



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

84

2009



La prima edizione di questo libro © Copyright 2009 by Università degli Studi di Trento, Via Belenzani 12 - 38100 Trento, è pubblicata con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL: «<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>»

ISBN 978-88-8443-306-0
ISSN 1972-1137

Stampato in Italia - Printed in Italy
2009

Litotipografia Alcione S.r.l. - Lavis (Trento)

SIMONETTA VEZZOSO

E-LEARNING
E SISTEMA DELLE ECCEZIONI AL
DIRITTO D'AUTORE

Università degli Studi di Trento 2009

I CAPITOLO

INTRODUZIONE E OGGETTO DELL'INDAGINE

Gli avanzamenti registrati negli ultimi decenni nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ed in particolare lo sviluppo di Internet e delle tecniche di digitalizzazione, hanno prodotto degli innegabili cambiamenti sociali ed economici, con significative ripercussioni anche sul settore educativo. Le tecnologie digitali incidono profondamente sia sulle modalità di accesso al materiale didattico che sulla sua diffusione, come sottolinea fra l'altro la Commissione europea nel recente Libro Verde dedicato al "Diritto d'autore nell'economia della conoscenza"¹. A studenti nati negli anni novanta, molti dei quali ormai vicini alla soglia dell'università, non può che apparire normale fruire di servizi didattici non solo nel tradizionale ambiente d'aula, ma anche utilizzando delle reti telematiche, senza costrizioni di "tempo o geografia"². Internet e le tecniche di digitalizzazione rendono infatti tecnicamente possibile un insegnamento c.d. online che si caratterizza per la separazione nello spazio fra il docente e gli studenti, e per la possibilità da parte di questi ultimi, grazie all'utilizzo di computer collegati in rete, di usufruire delle lezioni nei momenti e nei luoghi da essi scelti³.

¹ COM (2008) 466/3, del 16 luglio 2008.

² *Ivi*, p.17.

³ La didattica online, cui è dedicato il presente contributo, può venire dunque considerata una forma di insegnamento a distanza basato sul web, sia nella modalità *intranet* che anche (e soprattutto) *internet*, definita anche "insegnamento digitale a distanza", v. il *Report on Copyright and Digital Distance Education* del Copyright Office statunitense, maggio 1999, http://www.copyright.gov/reports/de_rprt.pdf, sul

Peraltro, è già da tempo che nel mondo dell'educazione si discutono, e sperimentano, varie possibilità di migliorare il trasferimento della conoscenza a seguito di quella che, con una qualche enfasi, viene definita la rivoluzione digitale⁴. Se i metodi di insegnamento a distanza, come lo studio per corrispondenza, sono noti e praticati da anni, le moderne tecnologie dell'informazione e comunicazione sono potenzialmente in grado di facilitare ed arricchire il rapporto fra il docente ed l'allievo in modi difficilmente immaginabili fino a pochi anni addietro. Nella fase attuale, la didattica online viene sempre più spesso considerata un utile strumento di supporto ad un insegnamento tradizionale, frontale (c.d. *blended learning*)⁵.

Si pensi ad esempio ad una docente di scienze della comunicazione che realizza delle brevi "clip" digitali tratte da un insieme di film, allo scopo di analizzare degli aspetti narrativi di opere audiovisive, e le carica nella parte ad accesso limitato del sito web

quale avremo modo di tornare, *infra*, IV capitolo.

⁴ Aspettative in merito ad una veloce diffusione della didattica online in Europa sono state in passato disattese, e previsioni puntuali rimangono difficili, v. *The eLearning industry and market in Europe*, Commissione europea, Direzione Generale Istruzione e cultura, 2004, p. 21 ss. Le ragioni di questo relativo ritardo, in particolare rispetto ad altri settori invece profondamente trasformati dalle nuove tecnologie, possono essere molteplici, ad esempio la difficoltà di reperire i fondi necessari a sperimentare nuovi strumenti didattici, oppure un'attitudine tendenzialmente cauta del corpo docente e delle strutture di appartenenza nei confronti delle trasformazioni intervenute.

⁵ Così, ad esempio, le università mettono a disposizione dei docenti degli strumenti di gestione di corsi e/o singoli seminari, che offrono un'ampia gamma di modalità di "gestione dell'apprendimento" (c.d. *learning management platform*). Non mancano tuttavia significativi esempi, anche europei, di percorsi universitari interamente a distanza che fanno massicciamente ricorso a modalità didattiche online, v. ad esempio la Open University (<http://www.open.ac.uk>) con attualmente più di 200.000 studenti immatricolati. Da notare anche che la qualità dell'insegnamento impartito dalla Open University è costantemente valutata eccellente dalla britannica "Quality Assurance Agency for Higher Education" (fra le prime tre istituzioni nel 2008, dati dal sito <http://www.unistats.co.uk>).

