

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DI TRENTO
XXXV

GIOVANNI PASCUZZI

ROBERTO CASO

I DIRITTI SULLE OPERE DIGITALI

COPYRIGHT STATUNITENSE
E DIRITTO D'AUTORE ITALIANO

CON CD-ROM



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2002



GIOVANNI PASCUZZI, ROBERTO CASO - *I diritti sulle opere digitali*. Copyright statunitense e diritto
d'autore italiano

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DI TRENTO

35

GIOVANNI PASCUZZI

ROBERTO CASO

I DIRITTI SULLE OPERE DIGITALI

COPYRIGHT STATUNITENSE
E DIRITTO D'AUTORE ITALIANO

CON CD-ROM



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2002

COPIA OMAGGIO
vietata la riproduzione
e la vendita

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2002 by CEDAM - Padova

ISBN 88-13-24306-5

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

La Casa Editrice CEDAM S.p.A.
opera con un Sistema Qualità conforme alle norme
UNI EN ISO 9001 certificato da CISQ CERT con numero 1.354



Stampato in Italia - Printed in Italy

Grafiche TPM s.r.l. - Padova



2. L'evoluzione del *copyright* statunitense e del diritto d'autore italiano (Roberto Caso)

2.1 L'evoluzione dei diritti sulle opere dell'ingegno

2.1.1 Tre chiavi di lettura: analisi economica, legal process e comparazione giuridica

Nella prospettiva dell'analisi economica i diritti sulle opere dell'ingegno rientrano in un'accezione allargata di proprietà intellettuale, che include anche brevetti per invenzioni, marchi e segreti industriali¹.

L'analisi economica della proprietà intellettuale prende le mosse da un ragionamento astratto fondato sul concetto di informazione. L'informazione è un bene con una caratteristica assolutamente particolare: l'immaterialità. L'immaterialità rende l'informazione fisicamente indelimitabile, nonché suscettibile di uso contemporaneo da parte di più soggetti. Senza un intervento *ad hoc* dello stato, si avrebbe una produzione subottimale o sovraottimale di informazione. In altri termini, si verificherebbe un caso di fallimento del mercato.

Lo stato ha tre alternative per rimediare al fallimento del mercato: la produzione diretta di informazione, la fornitura di sussidi e premi a soggetti che producono informazione, o l'istituzione di *monopoly rights* (denominati anche *property rights*) per la creazione di un mercato dell'informazione ed in particolare delle idee inventive (brevetti) e creative (opere dell'ingegno)².

Le espressioni che nella terminologia economica designano i diritti di privativa possono suonare, soprattutto all'orecchio del giurista, ambigue e contraddittorie³. Ciò dipende non solo dalla consueta circostanza che giuristi ed economisti utilizzano le stesse categorie per indicare concetti diversi, ma anche dal fatto che 'diritti monopolistici' e *property rights*, nei discorsi economici evocano rispettivamente due visioni alquanto differenti della proprietà intellettuale⁴.

Col riferimento al monopolio l'analisi economica vuole evidenziare che

¹ V. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 125, 140 ss..

² Cfr. R. PARDOLESI e C. MOTTI, «L'idea è mia!»: lusinghe e misfatti dell'economics of information, in *Dir. informazione e informatica*, 1990, 345.

³ Per alcuni chiarimenti terminologici v. R. CASO, 'Intellectual property rights' tra analisi economica e comparazione giuridica, in AA.VV., *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, (G. CLERICO e S. RIZZELLO cur.), Padova, 1998, 173.

⁴ Cfr. P.S. MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, § 1600, p. 129, disponibile sul sito Web: <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/generali.htm>.

tali diritti conferiscono benefici ai titolari e, al tempo stesso, impongono costi alla collettività. La struttura di fondo di tali diritti consiste, come già evidenziato, nell'esclusiva sull'idea inventiva o sulla forma espressiva dell'idea creativa. Il carattere esclusivo del diritto conferisce al titolare il potere di decidere tempi e modalità di sfruttamento dell'idea. Questi può sfruttare in proprio l'esclusiva o farla circolare attraverso il sistema dei prezzi. Tuttavia, il costo insito in questi diritti 'monopolistici' è sopravanzato dal beneficio sociale derivante dagli incentivi che essi trasmettono a chi intende produrre idee inventive e creative. Affinché i benefici superino i costi è, tuttavia, essenziale che la portata monopolistica di questi diritti sia posta sotto controllo, limitando in ampiezza e durata la privativa.

La locuzione *property rights* evoca il paradigma coasiano, ponendo l'accento sulla natura esclusiva del diritto e sulla possibilità che esso circoli attraverso il sistema dei prezzi. Essa riflette il passaggio epocale - e comune a tutti i moderni modelli di tutela delle opere dell'ingegno - dal meccanismo accentrato dei privilegi (assimilabili ad una sorta di sussidi garantiti attraverso la concessione di monopoli) a quello decentrato del riconoscimento generalizzato di diritti esclusivi.

L'impostazione in chiave di analisi economica ha il pregio di relativizzare l'importanza della proprietà intellettuale (in quanto essa è vista solo come uno dei tre meccanismi di produzione informativa), offrendo una logica (funzionalistica) comune a tutte le sue forme (in particolare, a diritti sulle opere dell'ingegno e brevetti): la costruzione 'artificiale' di un mercato di diritti (esclusivi) per la soddisfazione dell'interesse pubblico alla produzione ed alla diffusione delle idee inventive e creative.

Tuttavia, la stessa impostazione comporta notevoli semplificazioni sul piano giuridico. Come è stato rilevato da Paul David⁵, lo studio diacronico della proprietà intellettuale conferma che il diritto non procede sotto la luce-guida della logica economica, né muta necessariamente in conseguenza del cambio dei paradigmi economici. Esso, piuttosto, progredisce in modo incrementale e accidentale, rimanendo fortemente condizionato dalle scelte di partenza (c.d. *path dependency*).

Proprio la storia dei diritti sulle opere dell'ingegno comprova questa affermazione⁶.

Per quanto concerne la natura incrementale del progresso giuridico, si consideri l'estensione del concetto di opera dell'ingegno. Non essendo un concetto pregiudiziale, i *policy makers* hanno dovuto decidere di volta in volta se i prodotti nati dall'interazione tra tecnologia e società dovessero rientrarvi.

⁵ P. A. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ed il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, (trad. it. a cura di M. FONTANA) in AA. VV., *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, cit., 9.

⁶ Cfr., *infra*, Capitolo I.

Benché la logica economica spinga ad interrogarsi tra le varie alternative giuridiche (tutela o non tutela, diritto d'autore, brevetti o diritto *sui generis*, proprietà intellettuale o altre forme di tutela), di fronte all'emersione di un nuovo prodotto tecnologico la forza attrattiva dell'opera dell'ingegno (e del relativo sistema di diritti) si è dimostrata eccezionale. L'esempio del software è solo l'ultimo di una lunga serie⁷. Così il concetto di opera dell'ingegno oggi abbraccia sotto ogni cielo - e con buona pace dei sostenitori della purezza del diritto d'autore - testi, suoni, immagini e forme plastiche appartenenti ai più disparati campi della creatività (tanto artistico-letteraria, quanto a carattere informativo o utile).

Non solo. Per secoli la diffusione di ciascuna forma espressiva si è basata su una propria tecnologia (voce, stampa, pittura, scultura, etc.). A ciascuna tecnologia di diffusione corrisponde un mercato funzionante secondo una logica peculiare. Di tutto questo le leggi sui diritti delle opere dell'ingegno tengono solo parzialmente conto e puntano piuttosto all'edificazione di un 'diritto comune' governato da regole che valgono (potenzialmente) per tutte le opere dell'ingegno. Va però sottolineato che quest'ultimo fenomeno ha un risvolto che sicuramente combacia con la logica economica del controllo sulla 'portata monopolistica' della privativa. Alcuni dei principi e delle regole che costituiscono ciò che abbiamo appena definito 'diritto comune' (a tutte le opere dell'ingegno) sono infatti strumenti che consentono all'interprete di calibrare i limiti della privativa e di garantire l'interesse pubblico alla circolazione dell'informazione. In ogni modello di protezione dei diritti sulle opere dell'ingegno (che ci deriva dalla tradizione) vi è necessità di riscontrare un qualche standard di originalità (lasciando al pubblico dominio le opere non originali), di distinguere tra forma espressiva (protetta) e idea (non protetta, ovvero liberamente manipolabile da chiunque), di riservare, per fini privati o pubblici, al fruitore dell'opera alcune forme di utilizzazione dell'opera.

