel contempo orientate ad esercitare il controllo creativo sui contenuti così prodotti.

In effetti, un po' come accade nella tra le grandi case dei *luxury goods* e l'industria del falso, vi sono almeno due elementi che inducono il titolare dei diritti a non perseguire giudizialmente i produttori di *fan films*: la consapevolezza che in realtà, da un lato, tali produzioni non fanno altro che contribuire alla ulteriore diffusione e notorietà (del marchio celebre ovvero) dei personaggi e delle vicende dell'opera originaria, nonché la presa d'atto della sconfinata vastità e capillarità del fenomeno, determinano un bilancio costi/benefici negativo per qualsiasi intervento preventivo o repressivo, e dunque fanno fatalmente propendere per la convenienza dell'inerzia.

Ma i due mondi non sono così simili come appare. La distanza che li separa è tutta nella dimensione della tutela del diritto morale dell'autore. Non vi è dubbio che, come già notava Trib. Napoli in una remota sentenza degli inizi del '900, "la parodia è una delle più efficaci *réclame* dell'opera parodiata"⁶⁰, dal momento che accresce 'attenzione del pubblico nei suoi confronti: in questo senso appare equilibrata l'affermazione⁶¹ che in alcune circostanze (e dunque non sempre, e neppure di regola) le libere utilizzazioni possono favorire l'interesse degli autori, e non solo dei fruitori delle loro opere⁶². Ma il successo di mercato può essere considerato dall'autore irrilevante a fronte della ridicolizzazione della sua creazione.

(***)

and the author's original contributions that invest the author's work with its autonomous unique and inviolate stamp".

⁵⁹ Da CANELLA, op. cit.

⁶⁰ Trib. Napoli, 27 maggio 1908, in Giur. It., 1908, II, 1, con nota di F. Ferrara: e v. anche Musatti, La parodia e il diritto d'autore, in Riv. dir. comm., 1909, I, 167.

⁶¹ Contenuta nella *Declaration on a Balanced Interpretation of the "Three-Step-Test"* elaborata e resa pubblica dal Max Planck Institute.

⁶² Per l'esempio concreto del supporto assicurato dai creatori e distributori di Anime e Manga alla produzione di *Doujinshi* (realizzati dai fan), e per l'esame parallelo del fenomeno dei *fansubs*, con la conclusione che entrambi favoriscono i titolari dei *copyrights* sulle opere, v. N. Noda, *When Holding on means letting go: why fair use should extend to fan-based activities*, in *Univ. Of Denver Sports & Entertainment Law Journal*, 2008, 5, p. 64 ss., reperito in www.papers.ssrn.com.

