

# *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario*

di *Giuseppe Mazziotti*<sup>1</sup>

## INTRODUZIONE

Divenuta ormai operativa e vincolante per gli Stati dell'Unione Europea la Direttiva 2001/29/CE<sup>2</sup>, e recepita la relativa disciplina negli ordinamenti interni<sup>3</sup>, è d'obbligo una riflessione sull'aspetto che, più d'ogni altro, per effetto dell'entrata in vigore di tale atto normativo, pare aver innovato il diritto d'autore europeo nella c.d. società dell'informazione. Il riferimento è alla creazione di un diritto d'accesso (c.d. *access right*) che sembra mettere fine a qualsiasi possibilità di coesistenza, nella nuova dimensione tecnologica del *digitale*, tra i tradizionali diritti esclusivi d'autore (fatti assurgere, come si vedrà, a veri e propri monopoli elettronici) e la categoria delle utilizzazioni libere delle opere protette.

In questo scritto si intende illustrare come l'adeguamento europeo alle nuove disposizioni internazionali in materia di *copyright*<sup>4</sup> abbia provveduto soprattutto a obbligare gli Stati membri a recepire le regole volte a mettere fuori legge manomissioni o alterazioni delle architetture del *cyberspace* (e del digitale in genere) che potessero minacciare il controllo tecnologico delle opere oggetto di esclusiva<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *PhD Researcher* presso il Dipartimento di Legge dell'Istituto Universitario Europeo di Firenze. L'Autore desidera ringraziare i Professori Paolo Spada, Fabrizio Cafaggi, Marco Ricolfi e Giorgio Assumma per i preziosi suggerimenti e consigli ricevuti durante la stesura dell'articolo.

<sup>2</sup> La Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio "sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione" è pubblicata nel numero L 167 della Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee. A tale Direttiva si farà riferimento nella sua versione italiana, disponibile anche on line al sito <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/it>.

<sup>3</sup> L'Italia, in particolare, ha dato attuazione alla Direttiva 2001/29/CE con l'emanazione del Decreto Legislativo n.68/2003, che ha in più parti novellato la Legge italiana sul diritto d'autore n.633/1941.

<sup>4</sup> L'articolo 11 del *World Intellectual Property Organization (WIPO) Copyright Treaty* del 1996 (entrato in vigore il 6 Marzo 2002) - nello specificare che gli Stati aderenti al Trattato dovessero prevedere una tutela legale adeguata contro l'aggiramento di dispositivi tecnologici usati dagli autori in relazione all'esercizio dei propri diritti - prevedeva che tale tutela fosse coadiuvata da sanzioni giuridiche in grado di garantirne l'effettività; e inoltre, a conclusione del disposto, specificava che gli atti di cui si dovesse consentire l'impedimento per via tecnologica fossero quelli non autorizzati dagli autori interessati o non permessi dalla legge. Si riporta qui il testo dell'articolo 11 nella versione originale inglese, consultabile al sito [www.wipo.int/clea/docs/en](http://www.wipo.int/clea/docs/en): "*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.*"

<sup>5</sup> Sul punto si veda lo scritto di RICOLFI, *Intellectual property rights and legal order*, Il Diritto di Autore 2001, pp.132 ss.

Con la Direttiva del 2001 le istituzioni comunitarie si erano prefissate (fin dalla scelta del titolo) l'obiettivo di armonizzare «taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione», in modo da poter introdurre le novità legislative pattuite a livello internazionale su una legislazione sostanziale il più possibile omogenea.

In questa sede si cercherà di evidenziare come e perché tale normativa «di cornice» - destinata a vincolare i legislatori nazionali nell'immediato futuro - non raggiunga tale obiettivo; non prima di aver considerato, però, in che modo la Direttiva abbia recepito l'obbligo positivo di introdurre nel diritto comunitario i divieti di manomissione o elusione tecnologica previsti dall'articolo 11 del *WIPO Copyright Treaty* del 1996. Ci si chiederà, in sostanza, se l'adeguamento legislativo europeo - sull'esempio di quello nordamericano, costituito dal *Digital Millennium Copyright Act* del 1998 - non abbia finito per oltrepassare limiti posti al diritto d'autore da principi comunemente ritenuti fondamentali per le moderne democrazie liberali, quali la libertà d'espressione e la libera circolazione e fruizione delle idee e delle informazioni attraverso l'uso dei mezzi di comunicazione di massa.

Nella prima parte si illustrerà la conformazione della tutela garantita a quei dispositivi tecnologici (c.d. *anticircumvention measures* o *digital locks*) che, se applicati efficacemente, sono in grado di precludere agli utenti sprovvisti di autorizzazione l'accesso alle opere distribuite e trasmesse in formato digitale e di regolarne gli usi. Si analizzeranno sia la struttura delle *anticircumvention provisions* previste dall'articolo 6 (paragrafi 1 e 2) della Direttiva – confrontate con le analoghe disposizioni della Sezione 1201 del *Copyright Act* statunitense – sia il meccanismo che l'articolo 6.4 prevede al fine di garantire l'effettività di certe utilizzazioni libere nelle ipotesi di applicazione alle opere di dispositivi tecnologici antiaccesso.

Nella seconda parte, si cercherà di capire quale sia lo spazio concretamente riservato agli usi previsti dall'articolo 5 come *legittimi*, in un contesto normativo in cui le modalità tecnologiche di controllo dell'accesso e dell'uso delle opere sono oggetto di tutela autonoma, cioè indifferente all'effettiva violazione del *copyright*. Interessante sarà poi notare quali siano le utilizzazioni libere più rilevanti a essere sacrificate per l'attribuzione di tale tipo di controllo. *Last but not least*, si prenderà in esame la c.d. copia privata - *fair use exception* assai invocata e prevista come facoltativa per gli Stati dalla Direttiva - per verificare se al singolo utente sia ancora permesso realizzare copie digitali per uso personale senza violare la privativa d'autore.

### **1. La tutela del *digital locking* : diritto o forza d'autore?**

È stato sottolineato da più parti come legislatori e titolari di *copyright* avessero due tipi di strumenti per rispondere efficacemente alla sfida lanciata al diritto d'autore dalle nuove forme di comunicazione digitale: uno legale, l'altro tecnologico. In particolare, l'idea che fosse la tecnologia a poter garantire l'effettività alle regole poste da legislazioni pubbliche e private in fatto di accesso e

fruizione delle opere caricate in formato digitale, ha preso forma nei primi anni Novanta, nei dibattiti che hanno fatto da preludio e accompagnamento alla redazione e approvazione, nel 1995, del *Green Paper* europeo e del *White Paper* americano e, l'anno seguente, del *WIPO Copyright Treaty* (WCT) del 1996.

Adottato un concetto di riproduzione riservata sostanzialmente omnicomprensivo (v. art.2) e preso atto dell'estrema fragilità e ambiguità di tale diritto, l'articolo 6 della Direttiva 2001/29 ha introdotto nella legislazione comunitaria un'articolata normativa che, muovendo dall'adempimento dell'obbligo derivante dall'articolo 11 del WCT, prende in considerazione e tutela quei dispositivi tecnologici che, se adeguatamente applicati, sono in grado di regolare l'accesso a un'opera in formato digitale e quindi di impedirne la riproduzione<sup>6</sup>.

L'articolo 6, inserito nel Capo III della Direttiva (*Tutela delle misure tecnologiche e delle informazioni sul regime dei diritti*), prende in considerazione le misure tecnologiche in un duplice senso, obbligando gli Stati membri

- da un lato, a prevedere “un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo” (art.6.1);

- dall'altro, a disporre “un'adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che: (a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o (b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o – infine – (c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche.” (art.6.2).

---

<sup>6</sup> L'articolo 6.3 offre una definizione piuttosto dettagliata di tali dispositivi: «Ai fini della presente direttiva, per "misure tecnologiche" si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto sui generis previsto al capitolo III della Direttiva 96/9/CE. Le misure tecnologiche sono considerate "efficaci" nel caso in cui l'uso dell'opera o di altro materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un controllo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o di altro materiale protetto, o di un meccanismo di controllo delle copie, che realizza l'obiettivo di protezione». CERINA, *Protezione tecnologica delle opere e sistemi di gestione dei diritti d'autore nell'era digitale: domande e risposte*, Il Diritto Industriale n.1/2002, pp. 87-88, ha fatto notare come tale disposizione nulla dica in merito al preciso significato del termine *efficacia* riferito a una misura di protezione. “Si dice semplicemente, con un'espressione tautologica, che una ‘misura tecnologica’ si ritiene efficace quando garantisce protezione. Paradossalmente, potrebbe non essere oggetto di tutela nell'Unione Europea una misura tecnologica di protezione facile da manomettere.”

Risultato delle disposizioni suddette non è dunque la sola obbligazione, a carico degli Stati dell'Unione, a provvedere una tutela adeguata contro l'aggiramento (o elusione) dei dispositivi tecnologici antiaccesso o anticopia; è anche – e direi, soprattutto – la condanna all'illegalità di tecnologie per così dire “neutre”, di cui è proibito in blocco l'uso, senza che sia possibile considerarne i potenziali usi legittimi (e quindi a fini non contraffattivi)<sup>7</sup>.

Ci si chiede se tale approccio alla disciplina dell'uso di dispositivi tecnologici applicati alle opere digitali abbia trovato il proprio modello nell'articolo 11 del WCT – al cui disposto la Direttiva doveva semplicemente adeguarsi - o se non sia stata piuttosto la normativa contenuta nello statunitense *Digital Millennium Copyright Act* dell'Ottobre 1998 a influenzare il legislatore europeo.

Va notato, in primo luogo, come sia arduo ritenere che il monopolio concesso indirettamente dall'articolo 6.2 agli autori per l'uso della tecnologia in funzione difensiva possa essere considerato come uno tra gli *effective legal remedies* di cui gli Stati – articolo 11 alla mano - dovevano munirsi. La norma, infatti, non vieta semplicemente l'uso di dispositivi tecnologici in funzione offensiva dei diritti degli autori, ma ne proibisce addirittura la fabbricazione, precludendone così eventuali usi e sviluppi a fini non contraffattivi. In secondo luogo, l'articolo 11, facendo esplicito riferimento alla categoria degli *atti permessi dalla legge*, provvedeva una vera e propria clausola di salvaguardia degli usi legittimi nel nuovo ambiente digitale.