dedicato al corso. Ancora, un docente realizza la scansione di alcune pagine di una monografia e di alcune parti di articoli di riviste scientifiche che intende richiamare a lezione per spiegare il sistema delle eccezioni e limitazioni al diritto esclusivo dell'autore nel diritto italiano; successivamente, carica gli estratti digitalizzati sul server dell'università e le rende accessibili ai soli studenti iscritti al suo corso tramite parola chiave od altro accesso filtrato. Un'ulteriore ipotesi, fra le molte immaginabili, vede un docente utilizzare a lezione, nell'ambito di una presentazione "Powerpoint", poi resa accessibile online ai suoi studenti, una fotografia scaricata da Internet e tutelata da diritto d'autore. Inoltre, numerose varianti sono evidentemente aperte dalle tecniche di c.d. podcasting (audio e/o video), con la possibilità, ad esempio, di riprendere dal vivo una lezione, scaricabile successivamente dal sito dell'università, durante la quale si fa uso di opere coperte dal diritto d'autore.

Perché possa realizzarsi un'attività didattica online del tipo appena esemplificato, atto necessario è prima di tutto il "caricamento" (*upload*) del materiale digitale sul server dell'università (o di un'altra istituzione che si richiami all'eccezione in questione) di modo che gli studenti possano successivamente "scaricarlo" (*download*). Ad esempio, il docente potrebbe caricare sul server uno schema tratto da un articolo di dottrina in formato digitale ad illustrazione di un argomento rientrante in una specifica lezione. Il docente non solo rappresenta (o recita ai sensi dell'art. 15 della l.d.a.) lo schema tratto dal manuale, così come avviene di solito nell'ambito di una lezione frontale, ma ne compie una riproduzione strumentale alla comunicazione interattiva con i suoi studenti. La fissazione dell'opera che qui più direttamente interessa non è realizzata su un "tradizionale" supporto materiale per opere digitalizzate, come sarebbe ad esempio il caso se l'opera fosse riprodotta su un CD-Rom, ma su un supporto materiale atipico, non destinato alla circolazione, quale la memoria del computer del docente

e del computer-server dell'università. Va notato che la messa a disposizione dello schema di cui al nostro esempio, perché sia reso accessibile agli studenti in modo interattivo, presuppone il collocamento di una copia dello stesso non più solo temporanea ma permanente sul server dell'università, tale da permetterne lo scaricamento non contemporaneo da parte degli studenti. Successivamente, la trasmissione elettronica richiede la realizzazione di copie dell'opera ai diversi snodi della rete telematica prima di raggiungere il computer dello studente-ricevente.

Quando il materiale utilizzato ai fini dell'insegnamento (articoli di dottrina, parti di manuali di studio, fotografie, opere audiovisive, brani musicali, ecc.), è coperto da preesistente diritto d'autore, il suo impiego nell'ambito della didattica online implica una serie di utilizzi spettanti in via esclusiva al loro rispettivo autore. La legittimità dell'attività didattica online dipende dunque dalla presenza, nella legislazione di diritto d'autore rilevante, di ambiti di contenimento delle pretese dei titolari dei diritti.

Pur vantando le eccezioni e limitazioni del diritto esclusivo dell'autore a favore dell'insegnamento una lunga tradizione⁶, se ne lamenta una massiccia perdita di incisività (proprio) nella società dell'informazione, in particolare come conseguenza del recente rafforzamento, a livello internazionale, della tutela dei diritti dell'autore, ritenuti minacciati dall'avvento delle nuove tecnologie. Molto meno indagati, e dunque considerati, sono stati gli effetti negativi del rafforzamento della tutela nei confronti degli *utilizzatori* di opere coperte dal diritto d'autore, in particolare se qualificati da scopi didattici o di ricerca. La consapevolezza dello sbilanciamento attuale al cuore della disciplina di diritto d'autore si fa sempre più diffusa anche

⁶ La Convenzione di Berna del 1886, all'art. 8, già prevedeva che i Paesi dell'Unione permettessero di "estrarre parti" di opere letterarie o artistiche per scopo d'insegnamento o scientifico, come riprenderemo nel II capitolo.

nella società civile, come testimoniano fra l'altro le crescenti difficoltà incontrate dagli Stati chiamati a modificare le legislazioni nazionali per renderle conformi al rinnovato quadro internazionale di tutela⁷.

La conservazione, nella società dell'informazione, delle prerogative a favore della didattica tradizionalmente previste nella legislazione sul diritto d'autore si è rilevata particolarmente complessa⁸. Risulta peraltro evidente come la didattica a distanza attraverso reti telematiche metta in discussione alcune forse non solidissime categorie, sulle quali il diritto d'autore si è comunque poggiato per più di un secolo, fra l'altro la distinzione fra il momento dell'insegnamento e quello dello studio personale. Inoltre, gli avanzamenti tecnologici di cui si è detto hanno fornito agli insegnanti agevoli ed allettanti possibilità di arricchimento delle loro attività, in particolare attraverso il richiamo di materiali in forma digitale, di regola liberamente visionabili in Internet, e ci si chiede se specifiche modifiche al diritto d'autore siano necessarie per facilitare tali, finalizzati utilizzi⁹. Sempre più diffuso è poi il fenomeno del materiale *user-created*, sviluppato in modo spesso collaborativo¹⁰, con un impatto anche educativo difficilmente negabile¹¹, e che rende sempre più arduo identificare il confine esterno

⁷ Fra questi Stati non rientra tuttavia l'Italia. Tra gli esempi attuali, menzioneremo più avanti in part. la Francia e il Canada.