Sotto l'aspetto del peso che rivestono gli eventi accidentali, si può prendere ad esempio proprio la distinzione tra idea (non protetta) e forma espressiva (protetta) da ultimo richiamata. Essa nasce dal fatto che le prime leggi sulla tutela delle opere dell'ingegno (in particolare, quelle dei sistemi di *common law*) erano incentrate sulla pubblicazione e sulla stampa di copie di libri piuttosto che sulle idee che essi veicolavano⁸. La distinzione è poi servita a tutelare l'interesse pubblico alla diffusione delle idee. Oggi però che lo scenario tecnologico è completamente mutato e lo stesso *copyright* copre anche opere assai differenti dai libri cartacei, quella stessa distinzione può condurre a risultati inefficienti o non riuscire a tutelare efficacemente l'interesse pubblico.

Ma vi è di più. Nel momento della nascita dei moderni sistemi di tutela

⁷ V., e.g., P. SAMUELSON, R. DAVIS, M. D. KAPOR e J. H. REICHMAN, *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, 94 *Colum. L. Rev.* 2308 (1994).

⁸ Cfr. P. A. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ...*, cit., 75.

giuridica delle opere dell'ingegno, il diritto di esclusiva appariva come lo strumento giuridico migliore per la costruzione di un mercato della creatività. La retorica (in particolare quella) continentale ha poi voluto conferire a questo espediente i nobili tratti della tutela dell'estro solitario e geniale. Resta però il fatto che molte opere dell'ingegno si basano sulla creazione di tipo collaborativo, alla quale l'idea del diritto di esclusiva non si adatta perfettamente. Il problema non è risolto dalle regole specifiche ovunque dettate - pur con difficoltà - per dirimere i potenziali conflitti tra autori che collaborano alla creazione. Tali regole infatti possono rivelarsi fortemente inadatte a disciplinare quel tipo di creatività collaborativa che si muove al di fuori della logica del profitto. Si pensi all'emersione (o alla riemersione), grazie a Internet, della 'filosofia' che è alla base delle licenze *open source*⁹. Se è vero che l'analisi economica sembra disporre degli strumenti concettuali - la mente corre soprattutto al filone di ricerca sulla *common property* e sui c.d. *anticommons*¹⁰ - per coordinare la struttura istituzionale basata sull'*open source* con quella esclusivista della *private property*, è altresì evidente che fino ad oggi essi non hanno fatto breccia nella logica delle leggi sulla tutela delle opere dell'ingegno.

Quest'ultimo profilo induce un'ulteriore considerazione sui limiti dell'analisi economica dei diritti sulle opere dell'ingegno¹¹. La creatività (soprattutto quella di contenuto estetico e scientifico più elevato) è sovente mossa da ragioni difficilmente riducibili ad incentivi economici. Non sono solo 'le' storie dei geni morti misconosciuti ed in miseria, ma è soprattutto 'la' storia della creatività (plurimillennaria) che ha preceduto i primi privilegi veneziani ed inglesi concessi agli stampatori a ricordacelo. Non basta sostenere che per stimolare la produzione culturale si possono (o si devono) seguire diverse strade alternative (produzione diretta, premi o sussidi, diritti di esclusiva). Sul piano delle leggi in materia di opere dell'ingegno, uno dei maggiori problemi della tutela della creatività è rappresentato dalla disciplina dei diritti morali (di paternità e di integrità). In particolare, l'analisi economica non ha finora fornito risposte appaganti sul piano del coordinamento tra diritti (moralmente) inalienabili - i quali sembrano fungere non solo da meccanismo di controllo della disparità di potere contrattuale tra autori ed intermediari del mercato della creatività, ma altresì da strumento informativo nei confronti dei consumatori-fruitori di opere dell'ingegno - e diritti di esclusiva suscettibili di

⁹ L'archetipo delle licenze *open source* è rappresentato dalla *GNU General Public License (GPL)* utilizzata per la diffusione e lo sviluppo del sistema operativo Linux. Maggiori informazioni agli URL: <http://www.fsf.org/fsf/fsf.it.html> e <http://www.linux.org/info/gnu.html>.

¹⁰ E. OSTROM, *Private and common property rights*, in *Encyclopedia of law and economics*, § 2000, 1997, reperibile sul sito Web: <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/2000art.htm>; M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 *Harv. L. Rev.* 621 (1998); N. SCHULZ, F. PARISI, B. DEPOOTER, *Duality in Property: Commons and Anticommons*, 2000, reperibile all'URL: www.ssrn.com.

¹¹ Cfr. F. SILVA e G. RAMELLO, *Il mercato delle idee*, in *Economia e politica industriale*, 1999, 291.

scambio¹².

Questi rilievi non mirano a destituire di fondamento l'analisi economica, ma piuttosto ad evidenziarne il suo maggiore apporto epistemologico: un potente strumento critico che contribuisce a far emergere interessi ed esiti economici (non sempre efficienti) del *legal process* caratteristico della tutela delle opere dell'ingegno¹³.

A questo proposito, occorre rilevare che quattro fattori espongono (o hanno fino all'avvento dell'era digitale esposto) la regolamentazione delle opere dell'ingegno al ruolo dominante del legislatore.

a) Le accelerazioni del progresso tecnologico richiedono rapide modificazioni delle regole operazionali e talora della tassonomia di riferimento. La legislazione ha tempi di reazione più rapidi rispetto alla giurisprudenza che necessariamente procede in modo graduale e frammentario. Ciò ovviamente non significa che la risposta legislativa sia più equa o più efficiente (anzi, la storia dimostra esattamente il contrario).

b) La strettissima connessione tra diritto e tecnologia non consente di affidarsi solo a principi generali e, quindi, richiede una costante revisione delle regole di dettaglio. Di là dai principi e clausole generali come il concetto di originalità, la dicotomia tra forma ed idea espressiva o la formula nordamericana del *fair use*, i moderni modelli di tutela devono necessariamente contenere una serie di regole di dettaglio. La scelta tra principi e regole di dettaglio rimane – come in altre materie – un delicato problema di politica normativa, ma sta di fatto che sotto ogni cielo le moderne leggi sulla tutela della proprietà intellettuale costituiscono corpi estesi e complessi di norme.

c) La rilevanza economica del mercato della creatività mette in gioco molteplici interessi come quelli di creatori di opere originali, sviluppatori di opere altrui, interpreti ed esecutori, intermediari della circolazione delle opere (editori, produttori etc.), varie tipologie di fruitori (privati, istituzioni pubbliche ed enti commerciali).

d) La vocazione dei prodotti della creatività a viaggiare attraverso le frontiere conferisce una dimensione transnazionale al mercato della creatività (ed al connesso problema della pirateria). Questo fattore, da un lato, spinge gli Stati a stipulare trattati internazionali, dall'altro, rende difficilmente edificabile un quadro di riferimento globale che contemperi gli interessi di tutti (ed in particolare, gli interessi dei paesi che detengono una base installata di tecnologia e informazione con quelli dei Paesi emergenti).

Non c'è, quindi, da meravigliarsi che sull'evoluzione della normativa

¹² H. HANSMANN e M. SANTILLI, *Author's and Artist's Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 26 *J. Legal Stud.* 95 (1997); W. M. LANDES, *What Has the Visual Arts Rights Act of 1990 Accomplished?*, paper disponibile sul sito Web: www.ssrn.com.

¹³ Sull'analisi economica dei diritti sulle opere dell'ingegno v. W. J. GORDON e R. G. BONE, *Copyright*, in *Encyclopedia of Law & Economics*, § 1610, 1999, 189-215; W.M. LANDES e R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 *J. Legal Stud.* 325 (1989).

abbiano pesantemente inciso interessi lobbistici e nazionali.

Le corti, per parte loro, vigilano sugli interessi che trovano minor ingresso nel processo legislativo. In particolare, le corti devono (o dovrebbero) controllare che le norme diseguate dal legislatore non sacrificino l'interesse del pubblico alla maggiore diffusione possibile delle idee creative.

In questo compito le corti sono pesantemente condizionate dall'impianto normativo della tutela delle opere dell'ingegno (ad esempio, dall'esistenza o meno di una clausola generale come il *fair use*) e più in generale dalla struttura del proprio sistema giuridico (dall'esistenza o meno di un controllo costituzionale diffuso, dalla forza ed autorevolezza della dottrina *etc.*).