Data l'assenza nella disposizione in esame di qualsiasi base giuridica che giustifichi come adempimento di un obbligo internazionale - da un lato - la previsione del divieto *ex* articolo 6.2 della Direttiva e - dall'altro - l'attribuzione, seppur indiretta, di un inusuale diritto di accesso alle opere protette, sembra corretto ritenere che le istituzioni comunitarie abbiano inteso innalzare il livello di protezione del *digital locking* concordato precedentemente a Ginevra<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Si veda, su questo punto, VINJE, *Should We Begin Digging Copyright 's Grave?*, European Intellectual Property Revue 2000, pp. 555-56. Commentando il testo della Direttiva ancora *in itinere* (precisamente, la Posizione Comune del Consiglio Europeo del 25.09.2000, poi rimasta invariata sul punto), l'Autore ha fatto giustamente notare che i divieti *ex* art. 6 (soprattutto 6.2) si pongono in grave contrasto con l'applicazione di altre disposizioni della normativa che permettono certi usi delle opere protette, chiedendosi: “If technical measures prevent acts permitted under Articles 5.2 and 5.3, and both the circumvention of such measures to facilitate such acts and the manufacture and sale of devices necessary to enable such circumvention are prohibited, how will the exceptions continue to have any real meaning?”

<sup>8</sup> HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, European Intellectual Property Revue 2000, p.499, si è espresso in questo senso: «If in Geneva international law makers, in their wisdom, agreed on a rather loosely formulated provisions obliging countries to “provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technology measures” (Art.11 of the WCT), the E.C. would carve a precise anti-circumvention rule in stone [...]». Della stessa idea era VINJE, *Should We Begin Digging Copyright 's Grave?*, op. cit., pp. 556, che ha sottolineato come “it is unfortunate that E.U. legislators have chosen to adopt such a far-reaching prohibition on circumvention-related activities *with no link to infringement?*” (corsivo mio).

Tale scelta sembra stata in parte condizionata, come anticipato, dall'impianto normativo adottato in materia dagli Stati Uniti, nel 1998, con il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), che ha modificato il *Federal Copyright Act* del 1976<sup>9</sup>. Per effetto di tale integrazione, nella sezione 1201 figurano ora disposizioni a tutela delle c.d. *anti-circumvention measures* che sono molto simili a quelle successivamente adottate dalla Direttiva 2001/29<sup>10</sup>.

Sembra opportuno, ora, verificare quale sia la portata normativa dei due divieti sui quali è basata la tutela comunitaria del *digital locking*, per chiedersi prima di tutto se tale tutela attenga al diritto d'autore strettamente inteso o, piuttosto, all'attribuzione di un altro tipo di diritto – un diritto di accesso alle opere protette – che nulla ha a che vedere con il *copyright*<sup>11</sup>. Ci si soffermerà poi sull'analisi della

---

<sup>9</sup> Il *Federal Copyright Act* costituisce il Titolo 17 dello *U.S. Code.*, al quale il Digital Millennium Copyright Act (d'ora in poi, nel testo, indicato con l'acronimo "DMCA") ha aggiunto il *Chapter 12*, con nuove sezioni (da 1201 a 1205) contenenti due divieti – il primo concernente l'aggiramento di misure di protezione tecnologica delle opere, il secondo la manomissione di sistemi di informazione e gestione telematica dei diritti – e le relative sanzioni civili e penali. Entrato in vigore il 28 Ottobre 1998, il DMCA ha provveduto prima di tutto a inserire nella legislazione statunitense le nuove disposizioni contenute nei due Trattati WIPO del 1996, affrontando poi tutta una serie di questioni riguardanti la tutela del *copyright* su Internet.

<sup>10</sup> Si riporta qui il testo dei due divieti previsti dalla Sezione 1201 dello US Copyright Act (*Circumvention of copyright protection systems*):

“(a) VIOLATIONS REGARDING CIRCUMVENTION OF TECHNOLOGICAL MEASURES. – (1)(A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title[.].

(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that –

is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or

is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title [..]”.

La terza tipologia di divieto è contenuta nella lettera (b) della Sezione 1201 (ADDITIONAL VIOLATIONS), che utilizza la medesima tecnica d'identificazione delle tecnologie da bandire - cioè l'elenco dei possibili loro obiettivi: v. *supra*, sub (2), le lettere (A), (B), (C) – riferendosi non più all'aggiramento di contromisure poste a tutela dell'accesso alle opere, ma a contromisure che proteggano *diritti d'autore* (« [...] a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof»).

Come si può notare, tale normativa distingue due tipi di diritti alla cui protezione le misure tecnologiche possono essere preordinate: da un lato, l'autonomo diritto d'accesso alle opere (o access right), dall'altro i (classici) diritti d'autore. Con riguardo a questi ultimi, tuttavia, l'unico divieto previsto concerne la produzione, distribuzione o offerta al pubblico di prodotti o servizi che consentano l'aggiramento di contromisure tecnologiche; nulla è previsto per l'ipotesi in cui sia il singolo individuo a violare la contromisura. Così non è nella Direttiva 2001/29/CE che, non distinguendo tra violazione di sistemi *antiaccesso* e *anticopia*, configura un divieto di portata complessivamente più ampia (v. *infra*).

<sup>11</sup> Su questo punto molto interessante è il confronto a distanza tra HEIDE, *Copyright in the E.U. and United States: What "Access Right"?*, European Intellectual Property Review 2001, pp.469 ss., e GINSBURG, *From Having Copies to Experiencing*

disposizione (art.6.4) che, nella Direttiva, è preordinata alla salvaguardia di certe categorie di usi che la *copyright law* tradizionalmente sottrae al controllo degli autori e degli altri titolari di esclusive. In tale analisi non mancherà, laddove possibile, un raffronto di questa normativa con le corrispondenti regole adottate nel *Copyright Act* statunitense. Si vedrà come, salva qualche lieve differenza, i due legislatori si siano mossi nella stessa direzione.

### 1.1 Come interpretare i due divieti posti dalla Direttiva? Uno sguardo al DMCA

Sottesi al disposto dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 6 sono i concetti giuridici di misura tecnologica di protezione ed efficacia della misura stessa. Con il primo termine ci si riferisce a tutti quei dispositivi che, se applicati efficacemente, sono in grado di precludere agli utenti sprovvisti di autorizzazione l'accesso alle opere distribuite e trasmesse in formato digitale e di regolarne gli usi<sup>12</sup>. Come prescrive anche il WCT del 1996, l'efficacia della misura è condizione indispensabile per invocare la protezione garantita dal divieto di aggiramento. Ricadrà quindi sui titolari dei diritti d'autore l'onere di dimostrare l'idoneità della misura applicata a precludere l'accesso a soggetti da essi non autorizzati.

Ci si domanda che tipo di prova possa essere questa. Infatti - si potrebbe argomentare - se la misura è superata o manomessa, significa che non fosse *ab origine* idonea alla protezione, quindi inefficace e non meritevole di tutela. Nell'assenza di un riferimento normativo, sia al di qua sia al di là dell'Atlantico, è da ritenere che saranno i giudici a trovare un criterio di valutazione per appurare se una misura sia efficace. Per meritare protezione il congegno non dovrà essere a prova di *hacker*, ovviamente, ma almeno insuperabile per l'utente medio<sup>13</sup>

Il divieto *ex* articolo 6.1 concerne l'elusione (o superamento o manomissione, che dir si voglia) di una misura di protezione posta a tutela di qualsiasi diritto d'autore o diritto connesso previsti dalla legge (o del diritto *sui generis* previsto al capitolo III della Direttiva 96/9/CE sulle banche dati), messa in atto da persone consapevoli di perseguire tale obiettivo. La Direttiva non offre una definizione di *circumvention* anche se, tenendo conto del concetto di misura di protezione chiarito dall'articolo 6.3 e da un confronto con l'esplicita previsione del DMCA, è agevole ritenere che l'oggetto della condotta

---

*Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*", Columbia Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Group, 2000, disponibile al sito [http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT\\_ID=222493](http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT_ID=222493). Se quest'ultima è dell'avviso che il c.d. *access right*, "codificato" dalla Sezione 1201 dello U.S. Copyright Act, sia implicitamente sotteso all'esercizio dei diritti di riproduzione e distribuzione riconosciuti dalla *copyright law*, il primo sostiene invece che tale nuova prerogativa consista in un "potere" di controllare l'accesso alle opere che nulla ha a che vedere con il diritto d'autore tradizionale.

<sup>12</sup> Si veda la definizione offerta dall'articolo 6.3 della Direttiva.

<sup>13</sup> In questo senso si veda la pubblicazione della WIPO, *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues*, par. 124, che illustrava le ragioni per le quali le disposizioni ora contenute nel WCT avrebbero dovuto essere adottate internazionalmente.

vietata sia la decodificazione o manomissione dei dispositivi applicati dagli autori, naturalmente effettuata senza il consenso di questi.

Il riferimento all'elemento soggettivo dell'agente – cioè la consapevolezza che l'attività consenta il superamento della misura di protezione – è assente nella corrispondente normativa americana, che contiene un divieto assoluto di aggiramento delle misure regolatrici dell'accesso alle opere protette, senza riguardo allo stato psicologico in cui versa chi oltrepassa la misura. Questa differenza rilevante pare poter essere attribuita, più che a un maggior rigore del DMCA, a una differente struttura (e, di conseguenza, a un differente ambito applicativo) delle norme che dispongono il divieto. La Sezione 1201 del *Copyright Act* - solo apparentemente più intransigente - è improntata a vietare l'aggiramento dei soli sistemi a tutela dell'accesso alle opere protette; mentre l'articolo 6.1 della Direttiva, pur sensibile allo stato psicologico dell'agente, sembra non distinguere tra elusione di sistemi anticopia e di sistemi antiaccesso, vietando l'aggiramento di qualsiasi misura tecnologica preordinata alla tutela di un diritto d'autore. Questa mancata distinzione rende la norma europea ancor più ampia dell'omologa statunitense, riferendo la condotta elusiva a operazioni concernenti sia dispositivi regolatori dell'accesso sia codici (o altri meccanismi analoghi) limitativi dell'uso di un'opera protetta<sup>14</sup>.

