

Giusella Finocchiaro

**L'EQUILIBRIO TITOLARE/*USERS*
NEL DIRITTO D'AUTORE
DELL'UNIONE EUROPEA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIUSELLA FINOCCHIARO

L'EQUILIBRIO TITOLARE/USERS NEL DIRITTO D'AUTORE DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2.1. Prima questione: l'equilibrio. — 2.2. Seconda questione: i soggetti. Titolare-users. — 3. Il contesto. — 4. Sulla seconda questione posta: i soggetti. — 5. Sulla prima questione posta: l'equilibrio. — 5.1. L'equilibrio nelle norme in materia di diritto d'autore. Le eccezioni. — 5.2. Il bilanciamento con i diritti fondamentali. — 5.3. L'equilibrio nell'ambito contrattuale. — 6. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE.

Il titolo del mio intervento è “l'equilibrio fra titolare e *users*”.

L'espressione non è nuova né inconsueta, come avrò modo di illustrare. Ricorre, per esempio, nella direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (anche detta “direttiva InfoSoc”) ¹, al considerando n. 31, secondo cui “deve essere garantito un giusto equilibrio fra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché fra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti”.

Ancora, ad un “giusto equilibrio” si riferisce la giurisprudenza comunitaria in molteplici occasioni (Corte di Giustizia UE, 21 ottobre 2008, C-467/08; 11 giugno 2011, C-462/09; 21 aprile 2016, C-572/14).

Dunque, secondo la migliore tradizione convegnoistica, muoviamo dal titolo, analizzando e problematizzando i termini utilizzati, ampliando — se necessario — il campo d'indagine e ponendo alcuni interrogativi, per la precisione due ordini di questioni, dopo avere analizzato lo scenario nel quale il discorso si sviluppa.

* Il presente articolo riproduce, con l'aggiunta di note ed aggiornamenti, la relazione svolta all'incontro “Un bilancio del diritto d'autore UE fondamentali del diritto

primario” organizzato da AIDA a Milano il 9 e 10 settembre 2016.

¹ Pubblicata nella G.U.C.E. 22 giugno 2001, n. L 167.

2.1. *Prima questione: l'equilibrio.*

Il termine “equilibrio” non è neutro. Esso connota e qualifica la relazione che presuppone. In questo caso definisce la relazione titolare-*users* in termini valoriali.

Tale relazione è attualmente o dovrebbe essere caratterizzata in termini di equilibrio? L'equilibrio è un dato attuale o, ancora, l'equilibrio è o dovrebbe intendersi come obiettivo da raggiungere?

2.2. *Seconda questione: i soggetti. Titolare-*users*.*

La seconda espressione sui cui riflettere è “titolare-*users*”.

La relazione principale è certamente quella fra titolare e *users*, ma non è la sola e non si sviluppa in maniera lineare e rettilinea unicamente fra tali soggetti.

Dunque le domande sono: quanti e quali sono i soggetti coinvolti nella relazione? Quali le loro qualificazioni?

3. IL CONTESTO.

Tutto il discorso che andiamo a sviluppare non potrebbe svolgersi senza considerare il contesto: il termine “*users*” individua e richiama immediatamente un ambiente digitale. Anzi, è proprio dall'ambiente e dal contesto che occorre muovere.

Occorre considerare, secondo la felice espressione di Resta ², il “diritto industriale vivente”, dal momento che le nuove tecnologie hanno sollevato delle problematiche concernenti la tutela del diritto d'autore che prima non si sarebbero poste.

Non avrebbe senso riferirsi agli “utenti” ³ se non in un ambiente digitale: in passato, il lettore o lo spettatore non sono stati definiti come “utenti” e soprattutto non hanno costituito soggetti titolari di diritti. Il cambiamento, dunque, è strettamente collegato al digitale.

Nel nostro discorso non si può tacere dei cambiamenti significativi di scenario comportati dalle nuove tecnologie. Internet e il *web* hanno creato nuovi modelli distributivi e nuovi canali di comunicazione, hanno attribuito un ruolo a nuovi soggetti e hanno creato nuovi beni giuridici e nuove forme di espressione della creatività.

² G. RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, UTET Giuridica, Torino, 2011, p. 7.

³ È bene fin d'ora operare una precisazione terminologica. Sovente il termine *user* viene tradotto in italiano alternativa-

mente con le espressioni “utilizzatore” e “utente”, senza che vi siano apparentemente criteri precisi che disciplinino l'impiego dell'uno o dell'altro termine. Sembra pertanto che i due termini vengano utilizzati come sinonimi.

I nuovi canali di comunicazione delle informazioni e, in particolare, di distribuzione della cultura hanno determinato la nascita di nuovi modelli di fruizione delle informazioni e, di conseguenza, nuovi modelli economici ⁴.

Le opere possono essere fruite anche via Internet e messe a disposizione anche ad opera dello stesso autore, oltre che del distributore. Ma la comunicazione fra autore e pubblico non richiede necessariamente l'intermediazione, fatta salva quella costituita dalla disponibilità di un canale digitale. L'accesso ad Internet e la disponibilità di un canale digitale sono tuttavia così diffusi da fare affermare ad alcune Corti costituzionali o in alcune Costituzioni che esista un diritto di accesso ad Internet ⁵.

La disponibilità dell'opera *on line* consente anche la sua più facile appropriazione (copia) e un minore controllo sulla circolazione successiva alla copia. Si sono inoltre moltiplicate le facoltà derivanti dal diritto all'utilizzazione economica dell'opera, così

⁴ H.R. VARIAN-J. FARRELL-C. SHAPIRO, *Introduzione all'economia dell'informazione*, Etas, Milano, 2005. Si vedano, fra i molti scritti di G. GHIDINI, le recenti incisive riflessioni dello stesso: *Evoluzioni del diritto d'autore e promozione di informazione e cultura. Nuove luci e nuove ombre*, in A.M. GAMBINO-V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni ART, Roma, 2009, p. 123 ss.