⁸ Emblematica in questo senso è la situazione statunitense: il TEACH (Technology, Education, and Copyright Harmonization) Act, faticosamente concluso nel 2002 proprio con l'obiettivo di equiparare, fin dove possibile, la didattica frontale a quella online, si è rivelato poco efficace, come si dirà, *infra*, IV capitolo.

⁹ Come vedremo in seguito, al V capitolo, era in discussione nella precedente legislatura in Canada una modifica alla legislazione di diritto d'autore che prevedeva appunto un'eccezione a fini didattici per l'utilizzo di materiali "liberamente disponibili in Internet".

¹⁰ Si pensi in part. al progetto Wikipedia.

¹¹ Cfr. ad esempio un recente studio dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), *Participative Web and User-created Content*, 2007, p. 67: "Provided that it is accurate, the availability of large amounts of freely accessible information such as Wikipedia, Creative Commons materials, freely available pictures

delle attività di insegnamento “formalizzato” da privilegiare ai sensi della disciplina di diritto d’autore.

A causa delle già menzionate rigidità che caratterizzano il quadro internazionale, sulle quali avremo modo di soffermarci nel corso del presente lavoro, l’identificazione, nell’attuale disciplina di diritto d’autore, di spazi di vitalità e sperimentazione a favore di utilizzi didattici, può rivelarsi un compito arduo, anche per il più illuminato fra i legislatori nazionali. Dopo un primo periodo di passivo accoglimento delle più esigenti pretese di tutela avanzate dai titolari di diritti d’autore, in cui si collocano a pieno titolo anche le modifiche apportate alla disciplina italiana negli ultimi anni, la fase attuale si caratterizza per un diffuso impegno da parte di studiosi della materia, di categorie di rappresentanti a vario titolo degli interessi del settore dell’insegnamento e della ricerca, ma anche, nei limiti delle possibilità offerte dal rispetto ordinamento, di giudici nazionali, uniti nella ricerca di un nuovo, imprescindibile equilibrio fra i diritti degli autori e gli interessi degli utilizzatori.

L’intento del presente studio è di contribuire, in modo necessariamente limitato e modesto, all’identificazione di sortite possibili dalla fase di insoddisfacente stallo in cui si trova attualmente la disciplina della didattica online, soprattutto a livello nazionale. Particolarmente preziosa a tale fine è, credo, la prospettiva comparatistica, dalla quale è compito del ricercatore trarre utili spunti sia di riflessione che, eventualmente, di mediata proposta di soluzioni alternative, ritagliate tenendo conto delle specificità delle singole situazioni. Come si cercherà di dimostrare, pur nell’osservanza dei precetti internazionali e comunitari, e considerando le incertezze legate in particolare alla valutazione dell’impatto concreto, soprattutto

on photosharing sites, and websites created by individuals (*e.g.* a former teacher providing a website on American history, a naval officer authoring podcasts on different ships) can have positive educational impacts”.

economico, delle eccezioni didattiche nella società dell'informazione, il legislatore italiano gode di ampi spazi di manovra per migliorare la disciplina attuale, anche traendo utile insegnamento dalle esperienze nel frattempo maturate in altri ordinamenti, forse finora più recettivi¹² nei confronti delle specifiche problematiche sollevate della didattica online.

La ricerca prende avvio (II capitolo) da un'analisi del quadro internazionale di tutela della didattica online, profondamente rivisto alla fine del millennio scorso a seguito della conclusione dell'Accordo TRIPs ("Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights") e dell'adozione dei Trattati dell'Organizzazione per la Protezione della Proprietà Intellettuale (OMPI). In questa prima parte dedicheremo una particolare attenzione all'analisi sia delle eccezioni a favore della didattica previste nei testi internazionali, che del ruolo decisivo che il *three-step test* è venuto ad assumere in questo contesto. Si prosegue (III capitolo) con l'analisi della Direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Sia strumento di attuazione degli obblighi internazionali derivanti dalla ratifica dei Trattati OMPI, che di armonizzazione delle discipline nazionali di diritto d'autore, ha introdotto un'eccezione a favore dell'insegnamento applicabile anche alla didattica online, di ampia formulazione, eventualmente contenuta nella sua applicazione concreta dalla necessità di superamento del *three-step test*, che avremo modo di analizzare approfonditamente. Seguirà (IV capitolo) una breve rassegna di alcune esperienze straniere in tema di disciplina dell'eccezione a favore della didattica, per poi

¹² Ovviamente, la sensibilità concreta nei confronti di una tale problematica non può che dipendere in modo significativo dalla generale diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nonché dalle familiarità con esse di potenziali utilizzatori, dunque singoli docenti, relative strutture di appartenenza e studenti.

I CAPITOLO

passare (V capitolo) ad una riflessione sull'applicazione attuale della disciplina nazionale di diritto d'autore alla didattica online.