L'articolo 6.2, dal canto suo, obbliga gli Stati membri a mettere fuori legge una serie di attività preordinate alla fabbricazione e al commercio di strumenti e tecnologie che permettano o facilitino l'aggiramento o la manomissione di sistemi di protezione. La norma individua le tecnologie potenzialmente offensive dei diritti d'autore col ricorso a un elenco di obiettivi dei prodotti o servizi vietati che è esattamente identico a quello fatto proprio dalla Sezione 1201 del DMCA statunitense<sup>15</sup>.

Il combinato disposto dei due divieti fa sì che a essere proibita non sia la sola condotta di aggiramento, ma qualsiasi altra attività (la manifattura, la distribuzione, l'offerta di servizi, etc.) che faciliti il superamento delle misure di protezione applicate dagli autori. Obiettivo delle due norme è la creazione di un'ampia area di condotte illecite, che includa sia la semplice (e forse innocua) manomissione ad opera di singoli individui sia la (ben più "pericolosa") produzione e commercializzazione su vasta scala di dispositivi tecnologici di aggiramento. Su questo punto tanto l'articolo 6.2 quanto la Sezione 1201 del *Copyright Act* statunitense vanno al di là di una semplice operazione di adeguamento allo standard di protezione previsto nel WCT.

L'aspetto cruciale del divieto di aggiramento *ex* articolo 6.1 concerne l'assoluta mancanza di collegamento tra l'atto di elusione o di aggiramento in sé e la violazione di uno dei diritti protetti da misure tecnologiche. In altri termini - al fine di rafforzare la tutela del diritto d'autore *sostanziale* - il

---

<sup>14</sup> È un'osservazione condivisa da FALLENBOECK, *On The Technical Protection of Copyright: The Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and Their Anticircumvention Provisions*, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 7, Winter 2002/2003, p.40.

<sup>15</sup> Cfr. Sezione 1201 (2) a e b.

divieto *strumentale* di cui all'articolo 6.1 non istituisce alcun collegamento tra l'aggiramento o l'elusione e l'*effettiva* violazione dei diritti protetti. Ciò fa sì che tale condotta sia di per sé illecita e sanzionabile, senza che sia permesso a chi agisce di far valere uno degli usi legittimi tradizionalmente garantiti dal diritto d'autore<sup>16</sup>.

Non potendo non prendere atto di tali costanti eccezioni all'esclusiva, la Direttiva europea e il DMCA prevedono, accanto ai divieti in esame, un certo numero di eccezioni e limitazioni che dovrebbero coesistere con la tutela tecnologica dell'accesso alle opere<sup>17</sup>. Il punto è che tali normative, col disancorare il divieto di aggiramento tecnologico dall'effettiva violazione dei diritti, finiscono per stabilire la legittimità di veri e propri monopoli elettronici a favore dei *copyright holders*, comprendenti tutto ciò che è contenuto nelle opere, senza alcuna possibilità tecnica di distinzione tra elementi protetti ed elementi di pubblico dominio. Col sancire l'invulnerabilità assoluta dei vari modelli di *digital locks*, rendendone autonoma la protezione, l'articolo 6 della direttiva 2001/29 di fatto attribuisce ai titolari di privative un potere di controllo sull'accesso alle opere sconosciuto al precedente (ma non ancora del tutto scomparso) scenario analogico.

Il DMCA del 1998, concependo il divieto di aggiramento come riguardante le sole misure regolative dell'accesso a un'opera, è esplicito nel riconoscere agli autori questa nuova figura di esclusiva sostanziale. E per consentire la sopravvivenza di una serie di *fair uses* di fronte all'uso di tecnologie antiaccesso, da un lato prevede una serie limitata di eccezioni al divieto<sup>18</sup>; dall'altro ricorre a un interessante meccanismo legale che delega la *Librarian of Congress* a condurre ogni tre anni uno studio

---

<sup>16</sup> L'esclusiva garantita dal *copyright* - sia nella sua veste anglosassone sia in quella europeo-continentale - non ha mai attribuito agli autori il diritto di controllare tutti i possibili usi di un'opera, prevedendo eccezioni con riferimento a particolari situazioni in cui si riteneva necessario far prevalere l'interesse del pubblico su quello privato degli autori: per esempio, consentendo la riproduzione di una piccola parte di un'opera per scopi di critica, le riproduzioni di notizie di stampa per fini informativi, la possibilità per le biblioteche di riprodurre e distribuire copie delle opere per scopi di ricerca e archiviazione, e così via.

<sup>17</sup> Nella Direttiva 2001/29/CE è l'articolo 5 a contenere (v. paragrafi 2 e 3) un lunghissimo elenco di eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi di riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione. Nel Copyright Act statunitense, la Sezione 1201 prevede una serie più circoscritta di eccezioni (dalla lettera d alla lettera f), per la cui sopravvivenza in ambito tecnologico è tuttavia previsto un procedimento "secondario" di aggiornamento sconosciuto alla normativa comunitaria.

<sup>18</sup> Le eccezioni al divieto di manomissione previsto dalla Sezione 1201 (a) del Copyright Act sono previste alle lettere da (d) a (j). Tali eccezioni si riferiscono alla possibilità di manomissione di misure tecnologiche di controllo degli accessi riconosciuta a biblioteche, archivi e scuole (all'esclusivo scopo di decidere se acquisire l'accesso a una determinata opera); per l'applicazione della legge e lo svolgimento di attività governative e di polizia; e infine per casi di *reverse engineering* di *software*, ricerca in materia di tecnologie di cifratura, protezione dei minori, raccolta di dati personali ed esperimenti per la sicurezza informatica. Per un commento di tale serie di eccezioni si veda la puntuale analisi di GINSBURG, "Il Digital Millennium Copyright Act" ed il "Sonny Bono Copyright Term Extension Act": due novità dagli Stati Uniti, Rivista di diritto commerciale 1999, trad. it. di MARZANO, pp. 636-641.

per determinare se vi siano categorie di opere la cui utilizzazione legittima (c.d. *non infringing use*) sia ostacolata dalla normativa in esame. In tali casi, alla *Librarian of Congress* è attribuito il potere di sospendere per tre anni l'operatività del divieto di aggiramento con riguardo alle categorie individuate<sup>19</sup>.

L'approccio del legislatore comunitario, alla ricerca di un equilibrio normativo tra gli interessi dei titolari di *copyright* e quelli degli utilizzatori di opere protette, è stato assai meno schietto e pragmatico di quello statunitense, appena riassunto. Nel corso dei lavori preparatori della Direttiva, infatti, si riscontrava un grave disaccordo tra la Commissione e il Consiglio sul significato da attribuire al divieto dell'articolo 6. Secondo la Commissione, tale divieto avrebbe dovuto riguardare soltanto condotte di aggiramento preordinate alla violazione dei diritti d'autore, con l'esclusione di quelle operazioni di manomissione autorizzate dai titolari dei diritti o dalla legge<sup>20</sup>. Autorizzate dalla legge dovevano considerarsi tutte quelle operazioni di decodificazione o decifrazione dei codici antiaccesso riconducibili alla categoria degli usi legittimi delle opere, individuati dall'articolo 5 della Direttiva. Quest'ultima disposizione, nella proposta della Commissione, avrebbe dovuto provvedere all'armonizzazione delle legislazioni in una materia - quella delle libere utilizzazioni - che presenta differenze notevoli da Stato a Stato, riflesso di tradizioni culturali e pratiche commerciali territorialmente limitate.

L'operatività delle eccezioni e limitazioni di cui all'articolo 5 avrebbe dovuto prevalere, dunque, nel disegno originario della normativa, sull'applicabilità del divieto di aggiramento di misure tecnologiche; divieto eminentemente strumentale, da concepire al servizio (e nel pieno rispetto) del diritto d'autore sostanziale. In base a tale impostazione, il divieto non avrebbe mai potuto trovare applicazione nei casi in cui l'aggiramento di misure tecnologiche fosse stato accessorio a un'utilizzazione lecita di un'opera protetta<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> CERINA, op. cit., p.89, ricorda che la "la Biblioteca del Congresso" - avvalendosi della delega di cui alla Sezione 1201 (a)(1)(C) - "ha già individuato, ed esentato fino al 2003, due categorie di opere: (i) compilazioni di indirizzi Internet bloccati da appositi software in grado di filtrare gli accessi, e (ii) opere letterarie, inclusi i programmi per elaboratore e banche dati, protette da sistemi tecnologici di controllo che impediscono l'accesso a causa di malfunzionamenti, danneggiamenti o obsolescenze del sistema di controllo."

<sup>20</sup> Si veda l'Explanatory Memorandum per l'iniziale proposta di Direttiva della Commissione Europea, COM (97) 628 del 10 Dicembre 1997, p.2, cit. in FALLENBOECK, *On the Technical Protection of Copyright*, op. cit., p.41.