⁵ Tra tutti si vedano Finlandia, Spagna, Francia e Grecia. In Finlandia è stato emesso il decreto n. 732/2009 del Ministero dei Trasporti e delle Comunicazioni relativo al livello minimo di accesso funzionale a Internet come servizio universale, ove è prevista la garanzia di una velocità di almeno un megabit al secondo per ogni connessione a Internet. Il 1° luglio 2010 è entrata poi in vigore una legge che qualifica espressamente l'accesso a Internet come un diritto da garantire a tutti i cittadini del Paese. Analoga è l'impostazione del legislatore spagnolo che con legge sull'economia sostenibile risalente al 2011 ha elevato l'accesso a Internet al rango di servizio universale. In Francia, con la *décision* n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009 del *Conseil constitutionnel* francese, la connessione a Internet è stata riconosciuta come un diritto fondamentale del cittadino che nessuna autorità può limitare, reprimere o disconoscere ingiustamente. Infine, la Grecia ha modificato la propria Costituzione per introdurre l'art. 5-bis, il cui secondo comma stabilisce che "tutte le persone hanno il diritto di partecipare alla società dell'informazione, facilitandone l'accesso alle informazioni trasmesse elettroni-

camente, così come il diritto di produrre, scambiare e diffondere informazioni mediante mezzi elettronici costituisce un obbligo dello Stato, nel rispetto delle garanzie degli artt. 9 e 19 Cost."

In Italia, vi sono disposizioni volte a regolare l'accesso alle comunicazioni elettroniche che ancora, tuttavia, non si configura nel nostro ordinamento come un diritto pieno di accesso a Internet: si veda ad esempio d.lgs. 82/2005 ("Codice dell'Amministrazione digitale") come modificato dal d.lgs. 179/2016, ove all'art. 3 riconosce a chiunque "il diritto di usare le soluzioni e gli strumenti di cui al presente Codice nei rapporti con" le pubbliche amministrazioni. Anche a livello regionale si riscontrano poi disposizioni in materia di diritto di accesso a Internet: la Regione Umbria, con la l. r. 13 dicembre 2013, n. 31, ha riconosciuto "il diritto di tutti i cittadini di accedere a Internet quale fondamentale strumento di sviluppo umano e di crescita economica e sociale e promuove lo sviluppo delle infrastrutture di telecomunicazione al fine di assicurare la partecipazione attiva alla vita della comunità digitale" (art. 1, 1° comma). Ancora, la Regione Sicilia mira a introdurre Internet come diritto fondamentale dello Statuto regionale siciliano mediante il d.l. 874/2014 recante "Modifiche allo Statuto della Regione in materia di diritto di accesso ad Internet", introducendo il nuovo art. 33-bis. La Regione Emilia-Romagna con la l. r. 24 maggio 2004, n. 11, dedicata allo "Sviluppo regionale della società dell'informazione", palesa il proprio impegno nel garantire ai cittadini "un più facile e diffuso accesso alla conoscenza" (art. 1,

come l'uso della Rete ha moltiplicato la possibilità di creare contenuti. Emblematico è il caso delle opere derivate ⁶.

“We live in a ‘cut and paste culture’ enabled by technology”, come afferma Lessig ⁷.

A ben vedere, dunque, mutano le caratteristiche proprie dell'opera e le possibilità di intervento su di essa. I canali di comunicazione telematici avvicinano autore e fruitore e rendono il ruolo dell'intermediario non necessario e meno rilevante.

L'informatica ha creato nuovi beni giuridici, protetti dal diritto d'autore, secondo la direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (nel prosieguo, per brevità, “direttiva in materia di banche dati”) ⁸. Mi riferisco alla “banca di dati” definita come “raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo” che comprende anche l'opera multimediale, la quale può essere definita come un'opera costituita dalla combinazione di diversi contenuti: testo, grafica, illustrazioni, filmati, animazioni, fotografia, musica, ecc. Molte opere d'arte digitali oggi sono qualificabili opere multimediali.

In questo contesto e in questo ambiente trova riconoscimento giuridico un nuovo soggetto: il fruitore o l'utilizzatore dell'opera.

È evidente che lo *user* costituisce un nuovo attore che è stato introdotto con forza nella scena dall'informatica: è il fruitore, che fino agli anni '90 non compariva nella legge sul diritto d'autore, benché fin dall'origine la legislazione su *copyright* e diritto d'autore abbia sempre, quanto meno nelle premesse alla legislazione

1° co., lett. a), promuovendo in particolare “l'accesso generalizzato dei cittadini all'utilizzo delle tecnologie, anche mediante l'organizzazione di corsi di formazione finalizzati a promuovere l'alfabetizzazione digitale” (art. 3, 2° co., lett. c). Infine, sempre nel contesto della promozione della società dell'informazione, la Regione Piemonte ha emanato la l. r. 26 marzo 2009, n. 9 con cui “favorisce il pluralismo informatico, garantisce l'accesso e la libertà di scelta nella realizzazione di piattaforme informatiche e favorisce l'eliminazione di ogni barriera dovuta all'uso di standard non aperti” (art. 1). In tale contesto, merita di essere infine menzionata la “Dichiarazione dei diritti di Internet”, documento elaborato ed approvato in data 28 luglio 2015 dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet della Camera dei Deputati: il testo riconosce espressamente all'art. 2 il diritto di accesso a Internet quale “diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale

e sociale”. Cfr. M. PANATO, “Carta di internet” e diritto della comunicazione: il riconoscimento dell'accesso alla rete internet quale diritto fondamentale della persona e rapporto con gli enti pubblici, in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica*, pubblicato il 4 settembre 2015, consultato il 25 agosto 2016, disponibile all'indirizzo web <http://www.diritto.it/docs/37283-carta-di-internet-e-diritto-della-comunicazione-il-riconoscimento-dell-accesso-alla-rete-internet-quale-diritto-fondamentale-della-persona-e-rapporto-con-gli-enti-pubblici>.

⁶ M. SCIALDONE, *Il nuovo ruolo degli utenti nella generazione di contenuti creativi*, in *Quad. dir. merc. Tecn.*, IV/2013, pp. 8-19.

⁷ L. LESSIG, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Penguin, London, 2004, p. 105.

⁸ Pubblicata nella G.U.C.E. 27 marzo 1996, n. 77.

stessa, tenuto in considerazione la diffusione della cultura al pubblico.

Il fruitore compare con l'art. 5 della direttiva 91/250/CEE del Consiglio del 14 maggio 1991 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore ⁹, recepito dall'art. 64-ter della legge italiana 22 aprile 1941, n. 633, "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio" ¹⁰, più volte modificata e riguardante i diritti dell'utilizzatore di *software*. Si tratta di diritti minimi, ma fino ad allora non si era mai parlato dei diritti del lettore o dell'ascoltatore.