II CAPITOLO

IL CONTESTO INTERNAZIONALE

II.1. Eccezioni e limitazioni rilevanti nella Convenzione di Berna

II.1.1. Origine delle eccezioni e limitazioni del diritto d'autore nei trattati di diritto d'autore

Il legislatore comunitario, al momento di definire le singole eccezioni e limitazioni al diritto d'autore poi sfociate nell'art. 5 della Direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione¹³ (di seguito, Dir. SocInfo), non si è evidentemente mosso in uno spazio vuoto di diritto, ma ha agito tenendo conto delle obbligazioni internazionali esistenti. Dalla prima versione della Convenzione di Berna, risalente al 1886, il sistema di tutela concepito dai trattati internazionali riconosce infatti svariati meccanismi sia di asserzione che, in misura minore¹⁴, di contenimento delle prerogative patrimoniali dell'autore.

Va fin da subito precisato che, riferendo del contesto internazionale in cui collocare la problematica cui è dedicato il presente

¹³ GUCE L 167/10, del 22.06.2001.

¹⁴ Si ricordi che all'origine delle relazioni internazionali di diritto d'autore si colloca la volontà collettiva di combattere il fenomeno della c.d. pirateria internazionale, cioè l'usurpazione dei diritti di autori stranieri, cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londra, 1987, p. 19 ss.; fenomeno spesso incentivato dalle stesse legislazioni nazionali, che raramente prevedevano una tutela a favore di autori stranieri.

contributo, non ci si potrà rifare ad un compiuto insieme di norme sostanziali sovranazionali. L'Atto di Berna, come ben noto, si fonda sul principio del trattamento nazionale: i Paesi membri si impegnano a proteggere le opere di cittadini di Paesi aderenti alla Convenzione, le opere di cittadini di paesi terzi ma aventi la loro residenza abituale in uno dei Paesi aderenti alla Convenzione e le opere pubblicate per la prima volta¹⁵ nei Paesi aderenti, nello stesso modo in cui tutelano le opere dei propri cittadini¹⁶. Il riconoscimento del trattamento nazionale è quasi del tutto¹⁷ svincolato da obblighi di reciprocità: l'opera di un

¹⁵ Oppure pubblicate in simultanea in un Paese dell'Unione ed al di fuori della stessa.

¹⁶ *WIPO* (a cura di), *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Paris Act, 1971), 1978, p. 32. Possibilità ulteriori di operatività del principio nei confronti di autori non-unionisti sono previste per le opere cinematografiche ed architettoniche: sede o residenza abituale in uno dei Paesi dell'Unione del produttore cinematografico e costruzione di opere architettoniche in un Paese dell'Unione (nonché incorporazione di opere delle arti grafiche e plastiche in uno stabile situato in un Paese dell'Unione).

¹⁷ Un'eccezione al principio del trattamento nazionale è prevista all'art. 7, par. 8 della Convenzione di Berna. Se gli ordinamenti dei Paesi membri concedono una tutela di durata più estesa di quella minima di cinquanta anni prevista dalla Convenzione, l'autore non può godere, salvo diversamente disposto dal legislatore nazionale, di una tutela più estesa per la propria opera di quella garantita nel paese di origine (ad es., se uno Stato tutela l'opera per un periodo di sessanta anni, di quella i cittadini di regola godranno in un altro Stato che dovesse prevedere una tutela invece di settanta anni). L'altra eccezione è prevista all'art. 14-ter, par. 2 della Convenzione: il diritto di seguito può essere invocato in ciascun Paese dell'Unione, ma solo ove la legislazione nazionale dell'autore ammetta tale protezione e nella misura consentita dalla legislazione del Paese dove essa è richiesta. Di conseguenza, artisti di Paesi che non riconoscono il diritto di seguito (ad es., Stati Uniti – a parte la California – e Svizzera) non possono fare valere la propria pretesa in Paesi che invece lo riconoscono. Il diritto di seguito fu introdotto nell'ambito della revisione di Bruxelles del 1948, e la sua presenza è rintracciabile nel diritto francese a partire dagli anni venti (in Italia dal 1941, in Germania dal 1965). Per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione europea la sentenza *Phil Collins* della Corte di giustizia del 20.10.1993, C-92/92 e C-326/92, in Raccolta 1993, I-5145, sul divieto di discriminazione in virtù della nazionalità, ha reso pressoché inevitabile la previsione comune di un diritto di seguito. In conseguenza di

autore cittadino di uno Stato appartenente all'Unione è protetta indipendentemente dalla circostanza che la legislazione dello Stato d'origine preveda una tutela di diritto d'autore per quella determinata opera, nonché a prescindere dall'efficacia stessa della protezione. In altri termini, la portata della protezione delle opere di un autore all'estero dipende, in osservanza del principio del trattamento nazionale, dalla previsione, nei paesi in cui quella tutela è invocata, di norme efficaci di protezione prima di tutto dei propri cittadini-autori.