<sup>21</sup> Negli Stati Uniti, dove peraltro è prevista la tutela separata di un diritto d'accesso alle opere protette, il monopolio tecnologico del *copyright* - oltre a essere oggetto di specifiche esenzioni - è preso in considerazione dalla Sezione 1201 del DMCA che, al punto (a)(1)(B), offre una potenziale soluzione al conflitto tra *digital locks* e utilizzazioni libere, disponendo che: "The prohibition contained in subparagraph (A) shall not apply to persons who are users of a copyrighted work which is in a particular class of works, if such persons are, or are likely to be in the succeeding 3-year period, adversely affected by virtue of such prohibition in their ability to make noninfringing uses of that particular class of works under this title, as determined under subparagraph (C)". Come anticipato nel testo (v. *supra*), il paragrafo (C) delega la Librarian of Congress a individuare periodicamente, col potere di esentarle temporaneamente dal divieto, categorie di opere i cui utenti risultino

Il punto di vista della Commissione non era condiviso dal Consiglio che, nella propria posizione comune del 28 Settembre 2000<sup>22</sup>, faceva sparire dall'articolo 6 della proposta di Direttiva ogni collegamento tra il divieto in esame e le ipotesi in cui l'aggiramento delle misure tecnologiche poteva considerarsi legittimo per il fatto d'essere compiuto in vista d'una qualsiasi tra le utilizzazioni lecite previste dalla legge. Tale proposta non faceva altro che avvicinare il divieto di aggiramento europeo alla principale *anti-circumvention provision* della Sezione 1201 del DMCA, separando la tutela dei dispositivi tecnologici antiaccesso dall'effettiva violazione dei diritti d'autore. Il Consiglio poi, rendendosi conto che tale diversa impostazione avrebbe danneggiato gravemente gli interessi legittimi dei beneficiari di esenzioni dal diritto d'autore, aggiungeva all'articolo 6 del progetto di Direttiva un quarto paragrafo in cui, per preservare l'efficacia dei limiti e delle eccezioni legali al *copyright*, si sceglieva una strada diversa sia rispetto a quella battuta dal DMCA sia rispetto alla soluzione prospettata inizialmente dalla Commissione.

## **1.2 Struttura e limiti del tentativo di far coesistere monopoli elettronici e utilizzazioni libere delle opere protette**

Il paragrafo aggiunto in quell'occasione dal Consiglio è poi finito nel testo definitivo della Direttiva, all'articolo 6.4. Tale disposizione prevede una deroga alla tutela giuridica delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6.1, disponendo che “in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accordi fra titolari e altre parti interessate, gli Stati membri prendono provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione [...] i mezzi per fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al materiale protetto in questione [...]”<sup>23</sup>.

---

pregiudicati nella loro possibilità di utilizzare le opere protette in modo del tutto legittimo. Il DMCA si preoccupa dunque di affiancare alla tutela del monopolio elettronico un criterio d'individuazione di eventuali aree di esenzione dal divieto di aggiramento.

<sup>22</sup> A tale riguardo, si veda la Common Position (EC) n.48/2000, OJEC 344 del 1.12.2000, p.10.

<sup>23</sup> La disposizione specifica poi che le eccezioni o limitazioni che i titolari o, in loro sostituzione, gli Stati, debbano garantire ai legittimi beneficiari – “*in deroga alla tutela delle misure tecnologiche*” - siano quelle previste “dalla normativa nazionale in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettere a), c), d), e), o dell'articolo 5, paragrafo 3, lettere a), b), o e)[..]” Rientrano nell'oggetto di tale richiamo utilizzazioni quali: gli atti di riproduzione effettuati da biblioteche pubbliche, istituti d'istruzione, musei o archivi senza scopo di lucro; le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva; le utilizzazioni per fini didattici o di ricerca scientifica e a favore di portatori di handicap o, ancora, per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario. Si noti, inoltre, come alcuni tra gli usi “garantiti” dall'articolo 6.4 risultino in ogni caso soggetti al pagamento di un equo compenso a favore dei titolari di diritti sulle opere utilizzate (per es. le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica, fatta eccezione per gli spartiti sciolti: v.articolo 5.2, lettera a)).

Confermando l'autonomia della tutela dei *digital locks*, tale disposizione interviene a far sì che ricada in primo luogo sui titolari di *copyright* l'obbligo di rendere tecnicamente possibile la coesistenza tra gli usi legittimi specificamente individuati dalla norma e l'applicazione di dispositivi antiaccesso. In seconda battuta, e dopo aver incoraggiato le parti interessate ad addivenire ad accordi collettivi per individuare mezzi e modalità di fruizione di certe eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi, la disposizione in esame offre agli Stati membri una sorta di “valvola di sicurezza” che li abilita a legiferare, inerti i titolari dei diritti, per preservarne la vitalità<sup>24</sup>.

Nell'interpretare tale complessa disposizione, ci si è chiesti quale sia il significato da attribuire a espressioni legislative inconsuete per il diritto d'autore. Ci si è chiesti, in particolare, se col termine “misure volontarie” s'intenda far riferimento all'uso di tecnologie che riconoscano automaticamente categorie di utenti beneficiari di eccezioni e limitazioni; e se la sottoscrizione di “accordi” tra autori e “altre parti interessate” rappresenti un'ipotesi realistica di compromesso tra le opposte istanze dell'industria culturale e dell'*entertainment*, da un lato, e gli utenti-consumatori, dall'altro<sup>25</sup>. Su quest'ultimo punto (senza voler nemmeno toccare la difficile questione dell'individuazione delle “parti interessate” ad opera dei legislatori nazionali) si è anche sottolineato come il raggiungimento di soluzioni equilibrate in tali, peraltro improbabili, negoziazioni sia ostacolato dallo squilibrio notoriamente esistente tra il potere contrattuale dei soggetti beneficiari di eccezioni (biblioteche, istituti d'istruzione, disabili e privati cittadini) e quello delle grandi imprese di comunicazione e dei soggetti che svilupperanno le misure tecnologiche protette dall'articolo 6<sup>26</sup>.

Non c'è dubbio che il meccanismo previsto dall'articolo 6.4 esiga una vigilanza continua da parte degli Stati che, prima d'intervenire con “provvedimenti adeguati”, dovranno valutare se i titolari di diritti protetti con misure tecnologiche antiaccesso o anticopia abbiano – volontariamente o sulla base di accordi – messo a disposizione dei beneficiari i mezzi (presumibilmente codici) per fruire delle eccezioni e limitazioni previste. Si è sostenuto che l'adempimento di tale obbligazione sussidiaria richieda una particolare diligenza e celerità d'azione da parte degli Stati membri, in assenza delle quali il meccanismo della disposizione in esame è destinato a incepparsi<sup>27</sup>. E' ovvio, infatti, che i titolari di *copyright* saranno incentivati ad adottare “misure volontarie” di limitazione delle proprie contromisure tecnologiche solo se, per dissuaderli dal restare inerti, i legislatori nazionali istituiranno efficienti

---

<sup>24</sup> Di “safety valve for Member States” ha parlato VINJE, *Should We Begin Digging..*, op. cit., p.556.

<sup>25</sup> HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive..*, op. cit., p.500.

<sup>26</sup> VINJE, op. cit., pp. 556-557.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 557.

procedure di controllo e un adeguato apparato di sanzioni che garantiscano ai soggetti beneficiari il rispetto dei limiti e delle eccezioni al *copyright* e la concreta possibilità di fruirne<sup>28</sup>.

In assenza di un approccio di questo genere, è molto probabile che l'equilibrata soluzione prospettata dall'articolo 6.4, rimanendo solo sulla carta, sia sostituita da un'iniqua legislazione privata imposta ai consumatori per contratto (un contratto elettronico, s'intende) e poi garantita, quanto a *enforcement*, dall'applicazione di strumenti tecnologici antiaccesso e anticopia. Quest'ultima soluzione, apparentemente residuale, sembra invece essere avallata dall'ultima parte dell'articolo 6.4, con cui la Direttiva arriva a svuotare di gran parte del suo significato il fragile meccanismo appena illustrato. È previsto, infatti, che i primi due commi del medesimo paragrafo non si applichino "a opere o altri materiali a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente"<sup>29</sup>. Ciò significa, alla lettera, che il meccanismo escogitato per salvaguardare l'effettività della previsione normativa di certe eccezioni non trova applicazione nelle ipotesi in cui le misure tecnologiche di protezione siano applicate a opere distribuite *on line*, anziché su supporti digitali quali il *Compact Disc*, il *CD-Rom*, il *DVD* e così via. Ciò significa, altresì, che non c'è bisogno di aspettare l'inerzia dei titolari di *copyright* e dei legislatori nazionali per arrivare allo scenario ipotizzato sopra: per la fruizione *on line*, infatti, l'alleanza tra contrattazione elettronica e tecnologie difensive sembra poter essere subito realtà, e una realtà auspicata dal legislatore.

Utilizzando un'espressione che indica, senza possibilità di equivoco, l'accesso a un'opera tramite Internet e, più in generale, *on demand* ("dal luogo e nel momento scelti individualmente" dall'utente), la norma dispone che nella messa a disposizione del pubblico e nella distribuzione *on line* non operi alcun meccanismo di limitazione dei monopoli tecnologici. Inoltre, non pare offerta ai legislatori nazionali neppure la facoltà di prevedere per la tutela tecnologica dell'accesso *on line* lo stesso tipo di limitazioni

---

<sup>28</sup> Bisogna domandarsi se gli Stati membri, e per essi il Consiglio Europeo, abbiano visto giusto a presentare un emendamento di così difficile applicazione alla proposta iniziale della Commissione. Quand'anche le prescrizioni dell'articolo 6.4 fossero adempiute dai legislatori nazionali, risulterebbe diverso da Stato a Stato un punto di fondamentale importanza per la circolazione di opere e prodotti culturali nell'Unione, vale a dire la definizione uniforme di limiti ed eccezioni al monopolio tecnologico dei diritti d'autore. Tale frammentazione di discipline potrebbe facilmente mettere in crisi il sistema del c.d. mercato unico: per esempio, permettendo che uno Stato impedisca legittimamente la distribuzione sul proprio territorio di un particolare tipo di misura tecnologica che non assicuri il rispetto di una certa eccezione non prevista nella legislazione dello Stato di provenienza. Qui, per vincere la restrizione alla distribuzione, non si potrebbe invocare il principio della libera circolazione delle merci (*ex* articolo 28 del Trattato CE), poiché l'impedimento opposto dallo Stato di destinazione troverebbe la propria giustificazione nella non conformità dell'opera o del prodotto da importare a uno statuto nazionale delle eccezioni al *copyright* che la disposizione dell'articolo 5 della Direttiva 2001/29, come vedremo, ha inteso *non* armonizzare.