2.1.2 *Circolazione e competizione dei grandi modelli normativi nella comparazione diacronica*

L'indagine storica contenuta nel primo capitolo di questo libro mette in evidenza quali fossero le caratteristiche originarie delle leggi che hanno costituito le matrici dei modelli anglosassoni e continentali. Diverso è il contesto politico-istituzionale, diversa è la tipologia (e la connessa tecnologia) di opera presa inizialmente in considerazione (opere letterarie in Inghilterra e opere teatrali in Francia) e diverso è il momento in cui il legislatore inglese e quello francese mettono fine al meccanismo accentrato dei privilegi, ponendo mano al riconoscimento di *property rights* su (alcune limitate categorie di) opere dell'ingegno. Ciò spiega come, nonostante molti tratti comuni, sia agevole riscontrare, comparando lo *Statute of Anne* del 1710 con i decreti francesi del 1791 e 1793, differenze nelle regole e nelle declamazioni che le accompagnano. Ma sono soprattutto gli sviluppi successivi che, facendo leva su alcune di queste declamazioni, marcano le divergenze. Sul continente fioriscono teorie che, enfatizzando analogie con alcune categorie giuridiche (come proprietà e diritti della personalità) cariche di simbologia politica e filosofica, consentono di dare veste teorica alle pressioni che puntano al rafforzamento dei diritti di esclusiva e ad una maggiore protezione degli autori. La spinta egemonizzante di questo modello arriva, attraverso la Convenzione dell'Unione di Berna, a contaminare anche il modello inglese. Al di là dell'atlantico, invece, si persegue una strategia opposta che, conservando il valore costitutivo delle formalità come il deposito e la menzione di riserva, rifiutando di limitare la libertà contrattuale di autori ed editori e discriminando le opere straniere, culmina nella scelta di non aderire al circolo unionista. L'interesse degli Stati Uniti è ancora quello di un paese emergente che deve incentivare la crescita interna del mercato della creatività, avvantaggiando le (proprie) imprese anche attraverso la legittimazione del plagio di opere straniere (in particolare, di quelle in lingua inglese). E' quindi nel torno di anni a cavallo tra il XIX ed il XX secolo che il *copyright* statunitense segna la

massima lontananza dai modelli continentali e più in generale europei¹⁴.

Il vento cambia quando gli Stati Uniti cominciano ad assumere un ruolo dominante nelle tecnologie e nella produzione dell'informazione. La virata della politica americana diviene particolarmente visibile nell'era digitale. Nello stesso periodo compare sulla scena internazionale un nuovo attore di primo piano: la Comunità Europea. Gli Stati Uniti passano dalla logica della tutela minimale a quella del rafforzamento dei diritti e della promozione (o meglio, imposizione) del (nuovo) modello di *copyright* nella negoziazione internazionale. L'opera di armonizzazione europea per molti versi emula ed esaspera il modello americano, incidendo pesantemente sulla configurazione dei modelli continentali. Sono queste circostanze che danno l'abbrivio ad una stagione di nuove (ma pur sempre parziali) convergenze normative segnata dalla corsa (tra *copyright* statunitense e diritto d'autore europeo) al modello più 'forte' di tutela delle opere dell'ingegno¹⁵.

2.2 *Copyright* statunitense e diritto d'autore italiano

La retorica (ovvero, le declamazioni che accompagnano le regole) serve da motore del *legal process* e non da strumento di analisi. A chi è abituato a coniugare l'analisi storica con la comparazione questa affermazione appare scontata. Ciononostante, nel campo della proprietà intellettuale è utile ribadirla.

Le declamazioni che hanno accompagnato la creazione e la maturazione dei moderni sistemi di tutela delle opere dell'ingegno sono servite, come si accennava poc'anzi, a dare ingresso a determinati interessi, marcando le differenze tra *copyright* nordamericano e diritto d'autore continentale. Oggi, almeno nell'area occidentale, si tende ad esaltare le rinnovate consonanze tra i due modelli. Si tratta di un atteggiamento non del tutto inedito. In fondo, il progresso tecnologico connesso alla creatività ha fatto sì che i modelli occidentali abbiano condiviso molte delle scelte alla base dei cambiamenti più rilevanti nelle leggi in materia di diritti sulle opere dell'ingegno. Si pensi, per fare solo un esempio, al rafforzamento del ruolo delle società di gestione collettiva dei diritti (ed alla connessa introduzione del meccanismo delle licenze non volontarie) come risposta alle nuove forme di sfruttamento connesse alla radio ed alla televisione. Oggi però la retorica delle convergenze può fare leva sul fatto che i problemi posti dall'era digitale sono talmente notevoli da far traballare la pietra angolare su cui si reggono, sotto ogni cielo, i diritti sulle opere dell'ingegno: un diritto di esclusiva trasferibile e limitato cui

¹⁴ Cfr. S. STRÖMHOLM, *Copyright and Industrial Property*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIV, Ch. 2, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1990, 3 ss..

¹⁵ V., per una descrizione sintetica della legislazione internazionale e dei modelli normativi attualmente vigenti, P. GOLDSTEIN, *International Copyright. Principles, Law, and Practice*, New York, 2001.

corrisponde uno spazio di fruizione riservato al pubblico dominio.

Tuttavia, la retorica della divergenza come quella delle convergenze fa velo sulla complessità di un dato giuridico che evolve sotto la spinta di molteplici e contrastanti interessi e (spesso) non risponde ad un *rationale* economico. Nessuna delle formule di contrapposizione (ispirazione utilitaristica v. ispirazione giusnaturalistica; impostazione ‘monopolistica’ v. impostazione ‘proprietary’) spesso utilizzate per descrivere sinteticamente le divergenze tra *copyright* nordamericano e diritto d'autore continentale - pur quando contenente elementi di verità - è in grado di catturare (anche solo) le differenze legislative¹⁶. Allo stesso modo, le analisi contemporanee, inclini a porre l'accento sull'elevato livello di convergenza raggiunto nei sistemi occidentali in materia di tutela delle opere dell'ingegno, tendono ad oscurare il fatto che sussistono numerose differenze strutturali e di dettaglio.

Ciò che si è appena rilevato a proposito della retorica delle divergenze e convergenze trova conferma nella comparazione tra *copyright* statunitense e diritto d'autore italiano. Per convincersene dovrebbe essere sufficiente la sintetica analisi che il secondo capitolo di questo libro dedica alle strutture ed alle regole dei due modelli normativi. Qui si possono anticipare due esempi. Sotto il profilo strutturale, la contrapposizione tra utilitarismo, alla base del modello nordamericano, e giusnaturalismo, alla base dei modelli continentali, trascura l'importanza che i diritti connessi hanno assunto nell'ambito di quest'ultimi. Sotto il profilo delle regole, la retorica delle convergenze rischia di offuscare le profonde differenze operazionali che discendono dalla diversa configurazione dei limiti non temporali alla privativa di carattere economico (in particolare, dalla distanza tra *fair use* e libere utilizzazioni).

Ma vi è di più. La retorica delle convergenze tende altresì a relegare in secondo piano il fatto che i due grandi modelli occidentali del *copyright* e del diritto d'autore ricevono peculiari forme di espressione in ciascuno dei molteplici sistemi giuridici dove hanno attecchito. Anche questo risvolto trova conferma nella comparazione tra *copyright* nordamericano e diritto d'autore italiano. In particolare, la differente dinamica dei formanti caratteristica di ciascun sistema è in grado di condurre ad esiti differenti. Si pensi, per fare solo un esempio, al modo in cui le corti vagliano l'assetto degli interessi voluto dal legislatore. Come si accennava poco più sopra, tale ruolo è fortemente condizionato da caratteristiche sistemologiche. Ebbene, è di tutta evidenza che le corti nordamericane sono avvantaggiate - oltre che dall'esistenza di una clausola costituzionale *ad hoc* - dal controllo di costituzionalità diffuso. Le corti italiane, invece, non dispongono di questo potere e possono tutt'al più cercare di dialogare con la Corte di Giustizia europea, la quale fa leva su riferimenti normativi affatto diversi da quelli contenuti nella costituzione

¹⁶ Cfr. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences, - étude de droit comparé*, Bruxelles-Paris, 1993.

statunitense.

2.3 Il modello statunitense di fronte alla sfida digitale

Non v'è dubbio che il *digital copyright* disegnato dal Congresso statunitense rappresenti il modello normativo dominante a livello mondiale (o quanto meno nell'area occidentale). Le ragioni che hanno messo le ali a questo modello risiedono in alcune caratteristiche strutturali del *Copyright Act*, ma soprattutto nelle nuove regole inserite per rispondere alle sfide dell'*information and communication technology*. Tali regole sono pervase da una logica di fondo facilmente identificabile nel progressivo rafforzamento della posizione dei titolari di *copyright* e nel restringimento delle prerogative riservate al 'pubblico dominio'. Proprio in questa logica si trova una delle motivazioni strategiche che hanno spinto il governo federale verso la (pur tardiva) 'conversione' al circolo di Berna e, quindi, verso il riavvicinamento al diritto d'autore continentale, da sempre 'autorcentrico' e (piuttosto) sbilanciato sulla protezione dell'esclusiva. Nella medesima logica si spiega l'*appeal* che molte soluzioni normative nordamericane hanno esercitato nei confronti prima dei singoli stati continentali e poi della politica comunitaria in materia di diritto d'autore. Per il resto, il successo del *digital copyright* si spiega con l'imposizione a colpi di politica economica.