Nel corso delle successive revisioni (Parigi 1896, Berlino 1908, Roma 1928, Bruxelles 1948, Stoccolma 1967 e Parigi 1971), la Convenzione incluse gradualmente un insieme di diritti minimi¹⁸ che i Paesi dell'Unione erano tenuti a riconoscere a favore di opere provenienti da Stati membri della Convenzione, oltre a quanto già richiesto come conseguenza dell'applicazione del principio del trattamento nazionale. La Convenzione di Berna non obbliga invece gli Stati membri a garantire la tutela minima da essa prevista anche ai propri cittadini¹⁹. Indirettamente, tuttavia, proprio quello è il risultato ottenuto, considerando che appare difficilmente ipotizzabile che uno

quella pronuncia si era infatti creata una situazione per la quale anche ad autori di paesi che non prevedevano il diritto di seguito (es., la Gran Bretagna, fino al 14.02.2006) quel diritto doveva venire garantito da paesi che lo contemplavano, come la Germania o l'Italia. Invece, autori di questi ultimi paesi non sarebbero stati in nessun modo retribuiti per le vendite delle loro opere in ordinamenti dai quali il diritto di seguito era assente, cfr. P. KATZENBERG, *Die Harmonisierung des Folgerechts in Europa*, in *GRUR Int*, 2007, p. 313. Il diritto di seguito, come noto, è stato successivamente armonizzato a livello europeo, v. la Direttiva 2001/84 relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale, in GUCE L 272/32 del 13/10/2001.

¹⁸ L'Atto del 1886 conteneva il solo diritto di traduzione e di rappresentazione pubblica dell'opera.

¹⁹ Di conseguenza, la Convenzione potrebbe in alcuni casi avallare una tutela di diritti minimi a favore di autori stranieri eventualmente più estesa di quella garantita a seguito dell'applicazione del principio del trattamento nazionale, cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, L'Aia, Londra, New York, 2004, p. 43.

Stato conceda ad un autore straniero una tutela più ampia di quella invece accordata ad un autore nazionale.

Se il principio cardine della Convenzione di Berna è dunque quello del trattamento nazionale e di conseguenza il riconoscimento ad opere ed autori stranieri della stessa tutela garantita alle opere nel loro Paese di origine ed ai loro autori-cittadini, già nell'Atto di Berna del 1886 si contemplavano delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi dell'autore così come previsti nelle legislazioni interne²⁰. Nel corso delle successive revisioni, infittendosi in generale la trama del tessuto normativo ed, in particolare, la portata dei diritti minimi garantiti, si è ispessita anche la rete delle eccezioni e limitazioni. Non ci si è mai nascosti, infatti, che *limitazioni* della protezione di diritto d'autore con riguardo a determinate categorie di opere (es., testi legislativi ufficiali)²¹ od *eccezioni* alla stessa con riguardo a determinate utilizzazioni (es., citazioni)²² potessero risultare necessarie nell'interesse pubblico. A questo proposito si ricorda un significativo passaggio dal discorso di chiusura di Numa Droz, delegato per la Svizzera e Presidente della I Conferenza di Berna, il quale, proprio riferendosi alle utilizzazioni a fini didattici affermava che

“(T)he ever-growing need for mass education could never be met if there were no exceptions to the right of reproduction, which, at the

²⁰ V. in part. l'art. 8 dell'Atto del 1886 che prevedeva una limitazione proprio con riguardo all'argomento che ci interessa, sulla quale torneremo.

²¹ Dalla revisione di Stoccolma del 1967 è espressamente affermato all'art. 2, par. 4. che i Paesi dell'Unione sono liberi di decidere se prevedere o meno una tutela di testi ufficiali (legislativi, amministrativi e legali), ed eventualmente in che misura. Lo stesso l'art. 2-*bis*, par. 1 dispone con riguardo ai discorsi politici ed i discorsi pronunciati nei dibattimenti giudiziari. Non rientrano invece nel campo di applicazione della Convenzione, *ex* art. 2, par. 8, le notizie del giorno ed i fatti di cronaca che abbiano il carattere di semplici informazioni di stampa.

²² Cfr. art. 10, par. 1 della Convenzione, sul quale *infra*, p. 19 ss.

same time, should not degenerate into abuses”²³.

Proprio l’attenzione nei confronti di utilizzi didattici è riemersa con decisione dopo la seconda guerra mondiale, anche in veste di argomento per invogliare i paesi in via di sviluppo ad assumersi gli obblighi discendenti dall’adesione alla Convenzione di Berna.

II.1.2. Gli utilizzi a titolo illustrativo nella didattica

La rete delle eccezioni e limitazioni al diritto d’autore ha, nella formulazione attuale della Convenzione di Berna, una trama particolarmente complessa. Va anche sottolineato come non risulti sempre agevole individuare con chiarezza i principi dai quali le relative disposizioni hanno preso le mosse, e questo è solo in parte imputabile alla distanza temporale che spesso ha separato la loro rispettiva introduzione²⁴. Per quello che qui più direttamente interessa, le limitazioni al diritto d’autore che tengono conto della particolare finalità didattica dell’utilizzo rispondono, in senso lato, allo scopo di promuovere la circolazione, o disseminazione, della conoscenza²⁵.