Nel caso in cui l'opera dell'ingegno sia costituita dal *software*, la direttiva europea e di conseguenza anche la legge italiana riconoscono all'utilizzatore alcuni diritti, quali quello ad un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente, nonché il diritto di correggere gli errori e di osservare, studiare o sperimentare il funzionamento del programma allo scopo di determinare le idee e i principi su cui è basato ogni elemento del programma, quando esso effettua le operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che ha il diritto di effettuare. I diritti riconosciuti al licenziatario di *software* non sono suscettibili di deroghe *in peius* ma soltanto di ampliamenti.

Dunque, la rivoluzione digitale ha comportato la creazione di nuovi beni giuridici e la diffusione delle opere *on line* e, conseguentemente, ha conferito al fruitore dell'opera un ruolo che prima non ricopriva.

Ha creato anche nuove forme di espressione della creatività e di elaborazione delle opere, rendendo praticabile la fusione dei ruoli di autore e di utilizzatore.

Le nuove opportunità tecnologiche hanno quindi dato luogo, secondo un percorso non nuovo, a nuovi modelli economici. Ma d'altronde, come si sa, il diritto d'autore è storicamente figlio della tecnologia.

Come è noto, la normativa sul diritto d'autore non è sempre esistita, né è nata al fine di tutelare l'autore. Essa è nata con la rivoluzione industriale: il diritto d'autore è figlio dell'invenzione della stampa ¹¹.

Dunque, la rivoluzione digitale ha creato nuovi modelli economici, nuovi attori nello scenario, nuovi beni e nuove forme di espressione della creatività.

⁹ Pubblicata nella G.U.C.E. 17 maggio 1991, n. L 122.

¹⁰ Pubblicata nella Gazz. Uff. 16 luglio 1941, n. 166.

¹¹ P. GOLDSTEIN, *Copyright's High-*

way, Hill and Wang, New York, 1994, p. 27 e G. SENA, voce *Opere dell'ingegno*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. comm., X, Torino, 1994, p. 356.

4. SULLA SECONDA QUESTIONE POSTA: I SOGGETTI.

Per esaminare il secondo ordine di questioni, procedendo a ritroso, riflettiamo sui soggetti: titolare e *users*. Dunque le domande sono: quanti e quali sono i soggetti coinvolti nella relazione? Quali le loro qualificazioni?

I termini “titolare” (*rightholder*) e “utilizzatore” (*user*) non sono stati oggetto di definizione se non in tempi recenti. Le relative definizioni si rinvencono infatti nella direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso *on line* nel mercato interno (nel prosieguo, per brevità, “direttiva sulla gestione collettiva dei diritti d'autore”) ¹².

La direttiva all'art. 3, lett. c) e lett. k) dispone che il “titolare dei diritti” è “qualsiasi persona o entità, diversa da un organismo di gestione collettiva, che detiene diritti d'autore o diritti connessi ai diritti d'autore o a cui, in base a un accordo per lo sfruttamento dei diritti o alla legge, spetta una parte dei proventi” e che l'“utilizzatore” è “qualsiasi persona o entità le cui azioni sono subordinate all'autorizzazione dei titolari dei diritti, al compenso dei titolari dei diritti o al pagamento di un indennizzo ai titolari dei diritti e che non agisce in qualità di consumatore”.

Prima della direttiva, l'unico riferimento alla figura di “titolare” può essere rinvenuto nella legge sul diritto d'autore, ove l'art. 6 ricollega la titolarità dell'opera all'autorialità e all'atto di creazione (“Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale”).

Nel nostro esame occorre riferirsi, come fa la già richiamata direttiva 2001/29/CE, non solo a “titolari” ma a “categorie” di titolari o anche a soggetti contitolari.

Inoltre, non va considerato soltanto il rapporto fra titolare e *users*, ma anche quello (anzi, quelli) con gli altri soggetti che possono intervenire nella relazione. L'individuazione di titolare e di *users* non pare infatti esaustiva, dovendo necessariamente tenere in considerazione anche altri soggetti al fine di fornire un quadro compiuto. Il novero dei soggetti deve certamente essere ampliato e i soggetti potenzialmente attori vanno qualificati. Le relazioni possono poi essere bilaterali o plurisoggettive.

Si fa riferimento al titolare e non all'autore ¹³, il quale naturalmente può coincidere con il titolare dei diritti di utilizzazione economica dell'opera.

¹² Pubblicata nella G.U.U.E. 20 marzo 2014, n. L 84.

¹³ In particolare, va segnalato che il

riferimento all'autore scompare per quello al “detentore dei diritti” nell'art. 13 degli accordi TRIPS.

Il termine “titolare” nella nostra legislazione si sta connotando di molteplici significati: nel Codice dell'Amministrazione digitale viene menzionato il “titolare” in relazione alla firma ¹⁴, mentre nel Codice in materia di protezione dei dati personali si fa riferimento al “titolare del trattamento sui dati” ¹⁵. Ciò che accomuna queste definizioni è la responsabilità, piuttosto che il potere.

La scelta di riferirsi al titolare, piuttosto che all'autore, comprova evidentemente che il *focus* è sui diritti di utilizzazione economica e, quindi, sugli aspetti patrimoniali piuttosto che su quelli morali.

I titolari possono appartenere a “diverse categorie”, come recita il considerando n. 31 della direttiva 2001/29/CE, o essere anche contitolari. Possono essere gli autori, i distributori, i produttori. Possono essere i fruitori dei contenuti che creano a loro volta nuovi contenuti. E naturalmente gli aventi causa di costoro. Possono essere gli autori degli *user generated content* ¹⁶.

Gli *users*, o utenti, sono i fruitori dell'opera che assumono un ruolo solo a causa della rivoluzione digitale. Prima infatti non rilevavano sotto il profilo giuridico.

Essi non sono consumatori per espressa previsione normativa, dal momento che la definizione di utilizzatori sopra menzionata li esclude in via esplicita. Ma occorre comunque chiedersi se siano assimilabili ai consumatori o, più in generale, a soggetti deboli.

La definizione di “consumatore” recata dal d.lgs. 206/2005 (“Codice del consumo”) ¹⁷ è quella di “persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta” (art. 3, lett. *a*). Ma nel caso in esame, gli *users* possono non essere persone fisiche o possono essere persone fisiche che non agiscono per bisogni personali o della famiglia. Può trattarsi di società, associazioni, imprenditori, professionisti o ancora possono essere persone fisiche che agiscono per finalità commerciali.

Sono soggetti deboli meritevoli della protezione accordata ai consumatori? Assai difficile risulta ricondurre gli *users* ad una categoria unitaria e affermarne la debolezza o, al contrario, la consistenza economica e contrattuale per poi trarre delle conclusioni univoche.