<sup>29</sup> Da notare è che questa sia l'unica disposizione della Direttiva in cui si distingue tra accesso *on line* e *off line* alle opere protette; a dimostrazione del fatto che la tutela di misure tecnologiche riguardi le opere distribuite in qualsiasi formato.

previste per l'accesso *off line*: e ciò sa di irragionevole, in una normativa che usa il «fai da te» come *leitmotiv* nell'indicare agli Stati come implementare le regole in essa contenute. Per effetto di questo disposto si può sostenere che con la progressiva distribuzione di opere protette esclusivamente per via telematica «le misure tecnologiche diverranno virtualmente inattaccabili e a certe eccezioni-chiave si potrà dire addio»<sup>30</sup>.

Di fronte a una disposizione dalle conseguenze così gravi, ci si è chiesti se non sia possibile limitare l'esenzione dal meccanismo di salvaguardia degli usi legittimi al solo contesto dei servizi tipo *video-on-demand*. Così facendo, il divieto assoluto di aggiramento di misure tecnologiche, senza possibilità di eccezione o limite alcuno, dovrebbe considerarsi limitato a quei servizi offerti sulla base di contratti elettronici che permettano al singolo utente un solo atto di fruizione, sia esso la visione di un film o l'ascolto di un brano musicale<sup>31</sup>. Solo in queste più limitate ma pur sempre rilevanti ipotesi, si è detto, agli Stati membri non sarebbe consentito rivendicare l'applicabilità del regime delle eccezioni «garantite» dal meccanismo di salvaguardia previsto dai primi due commi dell'articolo 6.4<sup>32</sup>. La mancanza di chiarezza della disposizione ostacola, tuttavia, il tentativo di arginarne la portata distruttiva degli interessi dei beneficiari di eccezioni e, più in generale, dei consumatori; ed è lecito dubitare che tale tentativo possa essere compiuto dagli Stati membri che, al contrario, paiono legittimati da tale disposizione a codificare nelle rispettive legislazioni un «minaccioso» principio di onerosità di ogni singolo atto di fruizione innanzitutto per le opere caricate, trasmesse e distribuite *on line*<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> VINJE, op. cit., p. 557.

<sup>31</sup> È VINJE, *ibidem*, scettico riguardo alla portata apparentemente generale di quest'ultima disposizione, a proporre un'interpretazione relativamente circoscritta. L'Autore fa riferimento nel testo a indicazioni informali provenienti da funzionari della Commissione, in base alle quali il meccanismo di salvaguardia delle eccezioni non troverebbe applicazione «only [...] in the context of services such as video-on-demand [...]». Questa specificazione fa riferimento a particolari modalità di fruizione permesse dalla c.d. *streaming technology*, che consente di trasmettere attraverso Internet files musicali o video solo per il periodo di tempo necessario affinché l'utente on line ascolti la musica o veda il video prescelto. A tale tecnologia è da contrapporre il c.d. *downloading* che, invece, consente la riproduzione permanente di un certo file sull'hardware dell'utente.

<sup>32</sup> Senza tentare un'operazione ermeneutica di contenimento, HEIDE, *Copyright in the E.U. and United States: What "Access Right"?*, op. cit., pp. 475-476, ha immediatamente riconosciuto l'operatività di tale principio, riconducendone gli effetti direttamente alla struttura delle *anticircumvention provisions*; struttura, questa, attribuita non di un *diritto* ma di un *potere* di controllo sull'accesso che, collocandosi in una fase logicamente precedente rispetto all'utilizzazione delle opere, renderebbe non applicabili *tout court* limiti ed eccezioni previsti dalla *copyright law*. Commentando le *anticircumvention provisions* del DMCA, dello stesso avviso sono stati NIMMER, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, University of Pennsylvania Law Review 2000, p.731, e SAMUELSON, *Intellectual Property and Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need To Be Revised*, Berkeley Technology Law Journal 1999, pp.519 ss.

<sup>33</sup> In base a tale principio è «...come se dovessimo pagare un prezzo ogni volta che riascoltiamo un disco o rileggiamo un libro», sintetizza efficacemente GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano 2001, p.118, al quale si deve la definizione del principio che è consacrato sia nella Direttiva 2001/29/CE sia nel *Digital Millennium Copyright Act*. Su questo punto (pp.118-120), l'Autore si chiede «se, specialmente rispetto alle nuove tecnologie dell'informazione, come appunto (ma

Alla luce di quanto detto, può dirsi che il complessivo disposto dell'articolo 6 obblighi gli Stati membri a mettere a disposizione dei titolari di *copyright* una tecnica di autotutela che pare non avere nulla a che fare con la struttura del diritto d'autore tradizionale e, in particolare, con il riconoscimento di diritti esclusivi di utilizzazione delle opere; un'autotutela, è stato scritto, che «va oltre quella che ci si potrebbe procurare con il solo strumento contrattuale, perché il dispositivo (antiaccesso o) anticopia è riconosciuto come limite dominicale la trasgressione del quale è in sé e in assoluto illecita.»<sup>34</sup> La struttura del divieto, in altre parole, è tale da attribuire un potere di controllo concernente non le utilizzazioni che è la *copyright law* a riservare ad autori, interpreti e produttori di opere protette, ma l'accesso alle opere stesse, indipendentemente dall'uso – lecito o illecito - che se ne voglia fare. Ne risulta un connubio di controllo legale e tecnologico sull'accesso e sulla diffusione delle opere protette che accomuna, al di là di certe differenze di lessico, le due *anticircumvention provisions* della Direttiva 2001/29 alle analoghe disposizioni del DMCA del 1998<sup>35</sup>.

E' opportuno chiedersi, a questo punto dell'analisi, quanto spazio lasci l'attribuzione di questo potere di controllo, apparentemente illimitato, alla categoria delle utilizzazioni legittime, ch'è parte integrante e caratteristica della *copyright law*<sup>36</sup>; e a quanto possano servire le disposizioni dell'articolo 5

---

non solo) Internet, non convenga contenere, piuttosto che accrescere o addirittura esasperare (come purtroppo stanno facendo le istituzioni comunitarie, premute da *lobbies* non solo europee) i caratteri pro-monopolistici del copyright: nell'interesse, certo, del pubblico degli utenti, ma anche, al contempo, dello sviluppo delle nuove potenzialità dell'industria culturale (e addirittura della stessa categoria degli autori [...]). Ad evitare, insomma che, in un domani che sarebbe saggio prevenire, le c.d. autostrade dell'informazione – lungo le quali, secondo le magnifiche sorti e progressive, dovrà scorrere un inusitato fiume di cultura e informazione per tutta l'umanità – rischino di trasformarsi in corsie disseminate di caselli di pedaggio a ogni chilometro, e perciò percorse solo da pochi viaggiatori abbienti (*e comunque rallentati*) [...].

<sup>34</sup> SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, consultato nella veste di manoscritto, ora pubblicato nella Rivista di Diritto Industriale 2003.

<sup>35</sup> Tra gli studiosi americani, la combinazione di controllo legale e tecnologico derivante dal divieto di aggiramento posto dal DMCA è stata finemente analizzata da LUNNEY, *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, Virginia Law Review 2001, pp. 813 ss. Per spiegare in che modo le *anticircumvention provisions* del DMCA mettano in discussione la struttura stessa della *copyright law*, l'Autore istituisce un interessante parallelismo tra il controllo che la Stationers' Company of London aveva sulla pubblicazione di opere scritte nell'Inghilterra della seconda metà del Cinquecento e l'attuale potere dei *copyright holders* sulla diffusione delle opere per via digitale. A ben vedere, in entrambe le situazioni il controllo sulla duplicazione non autorizzata si poneva allora, e si pone oggi, come conseguenza dell'attribuzione di un potere di fatto. Nel secondo Cinquecento inglese, tale potere coincideva col possesso esclusivo delle macchine stampatrici; oggi, con il monopolio della tecnologia.

<sup>36</sup> Per una definizione di *fair use* nell'ordinamento statunitense si veda GOLDSTEIN, *Copyright: Principles, Law and Practice*, Little, Brown and Company, Boston 1989, pp. 187 ss.; per l'analogo *fair dealing* britannico, si veda CORNISH, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Mark and Allied Rights*, Sweet and Maxwell, Londra 1996, pp. 378 ss. Per un illuminante riferimento alla categoria delle utilizzazioni libere in ambito europeo-continentale si rinvia alla ricostruzione offerta da SPADA, «Creazione ed esclusiva», trent'anni dopo, Rivista di diritto civile 1997, pp. 215 ss., che – nell'ambito di una raffinata

per contrapporre a tale potere la tutela insopprimibile dell'interesse generale a che il *digital locking* – trionfo non del diritto ma della «forza d'autore»<sup>37</sup> – non innalzi barriere ingiustificabili alla diffusione delle idee, delle forme espressive e dell'informazione anche e soprattutto nella comunicazione digitale.

## 2. Utilizzazioni libere e diritto d'accesso

Il quadro offerto dalla Direttiva 2001/29 per la tutela delle utilizzazioni libere nel digitale è, come anticipato, poco soddisfacente. Si è visto, in breve, come il divieto di aggiramento contenuto nell'articolo 6 tuteli il mero accesso alle opere protette. Ci si deve chiedere, pertanto, se a salvaguardia dell'effettività di certe utilizzazioni - previste come "eccezioni" all'esclusiva d'autore - non sia proprio la norma *sostanziale* che ne provvede un lungo elenco, e cioè l'articolo 5.

Si vedrà, in prima battuta, come questa disposizione – norma *sostanziale* per eccellenza - sia lontana dall'offrire qualsiasi appiglio normativo per un tentativo di limitazione del c.d. *access right*. Preso atto di questa lacuna, si cercherà di capire quale sia la valenza delle disposizioni che individuano le categorie di atti per le quali gli Stati membri hanno la *facoltà* – e non l' *obbligo* - di disporre eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi di riproduzione e comunicazione al pubblico. Infine, ci si soffermerà su una delle più stridenti contraddizioni presenti nella Direttiva, e cioè la previsione che una forma di libertà "a pagamento" - qual è la riproduzione ad uso privato - possa risultare comunque soggetta all'applicazione di una misura antiaccesso o anticopia.