L’Atto di Berna del 1886 già prevedeva, all’art. 8²⁶, un’espressa

²³ Come rammentato da M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Oxford, 2002, p. 258.

²⁴ T. DREIER in G. SCHRICKER, T. DREIER, P. KATZENBERGER, S. VON LEWINSKI (a cura di), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, 1997, p. 143, parla giustamente di una “unsystematische Anzahl historisch gewachsener Schrankenbestimmungen”. V. anche S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions - International Conventions and Treaties*, in *Intellectual Property Quarterly*, 1999, p. 62: “... it is perhaps difficult to enunciate any coherent principle or criteria on which these exceptions or limitations are based”.

²⁵ Cfr. L. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, L’Aia, 2002, p. 69.

²⁶ Nella versione francese: “En ce qui concerne la faculté de faire licitement des emprunts à des oeuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à

disposizione dedicata agli utilizzi a titolo illustrativo nella didattica:

“Per quanto concerne la facoltà di fare lecitamente degli estratti da opere letterarie od artistiche per pubblicazioni destinate all’insegnamento o aventi un carattere scientifico, o per antologie, restano riservati gli effetti della legislazione dei Paesi dell’Unione e degli accordi particolari stipulati o da stipularsi fra essi”.

L’origine²⁷ dell’art. 8 viene rintracciata in un emendamento proposto dalla delegazione tedesca, e ripreso nella bozza di Convenzione emersa dalla Conferenza Diplomatica di Berna del 1884, che contemplava la protezione reciproca nei Paesi dell’Unione di

“extraits, de fragments ou de morceaux entiers d’un ouvrage littéraire ou artistique ayant paru pour la première fois dans un autre pays de l’Union, pourvu que cette publication soit spécialement appropriée et adaptée à l’enseignement, ou qu’elle ait un caractère scientifique”²⁸.

L’intenzione dei proponenti tedeschi, che però non incontrò sufficienti consensi da parte degli altri delegati, era dunque quella di introdurre nella Convenzione una disciplina uniforme per estratti a

l’enseignement ou ayant un caractère scientifique, ou pour des chrestomathies, est réservé l’effet de la législation des pays de l’Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux”.

²⁷ Cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 494.

²⁸ Si prevedeva inoltre che fosse «licite la publication réciproque de chrestomathies composées de fragments d’ouvrages de divers auteurs, ainsi que l’insertion, dans une chrestomathie ou dans un ouvrage original publié dans l’un des pays de l’Union, d’un écrit entier de peu d’étendue publié dans un autre pays de l’Union», mentre veniva considerata riproduzione illecita la «insertion de compositions musicales dans les recueils destinés à des écoles de musique».

scopo didattico o scientifico. Il testo poi varato nel 1886²⁹ rimase sostanzialmente invariato³⁰ fino alla Conferenza di Revisione di Bruxelles del 1948. In quell'occasione si introdusse la specificazione che la misura di estratti consentiti doveva risultare giustificata dallo scopo da conseguire.

Nel corso della Conferenza di Stoccolma del 1967 alcuni paesi dell'Europa orientale proposero l'estensione della disposizione ad emissioni radiodiffuse e registrazioni sonore o visive³¹. Quest'ultima proposta, corredata dalle modifiche apportate da un *Working Group*³², venne accettata dalle altre delegazioni, e divenne la versione vigente dell'art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna, che recita:

“(R)estano fermi gli effetti della legislazione dei Paesi dell’Unione e degli accordi particolari tra essi stipulati o stipulandi, per quanto concerne la facoltà d’utilizzare lecitamente opere letterarie o artistiche a titolo illustrativo nell’insegnamento, mediante pubblicazioni, emissioni radiodiffuse o registrazioni sonore o visive, purché una tale utilizzazione sia fatta conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo”.

Così come nelle versioni precedenti, il testo attuale della Convenzione riconosce dunque ai Paesi dell'Unione la possibilità di contemplare nelle rispettive legislazioni nazionali delle lecite utilizzazioni a fini didattici di opere letterarie o artistiche. Ai sensi della

²⁹ *Supra*, nota 26.

³⁰ Modificata ne è invece la numerazione: l'art. 8 dell'Atto di Berna è diventato l'art. 10 (2) dell'Atto di Bruxelles.

³¹ Mentre i Paesi Bassi proponevano addirittura la cancellazione del paragrafo in questione, v. D. REIMER, E. ULMER, *Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft*, in *GRUR Int*, 1967, p. 445.

³² Cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 496.

II CAPITOLO

disposizione appena riportata, gli Stati aderenti possono prevedere, nel loro rispettivo ordinamento, un'eccezione ai diritti esclusivi degli autori, applicabile nei confronti delle opere che ricadono nel campo di applicazione della Convenzione, per utilizzazioni a titolo illustrativo nell'insegnamento.