Nel terzo capitolo di questo libro si dà ampio conto, soprattutto nell'ambito di alcune note ricche di riferimenti, delle più importanti vicende – anche giurisprudenziali – che hanno segnato la recente evoluzione e circolazione del *copyright* statunitense. Quell'analisi guarda le nuove soluzioni nordamericane dalla prospettiva internazionale, europea ed italiana, cioè dalla prospettiva di chi ha voluto (e in qualche modo dovuto) recepire, nonché rielaborare il modello originale. Nelle poche pagine che seguono si cerca, invece, di mettere meglio a fuoco il processo di rafforzamento del diritto di *copyright*, evidenziando le sue principali fasi e le dinamiche istituzionali che lo hanno caratterizzato¹⁷. Sotto quest'ultimo profilo, che attiene alla lettura in chiave di *legal process* poc'anzi evocata, l'obiettivo è quello di distinguere nel modo più nitido possibile il ruolo che storicamente hanno svolto i vari formanti. Alla fine di questa brevissima analisi dovrebbe risultare chiaro che, se le nuove regole normative del *federal copyright* offrono il fianco a critiche numerose e corrosive, il modo di ragionare della Corte Suprema e (soprattutto) della dottrina nordamericana rimane per i giuristi europei un punto di riferimento fondamentale. In particolare, nelle pagine dei più prestigiosi *scholars* d'oltreoceano ogni singola argomentazione pro e contro una determinata scelta normativa in materia di diritti sulle opere dell'ingegno tiene

¹⁷ Cfr. J. LITMAN, *Digital Copyright*, New York, 2001.

in debito conto l'importanza e l'estrema difficoltà del bilanciamento tra interessi esclusivi e interesse del pubblico. Non v'è dubbio che al fondo di questa abitudine a pensare ('in grande') i diritti sulle opere dell'ingegno, guardando di là dal tecnicismo tipico della materia, vi sia anche la geniale formulazione dell'*IP Clause* della Costituzione nordamericana¹⁸. Infatti, quella clausola, pur nell'ambiguità tipica del tono delle norme di rango supremo¹⁹, fissa tre punti con i quali qualsiasi opzione normativa deve fare (prima o poi) i conti:

- a) la tutela riconosciuta ad autori ed inventori ha carattere eminentemente strumentale (ovvero funzionale rispetto all'obiettivo del progresso scientifico e culturale);
- b) tale tutela deve consistere in diritti di esclusiva;
- c) l'esclusiva deve essere sottoposta a limiti.

A questo proposito, la lettura dell'ultima parte del secondo capitolo di questo libro offre un'intelligente ricostruzione dalla quale emerge con chiarezza come le poche (ma pesanti) parole dedicate dai *founding fathers* alla proprietà intellettuale siano il frutto, tanto di ben precise (ed ancora valide) idee, quanto di accidenti storici.

Ciò detto a mo' di premessa, è ora possibile passare all'analisi del processo di costruzione del *digital copyright* statunitense.

2.3.1 La prima fase di costruzione del digital copyright

Nel ripercorrere le tappe fondamentali di tale processo è utile far leva su una (ideale) divisione dell'era digitale in due fasi: la fase precedente e la fase successiva all'avvento di Internet. Durante la prima fase il processo di costruzione delle nuove regole muove i suoi primi passi con i lavori della *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU)* costituita nel 1974 - lavori che sono alla base dell'emanazione del *Computer Software Copyright Act* del 1980 - e giunge fino all'*Audio Home Recording Act* del 1992. La seconda fase è caratterizzata dall'attivismo

¹⁸ Sulla *Intellectual Property Clause* v., in generale, M. B. NIMMER & D. NIMMER, *Nimmer on Copyright*, New York, 2002, Ch. 1, §§ 1.02- 1.08, all'URL: www.lexis.com; E. C. WALTERSCHIED, *To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution*, 2 *J. Intell. Prop. L.* 1 (1994), anche all'URL <http://www.lawsch.uga.edu/~jipl/vol2/walterse.html>; L. RAY PATTERSON, *Copyright and the "Exclusive Right" of Authors*, 1 *J. Intell. Prop. L.* 1 (1993), anche all'URL <http://www.lawsch.uga.edu/jipl/vol1/patterson.html>; P. J. HEALD e S. SHERRY, *Implied Limits on the Legislative Power: Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress*, *U. Ill. L. Rev.* 1119 (2000). Sul ruolo della costituzione nell'era digitale v. M. A. LEMLEY, *The Constitutionalization of Technology Law*, 15 *Berkeley Tech. L. J.* 529 (2000).

¹⁹ Occorre ricordare che si pone un delicato problema di coordinamento tra la *IP Clause* e la tutela la libertà di parola prevista nell'ambito del Primo Emendamento. Su questo tema v., in generale, M. B. NIMMER & D. NIMMER, *op. cit.*, § 1.10.

legislativo che va dalla pubblicazione nel 1995 del *White Paper* del *Working Group on Intellectual Property* (costituito in seno al programma governativo denominato *National Information Infrastructure*) all'emanazione nel 1998 del *Digital Millenium Copyright Act* (nonché del *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*), per giungere fino ai *bills* attualmente in cantiere.

Lo scenario tecnologico della prima fase dell'era digitale induce alcuni dei fenomeni individuati nella prima parte di questa introduzione. In breve, è utile ricordare che le tecnologie informatiche provocano: la digitalizzazione (e quindi la facile elaborazione e riproduzione in copie perfette) di testi, suoni e immagini, il cambiamento dei concetti di opera, autore e creatività/originalità, nonché la crescente importanza delle tecnologie di difesa e di attacco.

Ebbene, il legislatore federale prende in considerazione solo alcuni di questi fenomeni e per giunta non in tutte le loro implicazioni. Si concede tutela solo ad uno dei beni informatici che reclamano la qualifica di *work of authorship*, ovvero a quello rispetto al quale l'inquadramento nell'ambito del *copyright* appare più problematico: il software. Si trascurano, al contrario, i profili di cambiamento attinenti i concetti di autore e originalità. La legge del 1980, nonostante sia evidentemente animata da uno spirito minimalista, che lascia alla giurisprudenza la risoluzione di molte delle più spinose questioni, consente di intravedere alcune linee di tendenza che saranno riprese nella politica normativa della seconda fase. Tali linee di tendenza si identificano sostanzialmente nel restringimento delle prerogative riservate alle varie tipologie di fruitori dell'opera. In questo modo il diritto esclusivo viene indirettamente (ma sensibilmente) potenziato.

Ciò emerge già dalla tecnica di novellazione del *Copyright Act* del 1976. Il legislatore non si preoccupa di disegnare uno specifico diritto esclusivo adatto a questa nuova e particolarissima tipologia di opera dell'ingegno. Piuttosto, quelle che ricevono una regolamentazione (restrittiva appunto) sono le fattispecie di legittima riproduzione del programma. Ed è appunto per questa via che si giunge ad un rafforzamento sostanziale del diritto di riproduzione. Il legislatore del 1980 ha in mente soprattutto l'utente medio non interessato ad attingere informazioni dal codice sorgente del programma, ma potenzialmente capace di riprodurre e smerciare (o comunque, diffondere) copie dello stesso programma. Costui infatti è la figura che diventerà, nel corso del processo di costruzione delle nuove regole, il nemico nr. 1 del *digital copyright*. In quest'ottica, ad esempio, si spiega la formulazione della *sec. 117 (a)* dell'*U.S.C.*, che limita in margini ristrettissimi la possibilità del legittimo proprietario di un esemplare del programma di poter adattare lo stesso o di farne una copia aggiuntiva, così come della *sec. 117 (c)*, che disciplina in maniera altrettanto rigorosa la facoltà di fare una copia di programma da parte di chi legittimamente intende riparare (o prestare opera di manutenzione a) un sistema informatico.

Il secondo atto legislativo rilevante della prima fase dell'era digitale è rappresentato dal restringimento di un'altra prerogativa in capo ai fruitori di opere dell'ingegno. Nel 1984 il legislatore federale diminuisce la portata della *first sale doctrine* (cioè del principio, detto "dell'esaurimento" in ambito continentale, che impedisce al titolare dell'esclusiva, il quale abbia venduto una copia della propria opera, di controllare ogni sua ulteriore forma di distribuzione da parte del compratore e di terzi), vietando il noleggio di copie software e registrazioni sonore rispetto alle quali non sussiste un'autorizzazione da parte del titolare del *copyright*.

Di fronte a questa linea di politica normativa, l'atteggiamento della giurisprudenza federale distrettuale e di appello è piuttosto disomogeneo²⁰. Se una parte delle corti sposa l'indirizzo del legislatore, giungendo addirittura ad esasperare le conseguenze, un'altra parte dei giudici federali si impegna a ricostruire i contorni del nuovo diritto di riproduzione in modo da salvaguardare il primario interesse allo sviluppo di nuova conoscenza. Per quanto concerne la prima tipologia di pronunce, si può ricordare, ad esempio, la giurisprudenza che statuisce essere soggetta ad autorizzazione del titolare del *copyright* anche la copia 'effimera' del software nella RAM del computer²¹, nonché quell'orientamento che ridisegna la dicotomia tra idea (non protetta) ed espressione (protetta) in modo da ritenere soggetta all'esclusiva da *copyright* anche la *structure, sequence and organisation (SSO)* del programma²². Per quel che riguarda la seconda tipologia di pronunce, ci si può riferire a quella serie di statuizioni che, proprio in contrapposizione alle conseguenze più estreme dell'orientamento menzionato per ultimo, ha determinato la non tutelabilità mediante *copyright* delle *program interfaces*²³.