¹⁴ Secondo l'art. 1, 1° co., lett. *aa*) del CAD, il titolare è “la persona fisica cui è attribuita la firma elettronica e che ha accesso ai dispositivi per la creazione della firma elettronica”.

¹⁵ Secondo l'art. 4, 1° co., lett. *f*) del Codice in materia di protezione dei dati personali, il titolare del trattamento è “la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente,

associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza”.

¹⁶ M. SCIALDONE, *op. cit.*, pp. 9 ss.

¹⁷ Pubblicato nella Gazz. Uff 8 ottobre 2005, n. 235, S.O.

Certo non sfugge che il riferimento all'equilibrio evoca la tutela consumeristica cui sopra si è già fatto cenno.

5. SULLA PRIMA QUESTIONE POSTA: L'EQUILIBRIO.

E veniamo alla prima delle questioni, cioè alla domanda principale: se la relazione titolare-*users* è attualmente o dovrebbe essere caratterizzata in termini di equilibrio, cioè se l'equilibrio sia un dato attuale, o ancora se l'equilibrio sia o dovrebbe intendersi come obiettivo da raggiungere.

Le risposte a queste domande possono essere rinvenute in tre ordini di fonti (in senso lato) differenti: quelle costituite dalle norme speciali in materia di diritto d'autore, quelle dettate dai diritti fondamentali e quelle contrattuali.

5.1. *L'equilibrio nelle norme in materia di diritto d'autore. Le eccezioni.*

Il riferimento all'"equilibrio" tra i diritti del titolare e quelli dell'utilizzatore compare per la prima volta nella Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886¹⁸, che tuttavia si riferisce agli autori e non ai detentori di diritti.

L'espressione viene quindi menzionata negli accordi TRIPs (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) del 15 aprile 1994, ove l'art. 7 recita: "The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations".

Il concetto viene poi ribadito nel *WIPO Copyright Treaty* (WCT) del 20 dicembre 1996, ove nel preambolo viene riconosciuto "the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention".

Infine, in tempi recenti è la direttiva 2001/29/CE a riconoscere la necessità di un equilibrio tra i diritti di questi soggetti: "Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti" (considerando n. 31).

¹⁸ Per approfondimenti sulle fonti di diritto internazionale e comunitario, si veda in particolare T. MARGONI, *Eccezioni e limi-*

tazioni al diritto d'autore in Internet, in *Giur. It.*, 2011, pp. 8-9.

A livello giurisprudenziale, in una serie di sentenze a partire dal 2010, la Corte di Giustizia europea pone il concetto di “giusto equilibrio” tra gli interessi degli autori e quelli degli utenti degli oggetti protetti a giustificazione del prelievo per copia privata sul prezzo di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione cui soccombe l'utente, posto che “la realizzazione di una copia da parte di una persona fisica che agisca a titolo privato dev'essere considerata quale atto idoneo a causare un pregiudizio per l'autore dell'opera interessata. [...] Conseguentemente, tale sistema, considerato che consente ai debitori di ripercuotere il costo del prelievo sugli utenti privati e che questi ultimi assumeranno l'onere del prelievo per le copie private, dev'essere considerato conforme al ‘giusto equilibrio’ da realizzare tra gli interessi degli autori e quelli degli utenti degli oggetti protetti”¹⁹.

Dunque la normativa vigente menziona l'equilibrio²⁰, benché lo faccia con dichiarazioni di ordine programmatico piuttosto che con disposizioni cogenti di tipo applicativo.

D'altronde, la struttura normativa in materia di diritto d'autore è una struttura dominicale e si incentra su un modello regola-eccezione, dove la regola è costituita dai diritti dell'autore o del titolare e le eccezioni dai diritti degli utilizzatori. Significativo è che la legge italiana si esprima al riguardo, dopo la direttiva InfoSoc, in termini di “eccezioni e limitazioni” e non più in termini di “libere utilizzazioni”.

L'impianto normativo è noto e non prevede una norma di carattere generale, bensì una tipizzazione delle singole eccezioni.

Ciò premesso, le “eccezioni” più significative sotto il profilo normativo contenute nei Trattati o nelle normativa europea in materia di diritto d'autore sono le seguenti: lo scopo informativo, in virtù del quale discorsi politici e discorsi tenuti durante procedimenti giudiziari, nonché lezioni, prolusioni ed altre opere della stessa natura pronunziate in pubblico, possono essere riprodotte da parte della stampa, trasmesse o comunicate al pubblico via cavo (art. 2-bis Convenzione di Berna); lo scopo di insegnamento che consente l'utilizzo di opere letterarie ed artistiche a titolo illustrativo mediante pubblicazioni, emissioni radiodiffuse o registrazioni sonore o visive, purché si operi secondo i buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo (art. 10, 2° co., Conven-

¹⁹ Così la Corte di Giustizia UE in *Padawan*, 21 ottobre 2010, C-467/08, punti 44 e 49. Lo stesso orientamento è espresso anche in *Stichting de Thuiskopie*, 16 giugno 2011, C-462/09, punto 28; *Amazon.com International Sales e a.*, 11 luglio 2013, C-521/11, punto 25; *Amazon v. Lapuerta*, 21 aprile 2016, C-572/14, punti 22-25.

²⁰ G. GHIDINI, *Opere dell'ingegno: più libertà per i derivati culturali*, in *Dimt.it*,

pubblicato il 7 marzo 2014, consultato il 27 agosto 2016, consultabile all'indirizzo *web* <http://www.dimt.it/2014/03/07/opere-dellingegno-piu-liberta-per-i-derivati-culturali/>, dubita che sussista un virtuoso equilibrio fra i legittimi interessi dei titolari dell'opera originale e quelli sia degli autori derivati (e dei loro aventi causa) sia della collettività dei potenziali fruitori.

zione cit.); l'eccezione per copia privata, ossia la limitazione al diritto d'autore per atti effettuati da una persona fisica a scopi personali e per fini che non sono né direttamente né indirettamente commerciali, la finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, l'utilizzo a favore di portatori di handicap, l'impiego per fini di pubblica sicurezza, lo scopo di parodia o caricatura (art. 5, 2° e 3° co. dir. 2001/29/CE)²¹.