Sulle attività da considerare di "insegnamento", già con riguardo all'Atto di Berna i delegati concordarono che si dovesse intendere tanto l'insegnamento primario che avanzato³³. Nel Rapporto della Commissione alla Conferenza di Stoccolma si sottolinea infatti come tale termine debba ricomprendere

“teaching at all levels – in educational institutions and universities, municipal and State schools, and private schools” ma non “(E)ducation outside these institutions, for instance general teaching available to the general public but not included in the above categories”³⁴.

L'attività di insegnamento che si qualifica per godere di un'eccezione ai sensi della Convenzione di Berna sembrerebbe dunque solo quella impartita dalle istituzioni menzionate, di natura sia privata che pubblica. Il livello dell'insegnamento è invece irrilevante, così come le concrete modalità di espletamento³⁵.

Per quanto attiene alla natura delle utilizzazioni esplicitamente consentite dalla Convenzione, si parla di pubblicazioni, nonché di emissioni radiodiffuse o registrazioni sonore o visive. Le registrazioni sonore e visive comprenderebbero cassette, registrazioni fonografiche e

³³ *Ibidem*, p. 494.

³⁴ Cfr. *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, 11 June-14 July, 1967*, 1148.

³⁵ Cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 498 e, dello stesso autore, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, Ginevra, 2003, p. 15.

film³⁶, e non vi sarebbe ragione di non estenderle oggi a delle fissazioni digitali delle opere³⁷. Interessante notare che l'inclusione della radiodiffusione e delle registrazioni sonore o visive aveva lo scopo di permettere ai docenti di “take full advantage of the new means of dissemination provided by modern technology”³⁸. Le tre modalità di utilizzazione menzionate mirano ad una diffusione del contenuto della lezione che va evidentemente oltre l'aula fisica in cui normalmente ha luogo il contatto frontale con gli studenti. Il fatto che ci si riferisca ad emissioni radiodiffuse mette poi necessariamente in conto che la lezione sia recepita da un insieme di soggetti ben più ampio della cerchia di alunni/studenti cui era originariamente destinata³⁹.

La disposizione copre l'utilizzazione di opere nell'ambito della didattica a condizione che essa sia “a titolo illustrativo nell'insegnamento”, conforme ai “buoni usi” e “nella misura giustificata dal suo scopo”. In particolare, la menzione del “titolo illustrativo nell'insegnamento” (“by way of illustration ... for teaching”; “à titre d'illustration de l'enseignement”), poi incorporato nel testo finale, appare per la prima volta nella proposta del *Working Group* formulata nel contesto della Conferenza di Stoccolma, la quale intendeva mediare fra le diverse posizioni espresse dai delegati in merito ad una formulazione coerente ed appropriata nelle due lingue ufficiali della Convenzione⁴⁰. Il requisito introdotto va dunque letto in

³⁶ V. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 498.

³⁷ S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford, 2006, § 13.45.

³⁸ Cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 498.

³⁹ Il *Main Committee I* votò espressamente contro una proposta della delegazione francese che mirava invece a limitare l'emissione radiodiffusa all'interno dell'istituzione di istruzione, cfr. S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, § 13.45.

⁴⁰ In particolare, la proposta di tradurre “emprunts” con “borrowings” era stata osteggiata dal delegato britannico, per il quale si sarebbe andati troppo oltre il

relazione ai due seguenti, costituendo nel complesso una formulazione sufficientemente elastica da permettere il superamento dell'*impasse* manifestatasi all'interno del *Main Committee I*.

Il secondo vincolo (conformità ai "buoni usi") acquisterebbe poi una specifica rilevanza nell'ambito di una valutazione da condurre tenendo conto delle circostanze del caso concreto, lasciando un certo spazio anche alla considerazione di particolarità locali⁴¹. D'altra parte, i criteri esplicitati nel *three-step test* ex art. 9, par. 2 della Convenzione potrebbero venire richiamati per dare concretezza al requisito in questione⁴². L'ultimo limite con riguardo alle utilizzazioni consentite è che lo scopo perseguito giustifichi "la misura" dell'utilizzazione. Non si parla più, così come era invece il caso nella versione del 1886, di "estratti da opere letterarie od artistiche", ampliando dunque la portata dell'esenzione rispetto alla versione precedente, risalente all'Atto di Berna del 1886⁴³.

La mancata indicazione di limiti quantitativi all'utilizzazione consentita rende la disposizione di flessibile applicazione, potendo ipotizzarsi una ripresa integrale dell'opera, e non solo di singole parti, se tutte le condizioni indicate dalla norma sono soddisfatte⁴⁴. Menzione può essere fatta in particolare dell'utilizzo di un'opera figurativa oppure

significato di "excerpts", dunque di singole parti dell'opera, cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 496.

⁴¹ S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 13.

⁴² Cfr. S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, §§ 13.41 e 13.45, con riguardo al medesimo requisito previsto dall'eccezione a fine di citazione (art. 10, par. 1 della Convenzione, che analizzeremo più avanti).

⁴³ Cfr. B. HUGENHOLTZ, R. OKEDIJI, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Open Society Institute (OSI), 2008, p. 51.