²⁰ Cfr. R. PARDOLESI, "Software", "property rights" e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie, in *Foro it.*, 1987, II, 289; e, dello stesso autore, R. PARDOLESI, "Software" di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevetuale?, in *Foro it.*, 1988, I, 3132; cfr. altresì R. PARDOLESI e C. MOTTI, «L'idea è mia!»: lusinghe e misfatti dell'economics of information, cit., 354.

²¹ *Mai Systems v. Peak Computer*, 1992 US Dist. LEXIS 21829 (C.D. Cal. 1992), *aff'd*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993), riportata nella banca dati ipertestuale allegata.

²² *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc.* (797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986), riportata nella banca dati ipertestuale allegata. Il terzo circuito, pur prendendo le mosse dall'ammissione che è spesso difficile separare i due elementi (idea ed espressione) fondamentali che compongono l'opera dell'ingegno, tenta di elaborare un criterio distintivo puntato sulla specificità del *software*. La corte si basa sull'analogia con le opere letterarie (ed in particolare, dichiara di rifarsi alla *doctrine* enunciata nel famoso caso *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99, 25 L. Ed. 841 (1879), secondo la quale lo scopo o la funzione di un'opera di carattere utilitarico rappresenta l'idea, mentre tutto ciò che non è necessario allo stesso scopo o funzione è identificabile nell'espressione), ma fa leva altresì sull'assunto che una protezione dei soli elementi letterali non garantirebbe sufficienti incentivi allo sviluppo di *software* innovativo. A conforto di quest'ultimo assunto i giudici federali pongono il paragone tra il notevole ammontare del (costo in termini di) tempo necessario a costruire la *SSO* e la relativa velocità dell'operazione di codifica del programma. Sulla scorta di tale ragionamento, la corte giunge alla conclusione che la *SSO* può identificarsi nella forma espressiva suscettibile di protezione da parte del *copyright*. Agli occhi dei giudici, tale conclusione nella specie sarebbe corroborata dal fatto che esistevano sul mercato alternative al programma plagiato, le quali rispondevano alle funzionalità di quest'ultimo, ma presentavano differenti strutture.

²³ Il riferimento è alla giurisprudenza che si sviluppa a partire da *Computer Associates International*

All'ambiguità dell'atteggiamento complessivo delle corti federali di grado inferiore fa da contrappunto l'atteggiamento sostanzialmente univoco della Corte Suprema, la quale dimostra, durante la prima fase dell'era digitale, di essere il vero baluardo dell'interesse pubblico²⁴.

Il primo pronunciamento, pur prendendo spunto da un caso riguardante una tecnologia non digitale (cioè i videoregistratori domestici), affronta un risvolto che si rivelerà decisivo negli anni successivi. I termini di *Sony v. Universal City Studios* del 1984 sono stati già sinteticamente ricostruiti nella prima parte di questa introduzione²⁵, perciò qui si può passare subito al merito

v. *Altai Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992). Il caso riguardava la similitudine tra due programmi entrambi finalizzati a consentire l'interazione di un terzo programma con differenti sistemi operativi. Il secondo circuito non revoca in dubbio la tutelabilità della SSO, ma configura diversamente la distinzione tra idea ed espressione e, conseguentemente, i presupposti che portano escludere la violazione del *copyright*. In *Altai* la distinzione tra idea ed espressione si fonda su una rivisitazione delle tradizionali dottrine messe a punto in materia di opere a carattere utilitarario. L'adattamento di queste dottrine alla peculiare natura dei programmi per elaboratore, conduce alla costruzione di un test in tre fasi. La prima fase serve ad individuare i diversi livelli di astrazione che compongono il lavoro di creazione del programma (al più basso livello di astrazione si colloca la serie di istruzioni indirizzate al computer, al secondo livello tali istruzioni sono tradotte in moduli con specifici scopi, e così via, per giungere fino al funzione del programma considerato nel suo complesso). La seconda fase è deputata ad individuare per ciascun livello di astrazione gli elementi suscettibili di protezione e quelli che, in quanto derivanti da ragioni di efficienza (ovvero, essenzialmente sulla base della *doctrine of merger*, secondo la quale quando esiste un sola forma espressiva per raggiungere lo scopo che sta a ridosso dell'idea dell'opera, idea ed espressione appaiono fuse in un solo elemento che non può essere protetto, in quanto condurrebbe a conferire un monopolio in capo al titolare del *copyright*); 'fattori esterni' (ovvero, da tecniche di programmazione standardizzate) o pubblico dominio (ovvero da materiale come le c.d. *scenes à faire*), rimangono liberamente utilizzabili. La terza ed ultima fase consiste nel confronto tra la parte del programma che in base alle prime due fasi può essere considerata idea tutelata ed il programma che si assume illecito. Nell'ambito di quest'ultima fase riveste importanza la quantità e l'importanza delle parti di programma che risultano simili.

Sul piano delle *policy considerations* il secondo circuito ripete un'argomentazione ricorrente nella giurisprudenza nordamericana: il monopolio riconosciuto agli autori è solo lo strumento attraverso il quale la legge raggiunge la finalità (ultima) dell'incentivazione dell'attività creativa e del conseguente accrescimento del benessere collettivo. Tale incentivazione deve necessariamente avvenire attuata mediante regole che garantiscano la libera utilizzazione e lo sviluppo delle idee (appunto non suscettibili di protezione). Nel momento in cui scrivono tale argomentazione appare dotata della particolare forza che le deriva dal fresco pronunciamento della Corte Suprema nel caso *Feist Publications Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, sul quale torneremo in seguito. Il rigetto da parte della massima autorità giurisdizionale federale della dottrina del *sweat of brow*, che vede negli investimenti la ragione sufficiente per la *copyrightability* delle compilazioni, consente al secondo circuito di prendere le distanze dal *rationale* di *Whelan*, espresso seccamente - e quando la dottrina del 'sudore della fronte' era ancora vitale - nel senso che la protezione degli elementi non letterali del *software* si giustifica in termini di incentivi ai programmatori. Al paventato effetto di disincentivo che una regola rigorosa come quella basata sul test in tre fasi comporterebbe, i giudici federali contrappongono il risultato altrettanto perverso che deriverebbe dalla regola opposta, cioè il sostanziale congelamento delle possibilità da parte di chi si affaccia al mercato di sviluppare programmi funzionalmente connessi a quelli protetti. Il secondo circuito finisce con affermare che, sebbene gli argomenti basati sugli incentivi siano "perhaps attractive from a pure policy prospective (...) ultimately, they have a corrosive effect on fundamental tenets of copyright doctrine".

La conclusione della corte nel senso dell'impossibilità di rintracciare una violazione del *copyright* nel comportamento del convenuto rappresenta negli Stati Uniti il fondamento della non tutelabilità delle parti del *software* che servono all'interazione con altri programmi (*program interfaces*).

²⁴ Per una sintetica (ma incisiva) ricostruzione v. P. SAMUELSON, *Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States*, in *EIPR*, 2001, 409.

²⁵ Per maggiori ragguagli v. G. PASCUZZI, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti*

della questione. La strategia dei titolari di *copyright*, i quali forse già avevano realizzato come la politica di rafforzamento del diritto di riproduzione e di crociata contro la copia privata andasse svelando il suo tallone d'Achille (cioè, l'impossibilità concreta di garantire l'*enforcement*, andando a caccia di ogni singolo utente non rispettoso del *copyright*), puntava sul tentativo di ottenere (a monte) una 'condanna della tecnologia' (di riproduzione). Ma la Corte Suprema ragiona in modo affatto differente: un produttore di una tecnologia di riproduzione non può essere dichiarato responsabile di violazione (concorrente) del *copyright* quando la stessa tecnologia è suscettibile di "*substantial noninfringing uses*". Non è questa la sede per ripercorre tutti i più importanti passaggi della motivazione, ma vale la pena sottolineare che l'argomentazione da cui la massima autorità giurisdizionale statunitense prende le mosse è interamente costruita sulla lettura funzionalistica della *IP Clause*. "I diritti di monopolio che il Congresso può autorizzare non sono né illimitati né primariamente destinati a procurare uno speciale vantaggio privato. Piuttosto, la limitata concessione è un mezzo attraverso il quale un importante fine pubblico può essere raggiunto. Essa mira a motivare l'attività creativa degli autori e degli inventori attraverso la previsione di una speciale ricompensa, e a permettere l'accesso del pubblico ai prodotti del loro genio una volta che sia spirato il limitato periodo di controllo esclusivo. La corte poi, citando l'autorità di un proprio precedente, aggiunge: "la legge sul diritto d'autore, come la legge sul brevetto rende la ricompensa al titolare del diritto una considerazione secondaria. [...] Si dice che la ricompensa all'autore o all'artista serve ad indurre la distribuzione al pubblico di prodotti del loro genio creativo".