Una delle più rilevanti eccezioni è infine quella prevista dal c.d. *Three-step Test*, introdotta dall'art. 10 del WCT. Tale meccanismo, basato su un triplice vaglio, consente alle parti contraenti di prevedere eccezioni e limitazioni al diritto riconosciuto agli autori delle opere tutelate dal WCT, purché (a) ricorrano determinati casi speciali che (b) non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera e che (c) non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti²².

5.2. Il bilanciamento con i diritti fondamentali.

Considerando il tema da un altro punto di vista, quello dei diritti fondamentali e non delle specifiche norme applicabili, appare evidente come l'equilibrio titolare-users divenga l'equilibrio, o meglio la ricerca dell'equilibrio, fra diritti fondamentali.

L'esigenza di bilanciamento è già nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²³, ove all'art. 17 sulla proprietà, riferibile anche a quella intellettuale, si prevede che "l'uso dei

²¹ Si precisa che la direttiva prevede all'art. 5 una lista esaustiva di ventuno possibili eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, lasciando alla discrezionalità dei singoli Stati membri di trasporle nel diritto interno. Per ragioni di sintesi espositiva, sono state riportate nel presente elaborato le eccezioni e limitazioni più rilevanti a titolo esemplificativo.

²² Come precisa T. MARGONI, *Il Three-Step Test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*, in *Dir. inf.*, 1/2009, pp. 164-165, "i parametri del test sono piuttosto vaghi e non vengono forniti molti elementi di valutazione né ai legislatori e neppure alle corti (almeno laddove il test è stato trasposto in diritto interno: si ricordi che essendo stato inserito in una direttiva comunitaria la Corte Europea di Giustizia ha facoltà di esprimersi in merito). Il 3ST è stato da più parti criticato proprio per questa sua vaghezza, che deriva dalla sua natura di strumento diplomatico, prima ancora che ermeneutico". È copiosa infatti la dottrina che si cimenta nell'interpretazione del test: si vedano, K.J. KOELMAN, *Fixing the Three-Step*

Test, in *E.I.P.R.*, 2006, 23(8), pp. 407-412; T. DREIER-P.B. HUGENHOLTZ, *Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*, in T. DREIER-P.B. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 195 ss.; C. GEIGER, *From Berne to national Law, via the Copyright Directive: the dangerous mutations of the Three-Step Test*, in *E.I.P.R.*, 2007, 29(12), pp. 486-491; D.J. GERVAIS, *Towards a new core international copyright norm: the reverse Three-Step Test*, in *Marquette Intl. Property L.R.*, IX/2005, p. 35; F. SENFTLEBEN, *Copyright limitations and the Three-Step Test. An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 99.

²³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (o Carta di Nizza), proclamata nel corso del Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000, sancisce il carattere fondamentale e la portata dei diritti umani per i cittadini dell'Unione. Pubblicata nella G.U.C.E. 18 dicembre 2000, n. C 364.

beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale".

Il dato normativo qui in considerazione è quello fornito dai Trattati e da alcune direttive, che espressamente fanno riferimento all'equilibrio o alla ricerca dell'equilibrio fra i diritti fondamentali.

Ad esempio, la direttiva 2001/84/CE esplicitamente esprime la necessità di "ristabilire l'equilibrio tra la situazione economica degli autori d'opere d'arte figurative e quella degli altri creatori che traggono profitto dalle successive utilizzazioni delle loro opere" (considerando n. 3)²⁴.

Risulta parimenti essenziale trovare un equilibrio "tra la libertà dei titolari dei diritti di disporre delle proprie opere e altri materiali protetti e la possibilità per l'organismo di gestione collettiva di gestire efficacemente i diritti" (considerando n. 19, direttiva sulla gestione collettiva dei diritti d'autore)²⁵.

Infine, un bilanciamento deve essere ricercato anche tra gli interessi del creatore di un *software* e quelli dell'utilizzatore dello stesso: da un lato, va considerato il diritto del primo di autorizzazione di ogni modifica della propria opera che, altrimenti, configgerebbe col normale sfruttamento dei diritti di utilizzazione economica; dall'altro lato, emerge come aspetto complementare del diritto dell'utilizzatore quello di apportare migliorie al *software* al fine di aumentarne le prestazioni²⁶.

In realtà, si va ben oltre il dato tecnico-giuridico²⁷ e il tema si sviluppa in un intreccio assai complesso in cui convergono questioni concernenti i diritti della personalità²⁸ e i diritti costituzionalmente tutelati, quali proprietà (intellettuale), libertà di espressione, libertà di iniziativa economica²⁹.

È un confronto che coinvolge "valori" fondamentali e anche per questo suscita reazioni fortemente emotive. Non a caso, i più

²⁴ Direttiva 2001/84/CE del 27 settembre 2001 relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale. Pubblicata nella G.U.C.E. 13 ottobre 2001, n. L 272.

²⁵ Il considerando prosegue precisando che "tenendo debitamente conto di tale equilibrio, i titolari dei diritti dovrebbero avere la facoltà di revocare facilmente tali diritti o categorie di diritti a un organismo di gestione collettiva e di gestirli individualmente o di affidarne o trasferirne interamente o in parte la gestione a un altro organismo di gestione collettiva o a un'altra entità, indipendentemente dallo Stato membro di nazionalità, residenza o stabilimento dell'organismo di gestione collettiva, dell'altra entità o del titolare dei diritti".

²⁶ Libro verde, *Il diritto di autore e le*

sfide tecnologiche - Problemi di diritto di autore che richiedono un'azione immediata, COM(88) 172, 7 giugno 1988, punto 5.6.15, p. 192.

²⁷ Per un approccio filosofico, A. BOTTANI-R. DAVIES (a cura di), *L'ontologia della proprietà intellettuale. Aspetti e problemi*, Franco Angeli, Milano, 2005.

²⁸ Alle radici del diritto alla riservatezza e del diritto all'immagine, in alcune ricostruzioni della dottrina, è posto il diritto d'autore. Sulla natura del diritto d'autore, come diritto di proprietà o della personalità, cfr. A. DE GREGORIO, *Contributo ad uno Studio sulla natura del diritto d'autore*, in *Riv. dir. comm.*, I/1910, p. 770 ss.

²⁹ Considerazioni analoghe in G. ALPA, *Il diritto d'autore tra persona, proprietà e contratto*, in *Dir. inf.*, II/1989, pp. 363-372 e P. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 38.

importanti movimenti di opinione votati ad una radicale modifica, se non ad un'abrogazione del diritto d'autore, evocano il valore della libertà: mi riferisco, per esempio, al movimento sul *Free Software* di Richard Stallman ³⁰.