### 2.1 Alcune considerazioni sulla portata normativa dell'articolo 5 della Direttiva

Adottata, per effetto della formula omnicomprendente dell'articolo 2, una nozione molto ampia di riproduzione riservata, la Direttiva si preoccupa di delimitarne il contenuto per far sì che il controllo degli autori non si estenda alla realizzazione di quelle copie temporanee che permettono il funzionamento delle reti telematiche e la stessa fruizione delle opere in formato digitale. È la disposizione dell'articolo 5.1 - unica eccezione concepita come obbligatoria per le legislazioni degli Stati membri – a correggere opportunamente il tiro, esentando dall'esclusiva gli atti di riproduzione temporanea che siano "privi di rilievo economico proprio" per il fatto di consentire "(a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o (b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali".

---

disquisizione sul ruolo della privativa nella proprietà intellettuale, a pag. 222 – ricorda come il concetto di utilizzazione "libera" rappresenti una franchigia dalla privativa stessa, limitata dal divieto di «utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore» (v. art.68, III comma, Legge italiana sul diritto d'autore n.633/1941).

<sup>37</sup> Riprendo qui una efficace definizione di SPADA, *Copia privata e opere sottochiave*, op. cit., coniata in opposizione alla terminologia usata da LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York 1999, p.127, che si è riferito a un presunto trionfo del *copyright* ("We are not entering a time when copyright is more threatened than it is in real space. We are instead entering a time when copyright is more effectively protected than at any time since Gutemberg [...]").

Quest'ultimo inciso potrebbe risultare significativo per capire se l'articolo 5 abbia inteso disporre un'eccezione al c.d. *access right*. Se si considera che nella tecnologia digitale e, quindi, nel funzionamento delle reti interconnesse il singolo atto di accesso a un'opera (per esempio, la semplice apertura di un *software* o lo sfogliare una pagina *web*) è sempre preceduto da una riproduzione di ciò che si visualizza nella memoria RAM del proprio *computer*, s'intende come l'accesso risulti sempre da un uso riservato agli autori (cioè la riproduzione). L'esenzione della riproduzione temporanea finalizzata a un uso legittimo di un'opera potrebbe voler significare, dunque, che al titolare di *copyright* non è attribuito il potere di controllare l'accesso nel caso in cui l'uso legittimo implichi atti di riproduzione temporanea e non abbia rilievo economico proprio<sup>38</sup>. Ricorrendo tali requisiti – si potrebbe argomentare – l'esenzione in oggetto potrebbe essere estesa alla riproduzione necessaria per fruire di una delle eccezioni previste dall'articolo 5. Il punto è che non c'è utilizzazione libera che sia priva di rilievo economico; e quindi è da ritenere che l'«uso legittimo» di cui parla la disposizione faccia inutilmente riferimento a riproduzioni transitorie già esentate (si veda la lettera *a*) per il fatto d'essere accessorie alla trasmissione (e non alla fruizione) attraverso reti di opere o altro materiale protetto.

Se si esclude questo inopportuno riferimento all'esenzione di non meglio precisati *lawful uses* dagli atti posti sotto il controllo dei titolari di *copyright*, può dirsi che la Direttiva offra un solo altro spunto letterale dal quale inferire coraggiosamente l'esistenza di una norma generale posta a salvaguardia delle utilizzazioni libere individuate dai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 5. Tra le disposizioni finali (articolo 12.2) si legge infatti che “[L]a tutela dei diritti connessi ai sensi della presente direttiva non pregiudica e non incide in alcun modo sulla tutela del diritto d'autore.”<sup>39</sup>

Alla ricerca di un minimo di coerenza sistematica, e pur di salvare dall'inapplicabilità *de facto* la categoria delle utilizzazioni libere individuate dall'articolo 5, un autorevole commentatore non ha esitato a prospettare un'interpretazione della norma in oggetto che includa il «diritto» d'accesso, implicitamente attribuito dall'articolo 6.1, tra i diritti connessi e perciò *subordinati* al diritto d'autore. Ciò per evitare che la libertà di usi esorbitanti dall'esclusiva sia impedita dall'esercizio di una nuova prerogativa - quella di controllare tecnologicamente l'accesso alle opere – che non ha nulla a che fare con il diritto d'autore propriamente inteso.

Chi ha proposto questa azzardata interpretazione l'ha fatto nella piena consapevolezza che diverso sia l'oggetto tradizionale della categoria dei diritti connessi; e che del tutto improbabile sia l'intento del legislatore comunitario di riferire tale norma di salvaguardia del diritto d'autore *sostanziale* al

---

<sup>38</sup> E' un'ipotesi prospettata da HEIDE, *Copyright in the E.U. and United States: What "Access Right"?*, op. cit., p. 472.

<sup>39</sup> Non è questa la sede per una disquisizione sulla natura di tale categoria di diritti. Basti qui ricordare che nella categoria dei diritti *connessi* si includono tradizionalmente i diritti esclusivi di interpreti esecutori e produttori di fonogrammi. Si vedano in tal senso, recentemente, la Direttiva 92/100/CE e il WIPO Performances and Phonograms Treaty del 1996.

potere conferito agli autori dal divieto di aggiramento di misure tecnologiche antiaccesso<sup>40</sup>. Il tentativo ha, in ogni caso, una ragione forte: quella di voler sottolineare come la Direttiva europea del 2001, a differenza del DMCA, nell'attribuire ai *copyright holders* il monopolio della forza tecnologica, si "dimentichi" di mettere in chiaro che l'esercizio del potere di controllo non debba impedire l'operatività di tutta la *copyright law*, inclusi i tradizionali *fair uses*<sup>41</sup>.

Pare opportuno chiedersi, ora, quale sia la ricaduta della sostanziale non operatività delle eccezioni previste dai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 5 allorché i titolari di *copyright* decidano di avvalersi del potere di applicare *digital locks* alle proprie opere in formato digitale.

Un atteggiamento così arrendevole di fronte al potere tecnologico di controllo pone *in primis* un problema che in molti ordinamenti è di rilevanza costituzionale. Mi riferisco al conflitto tra l'esercizio di tale potere – non controbilanciato da una corrispondente assunzione di responsabilità da parte dei titolari dei diritti protetti - e l'esercizio di libertà fondamentali (la libera manifestazione del pensiero, la libera circolazione delle informazioni) che nelle moderne democrazie trova fisiologica estrinsecazione nell'uso di opere protette a fini didattici, informativi, di critica e di ricerca da parte degli utenti<sup>42</sup>. È lecito chiedersi perché gli Stati membri non abbiano trovato un accordo sul fatto che il divieto di aggiramento di *digital locks* non debba in ogni caso impedire o limitare la fruizione delle eccezioni più rilevanti, espressione di valori largamente condivisi. La libertà di tali utilizzazioni, suggellata ovunque dall'operatività di norme di rango costituzionale, rischia infatti di trovare un ostacolo insormontabile nel divieto di aggiramento di tecnologie difensive; «intervento punitivo», questo, che in assenza di una

---

<sup>40</sup> Come sottolinea HEIDE, op. cit., p.476, nota 59, «as the term "rights related to copyright" refers what would be considered neighbouring rights under the relevant international conventions, it is unlikely that the term will also include the "rights against the gaining of unauthorized access" which can be considered part of the legal protection extended to technological measures in Art.6 [...]»

<sup>41</sup> La sezione 1201 (c) del DMCA, con riferimento ai divieti di *circumvention* previsti nella medesima sezione, prevede che "(1) Nothing in this section shall affect rights, remedies, limitations, or defenses to copyright infringement, including fair use, under this title [...]" (corsivo di chi scrive). Può forse consolare gli utenti-consumatori europei il fatto che tale disposizione, unita alla previsione di eccezioni all'interno delle *anticircumvention provisions* (eccezioni comunque non coincidenti con quelle tradizionali nella *copyright law*), non sia stata sufficiente a convincere alcuni tra i più autorevoli studiosi americani della reale possibilità di sopravvivenza dei *fair uses*. Si veda, per esempio, NIMMER, *A Riff on Fair Use...*, op. cit., p. 731 ("The WIPO Treaty adds a wholly separate tort of unauthorized circumvention, to which the fair use defense is inapplicable [...]").

<sup>42</sup> A tali eccezioni fa riferimento, in particolare, il paragrafo 3 dell'articolo 5, alle lettere *a*) (uso didattico o per ricerca scientifica), *c*) (riproduzione e comunicazione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica, politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere), *d*) (citazioni a fini di critica o di rassegna), *f*) (allocuzioni politiche ed estratti di conferenze aperte al pubblico o di opere simili o materiali protetti) e *k*) (utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche). In tutte queste ipotesi di eccezioni (facoltative per gli Stati membri), l'uso legittimo non prescinde dall'obbligo di indicare la fonte e l'autore dell'opera e di utilizzare la stessa nei limiti dello scopo informativo, scientifico o artistico perseguito dall'utente.

esplicita disposizione di segno contrario, permette di «mettere sotto chiave non solo opere dotate di “carattere creativo” [...] ma anche testi, immagini e suoni che di “creativo” – per ineffabile che sia questo fattore di selezione – non hanno nulla o che appartengono, ormai [...] ad un passato che deve essere patrimonio di tutti – o in pubblico dominio, come correntemente si dice»<sup>43</sup>.

La disattenzione del legislatore europeo per la tutela di libertà tanto rilevanti e per la salvaguardia degli usi legittimi è stata da taluno attribuita alla fretta che ha contraddistinto l'iter legislativo della Direttiva e che sarebbe stata in qualche modo conseguenza delle infinite pressioni che l'industria dell' *entertainment* avrebbe operato a Bruxelles, soprattutto dall'altra sponda dell'Atlantico, per ottenere che una tutela forte del c.d. *digital locking* fosse accordata nel più breve tempo possibile.