Anche il secondo rilevante pronunciamento della prima fase dell'era digitale nasce da una fattispecie riguardante beni non informatici²⁶. Si trattava, però, di una questione strettamente legata alla possibilità di tutelare mediante *copyright* le banche dati elettroniche, rispetto alla quale già si era positivamente espressa la giurisprudenza federale²⁷. Anche questo caso è molto noto, ma è necessario ripercorrerlo brevemente. La Corte Suprema aveva concesso il *certiorari* relativamente ad una pronuncia della Corte del decimo circuito. Quest'ultima aveva statuito che l'impresa, la quale compili un elenco telefonico (nella specie, pagine bianche), vanta su quest'ultimo il *copyright*, pertanto la copia da parte di un'impresa concorrente di alcune informazioni telefoniche contenute nello stesso elenco costituisce violazione dell'esclusiva. La questione perciò verteva su uno snodo cruciale nell'ambito del *copyright law*, cioè l'incrocio tra lo standard di originalità e la nozione di *compilation* (contenuta

alla «*Supreme Court*», in *Foro it.*, 1984, IV, 351.

²⁶ *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.* 499 U.S. 340 (1991), riportata nella banca dati ipertestuale acclusa in questo libro.

²⁷ *West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc.*, 799 F. 2d, 1219 (8th Cir. 1986), anche in traduzione italiana in *Foro it.*, 1987, IV, 357, con osservazioni di R. PARDOLESI, *Banche dati al guado*, in *Foro it.*, 1987, IV, 357.

nella *sec. 101 dell'U.S.C.*). In buona sostanza, i giudici supremi erano chiamati a scegliere tra l'orientamento che, aggirando di fatto il requisito dell'originalità, giungeva a tutelare le compilazioni frutto di investimenti rilevanti (c.d. *sweat of the brow doctrine*) e l'opposta deriva che rimaneva saldamente agganciata alla necessità di riscontrare anche rispetto a questo particolare tipo di opera dell'ingegno un (pur minimo) apporto originale. La Corte Suprema sposa questo secondo orientamento, rovesciando le conclusioni dei giudici d'appello. I giudici supremi pongono la questione in termini di tensione tra due principi espressamente stabiliti dal *Copyright Act*. Quest'ultimo, da una parte, statuisce che i fatti e le idee contenuti nelle opere dell'ingegno non sono suscettibili di privativa, dall'altra, afferma anche che le compilazioni di fatti sono opere protette dal *copyright*. Il concetto-chiave deputato a risolvere il potenziale conflitto tra i due principi è rappresentato dal requisito dell'originalità. Per quanto lo standard dell'originalità sia nell'ordinamento americano tradizionalmente basso, esso deve essere sempre ritenuto imprescindibile. Anche le compilazioni di dati fattuali possono, per la scelta e sistemazione degli stessi dati, raggiungere lo standard di originalità. Ma in elenchi telefonici tendenzialmente esaustivi ed ordinati alfabeticamente non sono riscontrabili i due elementi della scelta e della sistemazione che caratterizzano in questo campo il requisito dell'originalità. Anche in questa motivazione non manca il riferimento alla Costituzione. Citando un'opinione dissenziente espressa in una precedente occasione da Justice Brennan, la corte ribadisce che la primaria finalità del *copyright* non è quella di ricompensare il lavoro dell'autore, ma di promuovere il progresso della "scienza e delle arti utili".

La prima fase dell'era digitale si chiude nel 1992 con l'emanazione dell'*Audio Home Recording Act*, al quale si è già accennato nella prima parte di questa introduzione. L'*AHRA*, pur essendo una legge settoriale, limitata ai soli diritti su composizioni musicali e *sound recordings*, riveste una notevole importanza al fine di comprendere le linee di evoluzione del *digital copyright* statunitense. I titolari dei diritti di *copyright* su composizioni musicali e registrazioni sonore chiedevano di essere tutelati contro il presunto rischio derivante dalla diffusione di registratori digitali, quali il *Digital Audio Tape* (DAT) ed il *mini-disc* (DCC), in grado di fare copie degli originali, nonché copie delle copie, conservando un'elevata qualità del suono. Nelle *sec. 1001-1010 dell'U.S.C.* (introdotte dall'*AHRA*) vengono sperimentati per la prima volta due meccanismi di tutela degli interessi dei titolari di *copyright* sostanzialmente alternativi alle tradizionali modalità di circolazione ed *enforcement* del diritto di esclusiva. Il primo meccanismo consiste nel riservare ai titolari di diritti su composizioni musicali e registrazioni sonore una percentuale del prezzo di vendita dei registratori digitali e dei relativi supporti per la registrazione. Per la prima volta, quindi, si decide di 'colpire' direttamente l'utente interessato alla copia privata, sulla base del presupposto

assai discutibile che i registratori e i supporti per la registrazione vengano sempre utilizzati per la riproduzione di materiale protetto dal *copyright*. Si tratta, però, di un meccanismo che, evidentemente, non può essere ripreso nella seconda fase dell'era digitale caratterizzata dalla distribuzione tramite reti telematiche di opere (totalmente) dematerializzate. Il secondo meccanismo si basa su una logica analoga a quella che i titolari dei diritti su opere cinematografiche non erano riusciti a far passare nel caso *Sony v. Universal City Studios*. La *sec. 1002 (a)* dell'*U.S.C.* proibisce, infatti, l'importazione, la fabbricazione e la distribuzione di qualsiasi registratore digitale sprovvisto della tecnologia che (consente di fare una serie illimitata di copie di prima generazione dall'originale, ma) impedisce di fare copie di seconda generazione. Ma la legge del 1992 contiene anche una previsione a favore dei consumatori. La *sec. 1008* dell'*U.S.C.* dichiara espressamente lecita la copia di registrazioni digitali effettuata da consumatori per fini non commerciali.

2.3.2 *Internet e digital millenium copyright*

Lo scenario tecnologico della seconda fase dell'era digitale è caratterizzato dall'interazione tra tecnologie informatiche e telematiche, cioè dall'avvento di Internet. Il contesto tecnologico dei diritti sulle opere dell'ingegno cambia in modo ancor più vasto e profondo. Non solo vengono esaltati i fattori di mutamento già delineatisi nella prima fase, ma se ne aggiungono di nuovi. Gli ipertesti e gli ipermedia in rete rappresentano il simbolo di questa nuova stagione della creatività. Ma nessuna delle opere digitali sfugge alla rivoluzione telematica. Si pensi all'impatto di Internet sulla produzione, rielaborazione e fruizione di software e banche dati. Costruzione collaborativa, manipolabilità costante, natura composita sono le caratteristiche delle nuove opere digitali. Ancora una volta, però, non sono i cambiamenti del concetto di opera ed autore a catturare l'attenzione del legislatore nordamericano. Sono piuttosto la (totale) dematerializzazione (della distribuzione e della fruizione) di opere come quelle cinematografiche e musicali, e la conseguente rimodulazione dei meccanismi di incentivo, a rimettere in moto la macchina legislativa.

Nel luglio del 1994, le prime conclusioni (*Green Paper*) del *Working Group on Intellectual Property* presentano un ambizioso progetto di rinnovamento di alcuni fondamentali passaggi del *Copyright Act*, nettamente orientato al rafforzamento dell'esclusiva. Ma le indicazioni che emergono dalla serrata discussione tra le *lobbies* coinvolte nel processo di normazione spingono i membri della commissione a riformulare i suggerimenti indirizzati al Congresso. I lavori si chiudono nel settembre del 1995 con un rapporto finale (detto anche *White Paper*), che, pur puntando su toni più sfumati e su interventi legislativi di minor portata, conserva inalterati gli obiettivi di fondo che

caratterizzavano la precedente versione del documento: rafforzamento dell'esclusiva, restringimento delle prerogative degli utenti e introduzione di nuovi meccanismi di protezione degli interessi dei titolari di *copyright*. In particolare, il *White Paper* suggeriva due rilevanti modifiche della legge federale: in primo luogo, l'inserimento di una previsione che qualificasse la trasmissione non autorizzata di opere dell'ingegno come violazione dei “*distribution, reproduction, performance and display rights*”; in secondo luogo, l'introduzione di norme volte a proibire qualsiasi strumento o servizio finalizzato all'aggiramento di tecnologie di protezione dei diritti di *copyright*.