I diritti fondamentali rispetto ai quali deve ricercarsi un bilanciamento costituiscono una serie indubbiamente aperta. In questa sede, mi limito a citare i diritti fondamentali rispetto ai quali l'esigenza di un bilanciamento appare più evidente cioè il diritto di accesso all'informazione, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto alla libertà d'espressione e il diritto alla libertà d'impresa.

Innanzitutto, considerato che il discorso non può prescindere dall'ambiente digitale, i diritti del titolare si devono confrontare con esigenze collettive quali l'accesso all'informazione e al sapere. E qui il diritto d'autore mostra chiaramente anche la sua connotazione pubblicistica ³¹.

In relazione al diritto di accesso all'informazione, non può omettersi un riferimento alla recente proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che garantisce la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti *on line* nel mercato interno del 9 dicembre 2015 (nel prosieguo, per brevità, "proposta di Regolamento sulla portabilità") ³². Il diritto all'accessibilità transfrontaliera all'informazione è garantito infatti dalla portabilità dei contenuti digitali che, secondo la Proposta, potranno essere fruiti dagli abbonati su tutto il territorio dell'Unione. Nel tentativo di operare un bilanciamento tra diritti, il legislatore ha stabilito che il diritto d'autore subisca una limitazione qualora le disposizioni contrattuali esso concernenti abbiano l'effetto di violare gli obblighi previsti a garanzia della portabilità: secondo il dettato dell'art. 5, infatti, tali disposizioni contrattuali sarebbero inapplicabili ³³. Secondo il legislatore, tale "misura sarebbe giustificata alla luce della libertà fondamentale di prestare servizi e di usufruirne oltre frontiera" ³⁴.

In ragione della ricerca di equilibrio tra diritti, la Commissione si è anche proposta di intervenire sulle principali eccezioni al

³⁰ Al riguardo si rinvia a www.fsf.org.

³¹ Dichiarazione "*A balanced Interpretation of the Three-Step Test in copyright law*", sviluppata dal Max Planck Institute e dalla Queen Mary University, e tradotta in italiano da M. RICOLFI e T. MARGONI per Nexa.

³² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che garantisce la portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti *on line* nel mercato interno del 9 dicembre 2015, COM(2015) 627.

³³ L'art. 5 della Proposta prosegue al comma 2° precisando che "i titolari del di-

ritto d'autore e dei diritti connessi o i soggetti titolari di altri diritti pertinenti ai contenuti dei servizi di contenuti online possono chiedere che i fornitori dei servizi si avvalgano di strumenti efficaci per verificare che i servizi di contenuti online siano prestati conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, a condizione che gli strumenti occorrenti siano ragionevoli e non vadano al di là di quanto è necessario per conseguire tale scopo."

³⁴ Punto 3 della Relazione alla Proposta di Regolamento sulla portabilità.

diritto d'autore attualmente previste dalla normativa europea nell'ottica di un adeguamento delle stesse all'ambiente digitale e transfrontaliero³⁵.

Ancora, i diritti del titolare non possono non bilanciarsi con il diritto alla protezione dei dati personali, come già attestato da numerose decisioni giurisprudenziali. La Corte di Giustizia europea ha infatti a più riprese affermato come gli Stati membri siano "tenuti (...) a fondarsi su un'interpretazione (della normativa europea) tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle dette direttive, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali"³⁶. Nella fattispecie, la questione riguardava il conflitto tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale e la tutela dei dati di carattere personale degli utenti di Internet³⁷.

Anche la libertà d'espressione e il diritto d'autore sono stati oggetto di un bilanciamento da parte della Corte di Giustizia. Quando, ad esempio, l'utilizzatore dell'opera protetta ne faccia una parodia o la citi, la Corte ha affermato che il "giusto equilibrio è assicurato, nella specie, privilegiando l'esercizio del diritto alla libertà di espressione degli utenti rispetto all'interesse dell'autore a poter opporsi alla riproduzione di estratti della sua opera che è già stata resa lecitamente accessibile al pubblico, pur garantendo a tale autore il diritto di veder menzionato, in linea di principio, il suo nome"³⁸.

³⁵ Come si legge nella comunicazione della Commissione, *Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore*, COM(2015) 626 del 9 dicembre 2015, "la Commissione si adopererà per garantire che il quadro normativo dell'UE sulle eccezioni che riguardano l'accesso al sapere, all'istruzione e alla ricerca sia efficace nell'era digitale e a livello transfrontaliero. [...] L'obiettivo generale è aumentare il livello di armonizzazione, rendere obbligatoria per gli Stati membri l'attuazione delle eccezioni pertinenti e fare in modo che vengano applicate a livello transfrontaliero nell'UE".

³⁶ Corte di Giustizia UE, *Promusicae*, 29 gennaio 2008, C-275/06, punto 68; *Bonnier*, 19 aprile 2012, C-461/10, punto 60.

³⁷ In particolare, nel primo caso sottoposto alla Corte di Giustizia (*Promusicae*), la questione riguardava la controversia pendente tra un'associazione di produttori di musica e una compagnia telefonica in

merito al rifiuto, da parte di quest'ultima, di comunicare alla prima, che agiva per conto dei titolari di diritti di proprietà intellettuale che ne facevano parte, l'identità e l'indirizzo fisico di talune persone alle quali l'operatore forniva un servizio di accesso ad Internet e che erano sospettate di accedere a fonogrammi i cui diritti patrimoniali di utilizzo spettavano ai soci dell'associazione. Analogamente, il secondo caso (*Bonnier*) aveva ad oggetto il rifiuto da parte di un operatore Internet di comunicare i dati personali di utenti accusati di aver violato i diritti esclusivi di riproduzione, di edizione e di messa a disposizione del pubblico di ventisette opere presentate in forma di audiolibro. Al riguardo si veda anche l'ordinanza emessa dalla Corte nel procedimento *LSG v. Tele2*, 19 febbraio 2009, C-557/07.

³⁸ I riferimenti sono, rispettivamente, alle sentenze *Deckmyn*, 3 settembre 2014, C-201/13 e *Eva-Maria Painer v. Standard*

Infine, la Corte di Giustizia europea si è pronunciata anche sul rapporto tra il diritto d'autore e la libertà d'impresa. In particolare, come si legge nella sentenza *Scarlet*, C-70/10 del 24 ottobre 2011, “sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale sia sancita dall'art. 17, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non può desumersi né da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto” (punto 43) ³⁹.