Preoccupa il fatto che tale disattenzione non risulti nemmeno rimediabile da parte dei singoli Stati che, per esplicita previsione dell'ultima lettera dell'articolo 5.3, sono abilitati a disporre autonomamente eccezioni solo “in casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni e limitazioni, purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità [...]”. Con tale disposizione si è così imprigionata la libertà degli Stati membri di adottare eccezioni relative a usi digitali che riflettano nuovi sviluppi della tecnologia digitale non previsti nel momento di redazione del testo della Direttiva<sup>44</sup>; e si è concessa la sola possibilità di mantenere eccezioni già esistenti nei rispettivi ordinamenti, a condizione che queste riguardino usi analogici di scarsa rilevanza e non incidano sulla circolazione di merci e servizi nel mercato unico. Può dirsi dunque che agli Stati membri, in virtù di questa irragionevole limitazione, sia preclusa non solo la possibilità di prevedere una norma generale di salvaguardia degli usi legittimi ma persino la libertà di sperimentare autonomamente nuove soluzioni che, nel digitale, permettano una qualche forma di coesistenza tra utilizzazioni libere dal controllo degli autori e applicazione di *digital locks*.

Un ulteriore problema che la Direttiva lascia irrisolto, con esclusivo riguardo alla distribuzione di supporti, consiste nel fatto che la mancata armonizzazione di eccezioni territorialmente rilevanti

---

<sup>43</sup> SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, op. cit.; nella dottrina americana analoga è la posizione di alcuni tra gli studiosi più autorevoli, fa notare MERGES, *One hundred years of solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, California Law Review 2000, pp. 2189 ss., che – riferendosi a opinioni espresse da Samuelson, Nimmer, Benkler e Netanel – sottolinea come, per effetto delle c.d. *anticircumvention provisions* del DMCA, “[D]igital content – overprotected at the outset by well-intentioned but misguided copyright law – may now never reach its full potential to add to the public domain.”(p.2203).

<sup>44</sup> VINJE, *Should We Begin...*, op. cit., pp. 553-554. Questo Autore, premettendo che “the best intellectual property is generally the most flexible legislation, in particular so it does not become obsolete as technology develops”, sottolinea come, “contrary to the approach taken in the WIPO Copyright Treaty, the Directive goes so far as to prohibit Member States from adopting new exceptions that take account of technological change.” Analogamente, HUGENHOLTZ, *Why the Directive is Unimportant...*, op. cit., p.501, si è chiesto: “How can a legislature in its right mind even contemplate an exhaustive list of limitations [...] when the internet produces new business models and novel uses almost each day?”

incida negativamente sulla corretta applicazione del principio di libera circolazione di prodotti culturali, oggetto di diritti esclusivi, all'interno del mercato unico. L'eventualità che ciascuno Stato dell'Unione, secondo il disposto dell'articolo 5, possa adottare o mantenere eccezioni all'esclusiva che altri Stati membri non riconoscano nel proprio territorio potrà facilmente ostacolare il commercio transnazionale di beni che risultino passibili di diverse utilizzazioni a seconda del luogo in cui i relativi supporti si trovano. Si pensi, per esempio, con riguardo all'eccezione di copia privata (v. *infra*), all'ipotesi di esportazione di *Compact Disc* da uno Stato in cui il proprietario dell'esemplare è legittimato a farsene una riproduzione ad uso personale a un altro Stato in cui tale riproduzione non sia permessa o sia consentita con gravi limitazioni: non c'è dubbio che, in casi come questi, le diverse possibilità di utilizzo del bene-supporto siano in grado di condizionare sia le scelte dei consumatori sia quelle dei produttori di fonogrammi e di supporti e dispositivi necessari alla riproduzione<sup>45</sup>.

## **2.2. Sull'incompatibilità tra sistema della c.d. copia privata e applicazione di misure tecnologiche di protezione**

Per rendersi conto di quanto le libere utilizzazioni escano malconce dal trattamento normativo al quale la Direttiva le sottopone, non resta che considerare che tipo di impatto abbia l'attribuzione del c.d. *access right* sulla *fair use exception* ch'è più venuta in considerazione negli ultimi decenni con lo sviluppo vertiginoso della tecnologia applicata agli strumenti per far copie. Il riferimento è alla riproduzione ad uso privato (o copia privata), eccezione prevista come facoltativa dall'articolo 5.2, lettera b). “Gli Stati membri” – si legge – “hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione [...] per quanto riguarda [...] le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari del diritto ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati [...]”.

Partendo dal presupposto che la riproduzione non intermediata – come quella che avviene tra le pareti domestiche – non sia controllabile, molti Paesi europei hanno istituito da tempo sistemi di

---

<sup>45</sup> Quest'aspetto è sottolineato da VINJE, op. cit., p.551. Ben s'intende come le condizioni d'uso legittimo dell'esemplare contenente opere protette da *copyright* possano influire sulle strategie dei diversi soggetti. Il consumatore, per esempio, potrebbe decidere di procurarsi *on line* lo stesso contenuto di un CD che per via analogica non ha il diritto di riprodurre privatamente (o di riprodurre “con successo”, per la presenza di dispositivi tecnologici anticopia applicati sul supporto). Dal canto suo, il produttore di fonogrammi, per vendicarsi di una legislazione statale che mantenga una generosa eccezione di copia privata, potrebbe applicare sui supporti da esportare in quello Stato misure tecnologiche ancor più aspre di quelle adottate nel Paese d'origine; e via dicendo. In precedenza (v. *supra*, nota n.28), si è anche evidenziato come la mancata armonizzazione delle ipotesi di deroga all'esclusiva d'autore possa ostacolare seriamente la commercializzazione, all'interno del mercato comune, dei diversi tipi di dispositivi tecnologici antiaccesso e anticopia che, in ciascun Paese, potrebbero dover rispettare un numero di eccezioni sempre diverso.

compensazione economica degli autori da cui si ricava un regime di libertà pagante<sup>46</sup>. Nell'ambito di tali sistemi, in poche parole, l'esenzione della copia dal diritto esclusivo è compensata - nell'interesse dei titolari di diritti d'autore - dal prelievo su apparecchiature e materiali necessari alla riproduzione. Come insegna la migliore dottrina, la copia privata non è oggetto né di un diritto né di una libertà, ma di un'eccezione al diritto esclusivo che ha trovato la propria ragion d'essere nell'esigenza di remunerazione degli autori a fronte dell'aumento esponenziale di riproduzioni non intermedie e, quindi, non controllabili dal detentore di un diritto di monopolio temporaneo sull'attività di duplicazione<sup>47</sup>.

La disposizione dell'articolo 5.2, lettera b) della Direttiva si riferisce a sistemi di compensazione di questo tipo, prevedendo che i legislatori nazionali siano abilitati a introdurli o a mantenerli nei rispettivi ordinamenti, purché l'attività di riproduzione sia soggetta alla corresponsione di un equo compenso e siano rispettate le condizioni che concorrono a far ritenere privata la realizzazione della copia. Tali condizioni sono note: la riproduzione deve avere carattere privato; non deve essere effettuata a scopo di lucro o con modalità tali da porre l'utilizzatore nella veste di concorrente dell'intermediario qualificato; e deve essere posta in essere da una persona fisica.

Fatta eccezione per quest'ultimo, che pare escludere le organizzazioni *non profit* dai destinatari della disposizione<sup>48</sup>, i requisiti suesposti ricorrono già - con qualche lieve differenza di lessico - nelle legislazioni che conoscono sistemi di compensazione per la c.d. copia privata. Con riguardo a ciò che più interessa in questa sede, e cioè la copia digitale<sup>49</sup>, la Direttiva istituisce un'interdipendenza tra equo compenso e applicazione delle misure tecnologiche di protezione, prevedendo che l'ammontare del primo sia dimensionato tenendo conto della presenza di dispositivi anticopia. Nel disporre ciò, il legislatore comunitario pare voler significare che nessun compenso sia dovuto nell'ipotesi in cui un dispositivo tecnologico controlli efficacemente il tipo di riproduzione permessa dall'eccezione di copia privata. Come sottolineato in precedenza, in ambito digitale l'applicazione di misure tecnologiche

---

<sup>46</sup> È accolta qui la magistrale ricostruzione sistematica offerta da SPADA, *Copia privata e opere sotto chiave*, op. cit.

<sup>47</sup> Fondamentale in materia di copia privata è lo scritto di GORDON, *Fair Use as a Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, Columbia Law Review 1982, p.1600, cit. in GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, Annali Italiani Diritto D'Autore 2002, p. 155, che riporta fedelmente il pensiero dell'Autrice, nella cui ottica «la copia diventa lecita quando e solo quando la struttura del mercato “istituito” dal titolare sia fallace (c.d. *market failure*), e non consenta pertanto all'aspirante acquirente di contrattare efficacemente con l'autore per ottenere una copia lecita; ulteriore condizione poi è che la garanzia di un accesso libero non determini una eccessiva lesione dell'interesse economico del titolare, altrimenti disincentivato dal compiere investimenti nell'attività creativa.”

<sup>48</sup> È un'osservazione di GALLETTI, *Le utilizzazioni libere...*, op. cit., p.185.

<sup>49</sup> ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, CEDAM, Padova 2001, p.194, ricorda che nella Direttiva, al *considerando* n.38, si fa esplicito riferimento alla necessità di distinguere tra copia privata digitale e analogica, per tenere debitamente conto della maggiore incidenza economica che la prima è destinata ad avere nella c.d. società dell'informazione. Peccato, poi - nota l'Autrice - che nel testo della Direttiva non vi sia traccia di una tale distinzione e che, anzi, sul punto “non sembra profilarsi un distacco sistematicamente rilevante rispetto alla disciplina tradizionale”.

permette ai titolari di *copyright* di esercitare su larga scala un controllo sull'accesso e sull'uso di materiali protetti ch'è più efficace di quanto sia mai stato possibile. Alla luce di questo nuovo stato delle cose e del fatto che tali misure siano legalmente invalicabili, la Direttiva pare escludere l'obbligo di corresponsione dell'equo compenso quando i dispositivi tecnologici permettano di impedire o controllare efficacemente la copia che il prelievo intende compensare. Come giustamente notato, il legislatore comunitario non è chiarissimo su questo punto e non pare obbligare esplicitamente gli Stati membri a modificare i rispettivi criteri di prelievo in modo da ridurre o eliminare il pagamento del compenso nell'ipotesi di applicazione di tali dispositivi<sup>50</sup>. Il rischio è quindi che i legislatori nazionali possano continuare a imporre un prelievo sul prezzo di vendita di supporti e apparecchi di riproduzione anche dopo aver introdotto nei rispettivi ordinamenti i divieti di aggiramento di misure tecnologiche; col risultato di assoggettare a equo compenso anche la copia privata digitale che sia in concreto irrealizzabile per la presenza di dispositivi anticopia<sup>51</sup>.