I titolari di *copyright* speravano in una rapida trasformazione in legge dei suggerimenti contenuti nel *White Paper*, ma i lavori parlamentari si dovevano dimostrare più lunghi e travagliati del previsto. Il documento del gruppo di lavoro, aveva all'indomani della sua pubblicazione, suscitato le critiche di organizzazioni a protezione degli interessi di biblioteche, *online service provider*, compagnie telefoniche, produttori di strumenti informatici, e consumatori, così come di molti prestigiosi giuristi. Nel clima di forte resistenza che andava delineandosi, i gruppi terminali degli interessi dei titolari di *copyright* ben presto decidono di meglio articolare la propria strategia di pressione. Il rafforzamento dell'esclusiva e la proibizione di tecnologie di aggressione dei diritti di *copyright* diventano, infatti, un modello normativo da promuovere in sede internazionale. L'approvazione di un trattato che avesse recepito quel modello poteva servire a spianare la strada del processo legislativo interno. La strategia doveva rivelarsi vincente. Anche se i trattati *WIPO* del 1996 non danno ingresso a tutte le richieste della delegazione statunitense, non di meno recepiscono i principi del rafforzamento dell'esclusiva e della regolamentazione delle tecnologie. A quel punto il più era fatto. Le istituzioni federali erano internazionalmente obbligate a recepire quei principi. Le direttive contenute nel *White Paper* potevano, quindi, riprendere con più vigore il cammino della trasformazione in legge. Il *bill* destinato a giungere in porto assume subito un piglio più intransigente di quello riscontrabile nelle norme internazionali. Le resistenze dei gruppi più forti ed organizzati riescono ad ottenere deroghe ritagliate su misura, ma l'interesse pubblico nel suo complesso è destinato a subire i maggiori sacrifici. Infatti, le organizzazioni a difesa delle libertà fondamentali e dei diritti civili su Internet quali la *Electronic Frontier Foundation (EFF)* e la *Digital Future Coalition (DFC)* sono tenute ai margini del processo legislativo.

Nell'ottobre del 1998 viene emanata una legge di mole spropositata (circa trenta mila parole) e dal titolo pomposo (*Digital Millennium Copyright Act*) destinata a diventare uno degli atti normativi federali più criticati degli ultimi decenni. Oltre a prevedere, in base a differenti presupposti, esenzioni di

responsabilità a favore degli Internet provider²⁸, e porre disposizioni a tutela dei sistemi di gestione sulle informazioni relative al regime dei diritti di *copyright*²⁹, il *DMCA* ha, per quel che più rileva in questa sede, inserito nell'*U.S.C.* la *sec.* 1201 relativa all'aggiramento di sistemi (tecnologici) di protezione del *copyright*. Non è possibile entrare nel dettaglio di una legge così (dis)articolata e complessa³⁰, tuttavia è necessario illustrare brevemente i principi che ispirano la *section* da ultimo richiamata. Come si accennava, il legislatore statunitense è andato ben oltre il mero recepimento del *WCT*. In buona sostanza, sono vietate tre tipologie di condotte:

a) l'aggiramento di sistemi tecnologici che consentono di controllare efficacemente l'accesso ad opere tutelate dal *copyright*;

b) la fabbricazione, distribuzione, offerta o messa a disposizione del pubblico di tecnologia, prodotti, servizi, strumenti o componenti di strumenti principalmente concepiti o prodotti per l'aggiramento di sistemi tecnologici che consentono di controllare efficacemente l'accesso ad opere tutelate da *copyright*;

c) la fabbricazione, distribuzione, offerta o messa a disposizione del pubblico di tecnologia, prodotti, servizi, strumenti o componenti di strumenti principalmente concepiti o prodotti per l'aggiramento di sistemi tecnologici che consentono di proteggere efficacemente un diritto di *copyright* su un'opera o su una porzione di opera.

Tutta la regolamentazione si basa sulla distinzione tra sistemi antiaccesso e sistemi di protezione dei diritti di *copyright* (comunemente detti anche, con espressione riduttiva, "sistemi anticopia"). I passaggi della normativa maggiormente bersagliati dalle critiche della dottrina sono tre.

In primo luogo, alla violazione dei sistemi antiaccesso si riconnettono specifiche ipotesi – frutto della pressione esercitata dai gruppi coinvolti nel processo legislativo - di esenzione dalla responsabilità, e non la clausola generale del *fair use* contenuta nella *sec.* 107 dell'*U.S.C.*³¹. In secondo luogo,

²⁸ In argomento v. *infra* Capitolo III, par. 2.2.3, ivi riferimenti.

²⁹ La *sec.* 1202 protegge l'integrità dei sistemi di gestione delle informazioni relative al regime dei diritti di *copyright*, proibendo:

a) la fornitura e la distribuzione di sistemi contenenti false informazioni;

b) l'intenzionale rimozione o alterazione di informazioni non autorizzata dal titolare del *copyright*; la distribuzione di sistemi di gestione delle informazioni illegittimamente rimossi o alterati; la distribuzione o l'esecuzione in pubblico di opere o copie di opere i cui sistemi di gestione delle informazioni sono stati rimossi o alterati, sapendo o, rispetto alle conseguenze di ordine civile, avendo ragione di sapere che ciò indurrà, renderà possibile, faciliterà una violazione del *copyright*.

Per le prime indicazioni su questa disciplina v. J. C. GINSBURG, «*The Digital Millennium Copyright Act*» ed il «*Sonny Bono Copyright Term Extension Act*»: *due novità dagli Stati Uniti* (trad. it. a cura di P. MARZANO), in *Riv. dir. comm.*, 1999, 625, 644 ss..

³⁰ V., per tutti, D. NIMMER, *Puzzles of the Digital Millennium Copyright Act*, 46 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 401 (1999); N. W. NETANEL, *From the Dead Sea Scrolls To the Digital Millennium: Recent Developments in Copyright Law*, *Tex. Intell. Prop. L. J.*, forthcoming 2001, reperibile all'URL <http://www.ssrn.com>

³¹ Cfr. D. NIMMER, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 *U. Pa. L. Rev.*,

non è chiara la nozione di accesso. In particolare, non si capisce se la legge si riferisca solo al primo accesso all'opera o anche ad ogni ulteriore accesso³². In terzo luogo, il giudizio di illiceità della tecnologia di aggiramento dei sistemi antiaccesso e di protezione è collegato ad un criterio – quello della ‘principale attitudine’ all'aggiramento - che rovescia l'indicazione della Corte Suprema in *Sony v. Universal City Studios*, la quale, come si è visto, dichiarava lecita la tecnologia suscettibile di consistenti usi non illeciti³³.

L'interesse pubblico ne esce considerevolmente ridotto. In particolare, ciò che sembra maggiormente messo a repentaglio è l'interesse alla circolazione delle informazioni ed allo sviluppo tecnologico. L'utente, il nemico nr.1, è soggetto a poteri restrittivi senza precedenti³⁴. Infatti, il diritto di (o il potere di autorizzare l') accesso attribuisce al titolare del *copyright* un controllo assoluto sull'utilizzo dell'opera. Il diritto di accesso, in altri termini, stravolge il *copyright*, marginalizzando i concetti di copia e di diritto di riproduzione, e attribuendo al suo titolare un controllo che forse non è azzardato paragonare a quello che un proprietario ha su una cosa materiale. Ciò almeno in teoria, in quanto è evidente che il potere di accesso si regge più sull'efficacia dei sistemi tecnologici che sull'*enforcement* delle sanzioni minacciate dalla legge.

La (prima) spinta inerziale dell'attivismo legislativo innescatosi nella seconda fase dell'era digitale si esaurisce con il *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* che estende la durata del *copyright* (in particolare, il termine di base, cioè relativo alla titolarità in capo a persona fisica, viene parificato a quello voluto dalla Comunità europea come termine di riferimento per gli Stati membri, cioè settanta anni dopo la morte dell'autore).

Che il *copyright federal law* abbia potuto assumere nel corso della seconda fase dell'era digitale un volto così arcigno e intransigente, determinando, secondo una parte consistente della dottrina americana, un palese contrasto con la garanzia costituzionale della libertà di espressione, non sorprende³⁵. Non si tratta, tanto, della demonizzazione del fenomeno Internet,

2000, 673.

³² V. . LITMAN, *Digital Copyright*, cit., 144.

³³ Cfr. P. SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 *Berkeley Tech. L. J.* 1 (1999).

³⁴ La tendenza a restringere i margini di manovra dell'utente trova riflesso nella deriva che ha assunto il diritto dei contratti (cfr. *infra* Capitolo III, par. 2.2.3). Il riferimento è alla giurisprudenza che si pone nel solco di *Pro CD Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996), nonché all'*Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)*, evoluzione di quella che doveva inizialmente rappresentare una novella (*Artiche 2B*) dello *UCC*. Sul tema v., in generale, i contributi raccolti in *Symposium: Intellectual Property and Contract Law in the Information Age: The Impact of Artiche 2B of the Uniform Commercial Code on the Future of Transactions in Information and Electronic Commerce*, in 13 *Berkeley Tech. L. J.* 809 (1998) ed in 87 *Cal. L. Rev.* 1 (1999).