5.3. *L'equilibrio nell'ambito contrattuale.*

Sotto un ulteriore profilo, quello contrattuale, occorre verificare se nel diritto dei contratti vi sia lo spazio per l'equilibrio titolare-users.

Come è noto, il contratto è il luogo della signoria della volontà, il regno dell'autonomia privata, lo strumento principale dell'innovazione giuridica ⁴⁰.

Il contratto è strumento della globalizzazione del diritto e di affermazione anche della *lex mercatoria*. Con “nuova *lex mercatoria*” si intende “un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati” ⁴¹.

Il contratto, dunque, nella cornice definita dalla disciplina sul diritto d'autore, si presta a costituire la sede per la costruzione di rapporti differenti da quelli delineati dalla normativa, che possono — ma, non necessariamente, sono — caratterizzati in termini di equilibrio.

VerlagsGmbH e a., 1 dicembre 2011, C-145/10.

³⁹ Il caso di specie verteva sul rifiuto di un fornitore di accesso a Internet di predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi (detti *peer-to-peer*), onde impedire gli scambi dei *file* che ledevano i diritti d'autore. La Corte si è pronunciata a favore del fornitore di accesso a Internet, ritenendo che la predisposizione del sistema di filtraggio “causerebbe una grave violazione della libertà di impresa, poiché obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/48, il quale richiede che

le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose”. Il medesimo orientamento è espresso nella sentenza *Sabam*, 16 febbraio 2012, C-360/10.

⁴⁰ F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, I/2000, pp. 197 ss.

⁴¹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2009, p. 83 ss., nonché Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna 2005. Sulla *lex mercatoria* è interessante anche la prospettiva dei sociologi: si vedano, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000 e G. TEUBNER (a cura di), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Adelrsht-Brookfield USA-Singapore-Sydney, 1997.

Si pensi, ad esempio, alla produzione di un'opera d'arte digitale: l'autore potrà diffonderla via Internet o tramite un canale *ad hoc* e raggiungere direttamente il suo pubblico. Se invece l'opera non è originariamente digitale, allora la fotografia di essa potrà essere diffusa, e all'autore dell'opera e all'eventuale intermediario nel canale di trasmissione, si aggiungerà il fotografo. Se poi l'opera costituisce un bene culturale, allora si aggiungerà allo scenario anche l'istituzione o il soggetto privato detentore o proprietario dell'opera. Se l'opera invece è costituita da *software*, allora il rapporto potrà instaurarsi direttamente fra autore e utilizzatore, oppure essere mediato da un distributore.

In tutti questi casi, evidentemente, al diverso configurarsi dei rapporti corrispondono relazioni contrattuali differenti, nelle quali amplissimo spazio è attribuito all'autonomia negoziale ⁴².

Lo spazio per l'autonomia contrattuale è espressamente riconosciuto nella direttiva in materia di *software* ⁴³ e nella direttiva in materia di banche dati ⁴⁴, nonché più recentemente nella proposta di Regolamento sulla portabilità già citata, il cui art. 5 dispone che “sono inapplicabili le disposizioni contrattuali, comprese quelle pattuite tra i titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi, i soggetti titolari di altri diritti pertinenti all'uso dei contenuti dei servizi di contenuti *on line* e i fornitori dei servizi, nonché tra i fornitori dei servizi e gli abbonati, che sono in contrasto con l'articolo 3, paragrafo 1, e l'articolo 4”, anche retroattivamente ai sensi dell'art. 7 ⁴⁵.

Si pensi, per esempio, alle diversissime tipologie di licenza utilizzabili nel caso di *software*, dalle licenze di tipo proprietario a quelle di tipo GPL ⁴⁶.

Nei contratti di licenza d'uso di tipo proprietario l'utilizzo del *software* è soggetto ad una serie di limitazioni, in particolare circa

⁴² Una fondamentale critica all'attuale assetto dei rapporti giuridici determinato dal diritto d'autore è in L. LESSIG, *op. cit.*

⁴³ Art. 5, 1° co., direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore: “Salvo disposizioni contrattuali specifiche, non sono soggetti all'autorizzazione del titolare del diritto gli atti indicati nell'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), allorché tali atti sono necessari per un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente, nonché per la correzione di errori”.

⁴⁴ Considerando n. 18, direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati: “Gli Stati

membri attribuiscono al costituente di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo”.

⁴⁵ Art. 7, proposta di Regolamento sulla portabilità: “Il presente regolamento si applica anche ai contratti stipulati e ai diritti acquisiti prima della data della sua applicazione nel caso in cui siano pertinenti ai fini della prestazione di un servizio di contenuti online, dell'accesso allo stesso e della sua fruizione conformemente all'articolo 3 dopo tale data”.

⁴⁶ Si rinvia a www.gnu.org/licenses/gpl.html.

il numero di copie che è consentito effettuare. Tuttavia, anche nell'ambito dei contratti di tipo proprietario, hanno trovato spazio contratti di licenza d'uso che consentono di utilizzare il programma su più macchine o in rete (licenze multiple; a *forfait*; *floating license*, cioè licenze per utilizzare i programmi in rete, ma da un numero di utenti prefissato).

Con le licenze GPL (*General Public License*), nel caso del *software*, vengono attribuiti i più ampi diritti ai fruitori. Essi possono utilizzare e modificare il *software* senza autorizzazione del titolare e diffonderlo, all'unica condizione che la distribuzione sia effettuata con il medesimo tipo di licenza.

Con riguardo invece alle opere dell'ingegno diverse dai programmi *software*, le licenze Creative Commons⁴⁷ costituiscono una modalità di standardizzazione dei contenuti delle licenze e di comunicazione attraverso un linguaggio iconico. Anche in questo caso, è l'autonomia contrattuale che consente di calibrare i diritti oggetto di cessione, consentendo che solo una parte dei diritti sia ceduta. Le licenze Creative Commons si basano, infatti, sul riservare alcuni diritti (la formula utilizzata è "some rights reserved") al titolare, come per esempio il diritto alla paternità dell'opera o il diritto di non consentire modifiche all'opera.