Non c'è dubbio che la compensazione economica (e forfetaria) degli autori per i mancati guadagni imputabili a riproduzioni non intermedie, e perciò non controllabili, manchi di giustificazione e debba perciò venir meno per quei tipi di copia per i quali potrà essere effettivamente ottenuto un pagamento da parte dei titolari di *copyright*. Nell'attuale contesto normativo, non è difficile prevedere che la disponibilità e l'autonoma protezione di misure tecnologiche di controllo dell'accesso e dell'uso di opere in formato digitale possa condurre alla rapida eliminazione delle eccezioni di copia privata<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Si fa riferimento alle considerazioni di VINJE, *Should We Begin...*, op. cit., p.555, secondo cui la riduzione o l'eliminazione del prelievo dovrebbero conseguire non tanto all'applicazione delle misure tecnologiche quanto all'astratta *disponibilità* delle stesse ("Nobody should ever been *required* to use any access or copy control technology, but they should not have recourse to compensation through levies where technology is available that would enable them to control the copying of their works, and they choose not to use it [...]").

<sup>51</sup> Nella possibile contraddizione cui si fa cenno nel testo pare incorrere la legislazione italiana, a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n.68/2003, che ha dato attuazione alla Direttiva 2001/29/CE. Da un lato, il nuovo articolo 71-sexies, I comma, della legge sul diritto d'autore (n.633/1941) permette la riproduzione privata di opere audio e video a fronte del pagamento di un equo compenso su supporti e apparecchiature, "nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater"; dall'altro, al IV comma, riconosce a chi vanta il "legittimo possesso di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo" il diritto a una (e una sola) riproduzione privata, "anche solo analogica", quando (e nonostante che) la riproduzione stessa sia impedita da dispositivi tecnici (si prende spunto qui da SPADA, *Copia privata e opere sotto chiave*, op. cit.).

<sup>52</sup> In tal senso si sono espressi GINSBURG, *Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyrights in Cyberspace*, Columbia Law Review 1995, p.1466, affermando che l'idea della sottrazione della copia privata al controllo dell'autore è un non senso in un contesto in cui l'opera è sempre più "marketed directly to the end user"; e VINJE, ult. op. cit., p.555, che – criticando la portata omnicomprensiva del diritto di riproduzione riconosciuto dall'articolo 2 della Direttiva – ritiene che "even if virtually *all* private copying *could* be controlled, this does not mean that all private copies should be

Per ora, può dirsi che il riconoscimento legale di un potere tecnologico di controllo sull'accesso e sulla riproduzione digitale non autorizzata delle opere realizza, nell'ambito delle regolamentazioni nazionali della c.d. copia privata – lasciate sostanzialmente intatte dalla Direttiva europea del 2001 – un assetto che accorda ai titolari di diritti d'autore e diritti connessi – com'è stato scritto oltre dieci anni fa - «la possibilità di avere la botte piena e la moglie ubriaca.»<sup>53</sup>

## CONCLUSIONI

Si è visto come la Direttiva europea 2001/29 attribuisca ai titolari di *copyright* un potere di controllo dell'accesso e degli usi di un'opera (ancora protetta, secondo le regole generali) in formato digitale. Tale potere è attribuito indirettamente, mediante la previsione – *ex* articolo 6 - di un divieto assoluto di aggiramento di dispositivi antiaccesso e anticopia. Non solo è vietata la manomissione o elusione da parte del singolo utente di tali dispositivi, ma è vietata la fabbricazione e commercializzazione di tecnologie che ne permettano o facilitino la manomissione o elusione.

L'operatività di potere di controllo, strumentale all'esercizio del diritto di riproduzione in senso stretto, fa sì che la protezione del *copyright* assuma nel digitale una struttura del tutto nuova rispetto al passato scenario analogico; una struttura che, al fine di preservare l'integrità delle prerogative dei titolari dei diritti protetti, concepisce la barriera eretta dalle misure tecnologiche di protezione come limite dominicale invalicabile. Ciò fa sì che risulti comunque illecita la condotta di un utente che superi tale limite per fruire di un'utilizzazione prevista dalla legge come immune dall'esclusiva e quindi lecita.

In un contesto come questo, le eccezioni previste dall'articolo 5 sono destinate a rimanere lettera morta. E ciò, si badi, non perché l'utilizzazione libera sia inconcepibile nel digitale; ma per il semplice fatto che il legislatore comunitario abbia scelto di attribuire ai titolari di *copyright* un diritto di monopolio nell'uso dei dispositivi tecnologici in oggetto. La Direttiva, come si è visto, prevede una soluzione alternativa per l'uso di tecnologie di decrittazione (cfr.art.6.4) ma, sfortunatamente, ne dispone l'operatività solo per la fruizione delle opere *off-line* e, inoltre, senza assicurarne direttamente l'applicazione (l'iniziativa è lasciata ai singoli Stati Membri).

Si è sottolineato, poi, come tra le utilizzazioni libere sacrificate per consentire il controllo dell'accesso digitale alle opere rientrino categorie di atti che godono generalmente di tutela costituzionale per il fatto di essere estrinsecazione di libertà fondamentali, quali la libera manifestazione del pensiero e la libera circolazione delle informazioni.

---

subject to an exclusive right. One could still conclude that certain copies – those made for time shifting purposes, for example – should neither fall within the copyright owner's control nor be subject to payment ..]”

<sup>53</sup> Si fa riferimento all'analisi e alla efficace metafora proposta da RICOLFI, *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, Annali Italiani di Diritto d'Autore 1992, p. 74.

Esaminando l'eccezione (facoltativa) di copia privata – infine - si è visto come, anche nei casi in cui la corresponsione dell'equo compenso valga a esentare la copia dal diritto esclusivo, la Direttiva non obblighi esplicitamente gli Stati membri a evitare che le riproduzioni per uso privato subiscano un doppio e vessatorio “controllo”, e cioè il pagamento del compenso in presenza di un dispositivo anticopia. Come detto, tale contraddizione è destinata a venir meno quando nell'ambiente digitale tutte, ma proprio tutte, le riproduzioni di un'opera potranno essere messe sotto il controllo dei *copyright holders*.

Si rifletta per un attimo sullo scenario appena ipotizzato. La legislazione già prevede che ogni atto di riproduzione o fruizione sia sotto il controllo degli autori. Il punto è che la realtà concreta pare ben lungi dall'uniformarsi a quella immaginata dai legislatori. Ciò per il fatto che la comunicazione digitale permette, da pochi anni a questa parte, forme di riproduzione digitale non intermediata non passibili di controllo. Dopo aver analizzato la struttura e i potenziali effetti sul diritto d'autore delle c.d. *anticircumvention provisions*, è d'obbligo domandarsi se e in che modo questo nuovo approccio alla tutela dell'integrità delle opere protette da *copyright* possa davvero, e in tempi brevi, permettere il controllo su operazioni di c.d. *file sharing* che si compiono quotidianamente nell'ambito di sterminate *communities* di utenti sparsi per il mondo. A ciò si aggiunga che, passato ormai alla storia il caso e *Napster* e le sue modalità di funzionamento per così dire “accentrato”, il futuro della riproduzione non intermediata attraverso Internet passa per l'uso di sistemi c.d. *peer-to-peer* che, nel consentire agli utenti di una *community* la condivisione e lo scambio di *files* ormai non solo musicali, non prevedono alcun passaggio di dati e informazioni attraverso un *server* centrale di smistamento.

Questa circostanza ha fatto sì che, assai di recente, la Suprema Corte Olandese (la più alta autorità giudiziaria che si sia finora occupata in Europa dello scambio di brani musicali su Internet) abbia ritenuto non colpevole di *contributory infringement* la società che produce e distribuisce gratuitamente un celebre *software* c.d. *peer-to-peer*, *KaZaa*<sup>54</sup>. Ciò perché – a detta dei giudici – la società stessa non sarebbe responsabile dell'uso che gli utenti fanno dei *software* messi a loro disposizione. Dubbio non v'è, inoltre, che il divieto di fabbricazione e commercializzazione di misure tecnologiche che permettano o facilitino l'aggiramento di *digital locks* (cfr.art.6.2 della Direttiva) non sia in alcun modo riferibile a sistemi e *software* come questi ultimi. Infatti, fino al momento in cui tutti i *files* in circolazione non risultino protetti da misure antiaccesso o anticopia – momento che potrebbe non arrivare mai, e che forse è bene che non arrivi - non sarà possibile considerare *software* tipo *KaZaa* colpevoli di favorire un aggiramento che, di fatto, non c'è.

Un aspetto è però chiaro. La tecnica normativa che vede i controlli tecnologici come oggetto di *enforcement* autonomo, indifferente alla disciplina sostanziale della *copyright law*, svela un indirizzo preciso:

---

<sup>54</sup> Si apprende la notizia dall'articolo a firma di Eugenio Occorsio, pubblicato lo scorso 22 Dicembre 2003 da *La Repubblica*, inserto *Affari e Finanza*, pag. 4.

quello di lasciare che un sistema di regole imposte mediante licenze d'uso (le c.d. *click-wrap licenses*), rese effettive e ineludibili grazie all'applicazione di codici antiaccesso alle opere distribuite, possa tutelare i diritti di proprietà intellettuale molto meglio di quanto non abbia fatto finora la legislazione. In ciò è da riconoscere la concreta possibilità che in futuro siano meccanismi di controllo dell'accesso, e non il *copyright*, a regolare l'utilizzazione delle opere creative.

*Giuseppe Mazziotti*