³⁵ V., sul tema, L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, 130 ss.; P. SAMUELSON, *Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue- but what Future?*, paper reperibile all'URL: www.ssrn.org.

pur riscontrabile anche con conseguenze più gravi in altri campi del diritto, quanto, delle modalità di funzionamento della macchina legislativa federale nel settore della proprietà intellettuale. Una brillante ricostruzione di un'autrice americana ha convincentemente dimostrato come il modo in cui è stato costruito il *DMCA* non sia altro che un'esasperazione di modelli procedurali già sperimentati a partire dalla riforma generale del 1909³⁶. Il Congresso si rifiuta di tentare il bilanciamento tra i molteplici interessi coinvolti e affida a commissioni di giuristi specializzati l'opera di mediazione e l'abbozzo della normativa. Nei lavori delle commissioni vengono attivamente coinvolti solo i gruppi cui fanno capo interessi già riconosciuti dalla legislazione vigente e non i gruppi che potrebbero trarre vantaggio dalle nuove forme di sfruttamento delle opere propiziate dall'evoluzione tecnologica. Nella fase di stesura della legge, poi, il Congresso fallisce nel fare quadrato attorno all'interesse che nessuna *lobby* sembra in grado di rappresentare e difendere efficacemente, ovvero l'interesse pubblico.

Quel che lascia maggiormente perplessi è la risposta della giurisprudenza distrettuale e di circuito al nuovo modello normativo. Anche se è ancora prematuro esprimere un giudizio definitivo, occorre rimarcare come l'ondata di cause promosse dai titolari di opere musicali e cinematografiche a partire dalla primavera del 2000 abbia sortito esiti processuali che nel complesso consacrano (ed anzi, in alcune occasioni, portano all'estreme conseguenze) la logica del *DMCA*³⁷. La Corte Suprema per parte sua non ha ancora fatto sentire la sua voce sui punti nodali dell'ultima versione del *digital copyright*³⁸.

Sul piano degli effetti concreti, di là dal clamore della vittoria delle *majors* dell'industria musicale su Napster, occorre rilevare che il *DMCA* sembra aver fallito nel suo principale obiettivo. Architetture Internet (c.d. *peer to peer*), che non si basano su servizi di reperimento delle informazioni riferibili un sito Web, e quindi prescindono da un soggetto facilmente perseguibile, consentono ad una moltitudine di utenti di continuare a scambiarsi file in formato compresso in grado di contenere le canzoni della hit parade, così come i blockbuster in prima visione. Il bilancio delle guerre digitali tra i titolari di *copyright* e i sostenitori del *copyleft* è però del tutto provvisorio. Nuove tecnologie promettono di rendere meno vulnerabili i

³⁶ V. J. LITMAN, *Digital Copyright*, cit. *passim*; e, sia pure con toni più sfumati, R.P. MERGES, *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law*, 88 *Calif. L. Rev.* 2187 (2000).

³⁷ Per una ricostruzione d'insieme v. J. LITMAN, *Digital Copyright*, cit. 151 ss.; circa la fattispecie riguardanti gli MP3 v. G. PASCUZZI, *Opere musicali su Internet: il formato MP3*, *Foro it.*, 2001, IV. 101. Fra le controversie riguardanti la diffusione su internet delle istruzioni per decodificare il sistema di protezione dei DVD v. *Universal Studios v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), riportata nella banca dati ipertestuale allegata a questo libro. Una panoramica delle vertenze in corso è reperibile sul sito Web della EFF: http://www.eff.org/Legal/active_legal.html.

³⁸ La Corte Suprema ha avuto modo di affrontare solo il problema della riutilizzazione in forma digitale di un particolare tipo di opere quali gli articoli di giornali nel caso *New York Times Co. v. Tasini* 121 S. Ct. 2381 (2001).

sistemi di difesa delle opere digitali. E ciò dà nuova linfa all'intenzione di rimetter mano, va da sé in senso maggiormente restrittivo, alle disposizioni del *Copyright Act*³⁹.

³⁹ Si vedano in particolare il *Security Systems Standards and Certification Act* ed il *Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act* (S. 2048). Una panoramica completa delle proposte attualmente pendenti è disponibile all'URL: <http://www.copyright.gov/legislation/>.

Indice

PREMESSA (GIOVANNI PASCUZZI - ROBERTO CASO)	3
INTRODUZIONE (GIOVANNI PASCUZZI - ROBERTO CASO)	7
1. I diritti sulle opere dell'ingegno nell'era digitale (GIOVANNI PASCUZZI)	7
1.1 I diritti sulle opere dell'ingegno nell'era digitale	7
1.2 Il diritto d'autore dell'era digitale	10
1.2.1 L'evoluzione del concetto di opera	12
1.2.2 L'evoluzione del concetto di autore	13
1.2.3 L'evoluzione del concetto di creatività	14
1.2.4 Rimodulazione dei meccanismi di incentivo	16
1.2.5 Tecnologicizzazione	18
2. L'evoluzione del <i>copyright</i> statunitense e del diritto d'autore italiano (ROBERTO CASO)	21
2.1 L'evoluzione dei diritti sulle opere dell'ingegno	21
2.1.1 Tre chiavi di lettura: analisi economica, legal process e comparazione giuridica	21
2.1.2 Circolazione e competizione dei grandi modelli normativi nella comparazione diacronica	26
2.2 <i>Copyright</i> statunitense e diritto d'autore italiano	27
2.3 Il modello statunitense di fronte alla sfida digitale	29
2.3.1 La prima fase di costruzione del digital copyright	30
2.3.2 Internet e digital millenium copyright	36
CAPITOLO I. ALLE RADICI DELLA DIVERSITÀ TRA <i>COPYRIGHT</i> E DIRITTO D'AUTORE (UMBERTO IZZO)	43
I.1 Introduzione	43
I.2 Prima del <i>copyright</i> e del diritto d'autore: la stampa ed i sistemi del privilegio in Francia ed Inghilterra fino agli albori del XVIII secolo	51

I.3 Il sorgere dell' <i>authorship</i>	67
I.4 La genesi dello <i>Statute of Anne</i>	71
I.5 Il secolo dei lumi e la formazione degli archetipi del <i>copyright</i> e del <i>droit d'auteur</i>	75
I.5.1 Sulla natura giuridica del <i>copyright</i> : le corti interpretano lo <i>Statute of Anne</i>	78
I.5.2 L'affermazione del <i>droit d'auteur</i> fra Assolutismo e Rivoluzione	102
I.5.3 Origine e sviluppo del <i>droit moral</i>	123
I.6 La rielaborazione del modello inglese: il <i>copyright</i> statunitense	131
 CAPITOLO II. LINEAMENTI NORMATIVI DEL <i>COPYRIGHT</i> STATUNITENSE E DEL DIRITTO D'AUTORE ITALIANO (ROBERTO CASO)	 163
II.1 Introduzione	163
II.2 <i>Copyright</i> statunitense e diritto d'autore italiano: evoluzione dei modelli normativi	163
II.3 I diritti di utilizzazione economica sulle opere dell'ingegno nel <i>Copyright Act</i> e nella Legge Autore	168
II.3.1 Campo di applicazione e presupposti per la tutela	168
II.3.1.1 Campo di applicazione	168
II.3.1.2 Presupposti per la tutela	170
II.3.2 Tipologie, titolarità e circolazione dei diritti esclusivi	172
II.3.2.1 Tipologie di diritti esclusivi	172
II.3.2.2 Titolarità dei diritti esclusivi	175
II.3.2.3 Circolazione dei diritti	178
II.3.3 Limiti dei diritti esclusivi	181
II.3.3.1 Durata dei diritti esclusivi	181
II.3.3.2 Fair use e libere utilizzazioni	182
II.3.3.3 Licenze non volontarie	185
II.4 Diritti morali, connessi e <i>copyright</i>	187
II.5 I due modelli normativi: divergenze e convergenze	188
 CAPITOLO III. TRAPIANTO E RIELABORAZIONE DEL MODELLO NORMATIVO STATUNITENSE: IL DIRITTO	

D'AUTORE DI FRONTE ALLA SFIDA DIGITALE (FRANCO RONCONI)	193
III.1 L'evoluzione recente dei diritti sulle opere dell'ingegno nelle convenzioni internazionali e l'influenza statunitense	193
III.1.1 Introduzione	193
III.1.2 L'Accordo <i>TRIPs</i> e le opere digitali	196
III.1.3 Il <i>WIPO Copyright Treaty</i> e le opere digitali	204
III.1.4 La tutela dei diritti connessi nell'Accordo <i>TRIPs</i> e nel <i>WPPT</i> : profili generali	210
III.2 La regolamentazione comunitaria del 'nuovo' diritto d'autore: consonanza e competizione col modello statunitense	220
III.2.1 La tutela delle opere dell'ingegno nell'Unione Europea: introduzione	220
III.2.2 La tutela giuridica delle opere digitali	239
III.2.2.1 La tutela giuridica dei programmi per elaboratore	240
III.2.2.2 La tutela giuridica delle banche dati	263
III.2.2.3 La tutela giuridica delle opere multimediali digitali. L'avvento di Internet	293
III.3 Il travaso delle regole comunitarie nel sistema italiano	310
III.4 La recente legge 'antipirateria': cenni	322