Dunque nella legislazione in materia di diritto d'autore si ravvisano alcune aperture in particolare nella possibilità, emersa con evidenza solo negli anni più recenti, di interpretare le disposizioni della legge sul diritto d'autore in modo differente: consentendo all'autore di disporre dei diritti che dalla legge gli sono riconosciuti in modo molto ampio, con uno spirito differente o addirittura opposto a quello che aveva finora caratterizzato l'applicazione della legge sul diritto d'autore. Nelle licenze GPL e Creative Commons si tende, infatti, ad accentuare il profilo di tutela dei diritti morali d'autore, piuttosto che quello di sfruttamento commerciale dell'opera: l'obiettivo è quindi piuttosto diffondere l'opera con un riconoscimento della paternità e senza modificazioni, che assicurarsi il rispetto di determinati corrispettivi economici nella diffusione.

6. CONCLUSIONI.

Se il termine utilizzato fosse stato "relazione", si sarebbe potuto argomentare se la relazione fosse equilibrata o squilibrata e addirittura caratterizzata da "significativo squilibrio", per citare il Codice del consumo.

L'utilizzo del termine "equilibrio", invece che del termine "relazione", pare sancire che una scelta è stata già operata, che

⁴⁷ Si rinvia a www.creativecommons.org e www.creativecommons.it.

induce a connotare sfavorevolmente ciò che ad equilibrio non si può ricondurre.

Nel diritto dei contratti, come è noto, il codice civile non entra nel merito dell'equilibrio contrattuale e non opera direttamente sulla congruità, oggetto invece dell'opera creatrice della giurisprudenza, principalmente attraverso lo studio della causa⁴⁸. Sempre nel diritto dei contratti, una maggiore attenzione all'equilibrio è invece nel Codice del consumo ove, nella disciplina delle clausole abusive, si dettano le conseguenze del "significativo squilibrio". Non tanto, dunque, una disciplina positiva dell'equilibrio, quanto piuttosto volta a regolare le conseguenze dello squilibrio.

Dunque, ci si domanda se si debba ritenere che nella disciplina del diritto d'autore sia stata operata una scelta per l'equilibrio laddove il codice civile, al contrario, predilige con cura la neutralità.

Questa non credo sia la conclusione corretta. Al contrario, mi pare che la struttura dominicale del diritto d'autore oggi preveda che il rapporto titolare-user sia impostato in termini di regola-eccezione, piuttosto che di rapporto di equilibrio, nonostante l'influenza subita dalla legislazione consumeristica nell'utilizzo di termini che evocano l'equilibrio. Ciò che rileva non è tanto l'aspetto esteriore, la forma delle parole che vengono utilizzate, quanto la sostanza dei rapporti. Ed esaminando le norme specifiche in materia di diritto d'autore, mi sembra che siamo assai lontani da un equilibrio che deve essere costruito con leve esterne al diritto d'autore, quali il bilanciamento fra i diritti fondamentali e lo strumento dei contratti.

Di tutto ciò oggi avvertiamo l'esigenza perché l'ambiente digitale ha creato nuovi beni giuridici, ha modificato il modello economico della distribuzione e ha fornito anche gli strumenti per nuove forme di creazione: si pensi al *mash-up*, cioè alla composizione di una nuova opera interamente con parti di altre opere (musicali,

⁴⁸ In materia di equilibrio contrattuale, la giurisprudenza ha mostrato un alternarsi di prospettive, orientando talvolta il baricentro della questione sullo squilibrio oggettivo (ossia tra le prestazioni dedotte in contratto) e, talaltra, sullo squilibrio soggettivo cioè quello ascrivibile alla situazione di debolezza complessiva, sostanziale ed economica, di uno dei contraenti. In particolare, per il primo orientamento, cfr. Cass., 27 luglio 1987, n. 6492, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 365: "È nullo per mancanza di causa il contratto a prestazioni corrispettive nel quale non vi sia una equivalenza, almeno approssimativa o

tendenziale, delle prestazioni"; analogamente, Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506; Cass., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 135 ss. Per il secondo orientamento si vedano invece Cass., 24 aprile 1980, n. 2479, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1784; Pretura Circondariale di Salerno, 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 261 ss., con nota di G. DI GIOVINE, *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali*; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296. Sul punto si veda F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, II/1997, pp. 417 ss.

video, informatiche) o al *wiki*, con cui ci si riferisce ad un sito *web* (o comunque una collezione di documenti ipertestuali) che viene aggiornato dai suoi utilizzatori e i cui contenuti sono sviluppati in collaborazione da tutti coloro che vi hanno accesso e nel quale la modifica dei contenuti è aperta.

Si tratta quindi di nuove forme di autorialità nelle quali l'autore è una collettività di soggetti, a volte anonimi, che finiscono talora per perdere la propria individualità. Si pensi ad esempio a Wikipedia, frutto del lavoro di una collettività di autori anonimi o alle forme di comunicazione, condivisione delle informazioni e creazione tipiche dei *social network*.

Quest'epoca finisce per avvicinarci ad altre forme di autorialità già proprie di epoche e culture diverse.

È necessario dunque ripensare un nuovo modello giuridico di assetto dei rapporti che consideri i nuovi beni, le nuove forme di comunicazione, i nuovi *media*, i nuovi modelli di *business*, un nuovo concetto di memoria e nuovi paradigmi di autorialità.

Nella società dell'informazione e della conoscenza, in cui i beni immateriali sono costituiti da dati e informazioni, scambiati telematicamente, la funzione sociale del diritto d'autore, analogamente a quanto accade per la proprietà, anche sulla base dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere sviluppata ⁴⁹.

Così come la proprietà, il “terribile diritto” ⁵⁰, si sottopone ad un necessario bilanciamento rivelando altresì un aspetto pubblicistico, analogamente accade per il diritto d'autore.

Siamo comunque lontani in entrambi i casi da un “equilibrio”. Si tratta piuttosto di ricercare “il difficile punto di equilibrio fra sfere di proprietà e sfere di libertà, avendo comunque sempre di vista l'esigenza di fondo — che in qualche modo connota la società del nostro tempo influenzando di riflesso i criteri classificatori in chiave giuridica — riconducibile alla necessità di garantire i beni comuni della conoscenza contro la logica riduttiva della prospettiva dominicale” ⁵¹.

⁴⁹ Sull'interpretazione dell'art. 17 della Carta e, dunque, sulla funzione sociale della proprietà intellettuale, si vedano M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giapichelli, Torino, 2011, pp. 148-150; C. GEIGER, *Intellectual “property” after the Treaty of Lisbon, towards a different approach in the new European legal order?*, in *EIPR*, 2010, pp. 255-257; R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni euro-*

pee, in *AIDA*, 2005, pp. 18-19; M. LILLÀ MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 26-29.

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna, 1981.

⁵¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 135 ss.