⁴⁴ Cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 496 e S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright*, cit., p. 66; D. REIMER, E. ULMER, *op. cit.*, p. 445.

di una breve opera letteraria⁴⁵. L'utilizzo di un'opera completa non sarebbe di per sé escluso ma più difficilmente giustificabile nel caso di lavori dalle dimensioni "significative"⁴⁶.

Infine, ai sensi dell'art. 10, par. 3 della Convenzione, l'utilizzazione a titolo illustrativo nell'insegnamento richiede obbligatoriamente la menzione della fonte e, se vi compare, del nome dell'autore.

II.1.3. La citazione

L'altra eccezione, particolarmente rilevante ai nostri fini, contenuta nella Convenzione di Berna, attiene al diritto di citazione. I benefici sociali ascritti a questa particolare compressione delle prerogative dell'autore non vengono di regola contestati: promozione della discussione critica, circolazione delle idee, incentivo al progresso scientifico e, più in generale, intellettuale, ecc. Non si negano neppure i vantaggi, anche patrimoniali, che l'autore può di regola ricavare dall'accresciuta notorietà come conseguenza della citazione altrui⁴⁷. A differenza dell'appena analizzata eccezione per utilizzazioni didattiche, la previsione di un diritto di citazione è obbligatoria per i Paesi dell'Unione a favore di opere tutelate ai sensi della Convenzione ("*Sono lecite⁴⁸ le citazioni*"). Ciò significa, in sintesi, che con riguardo alle opere straniere, i Paesi aderenti devono prevedere nella loro legislazione un diritto di citazione, nei limiti indicati dall'art. 10, par. 1.

L'introduzione nella Convenzione di una prima disposizione a

⁴⁵ V. S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, § 13.45.

⁴⁶ "(L)onger works" nelle parole di S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright*, cit., p. 66.

⁴⁷ Cfr. S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions - International Conventions and Treaties*, in *Intellectual Property Quarterly*, 1999, p. 65.

⁴⁸ Nei testi ufficiali della Convenzione: "(I)t shall be permissible" e "(S)ont licites les citations".

II CAPITOLO

favore del diritto di citazione risale alla Conferenza di Bruxelles del 1948. Tuttavia, già durante la Conferenza del 1885, al momento della discussione di quello che sarebbe diventato l'allora rubricato art. 8 sugli estratti da opere letterarie od artistiche per pubblicazioni destinate all'insegnamento⁴⁹, i delegati si accordarono che quella disposizione avrebbe dovuto permettere anche le citazioni⁵⁰.

L'art. 10, par. 1 (Versione di Bruxelles) prendeva tuttavia in considerazione le sole "brevi citazioni di articoli di giornali e di raccolte periodiche, anche in forma di riviste di stampa"⁵¹. A seguito dell'introduzione, fra i diritti minimi garantiti agli autori, di un diritto di riproduzione di carattere generale, il tenore della disposizione non poteva che apparire troppo restrittivo⁵². La versione attuale, fissata in occasione della Conferenza di Stoccolma del 1967, permette dunque citazioni da tutti i tipi di opere:

"(S)ono lecite le citazioni tratte da un'opera già resa lecitamente accessibile al pubblico, nonché le citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampe, a condizione che dette citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo".

La Convenzione non definisce la citazione. Nel senso comune, per citazione si intende la ripresa di parti di un'opera altrui, come frasi tratte da un testo scritto oppure passaggi da un'opera musicale. La citazione può avvenire per mezzo di riproduzione, ed anche attraverso modalità di diffusione non materiali, quali la recitazione pubblica o la radiodiffusione. La categoria di opere citabili ricomprende tutte quelle

⁴⁹ V. *supra*, nota 26.

⁵⁰ Cfr. S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, § 13.39.

⁵¹ In inglese: "press summaries".

⁵² Cfr. D. REIMER, E. ULMER, *op. cit.*, p. 445.

precedentemente rese accessibili al pubblico in modo lecito, non solo dunque opere pubblicate, nel senso della loro messa a disposizione in un certo numero di copie. Si può dunque citare, anche in forma scritta, una parte dell'opera eseguita in pubblico e mai pubblicata ai sensi dell'art. 3, par. 3 della Convenzione⁵³. La precisazione in merito alla "liceità" dell'accesso all'opera comprende l'ipotesi in cui quest'ultima sia stata fatta circolare sulla base di una licenza obbligatoria conforme agli artt. 11-*bis* e 13 della Convenzione.

Gli scopi specifici perseguiti per mezzo della citazione non vengono esplicitati in seno alla Convenzione, anche se dai lavori della Conferenza di Stoccolma risulta evidente come il pensiero dei partecipanti fosse ad ogni modo rivolto a scopi scientifici, critici, di informazione ed educativi⁵⁴. È interessante ricordare che proprio nel Rapporto del *Main Committee I* si spiega il mancato riferimento a degli scopi specifici dicendo che, ad ogni modo, l'indicazione degli scopi cui la citazione è volta non avrebbe mai potuto risultare esaustiva⁵⁵.

Così come l'eccezione a fine illustrativo nell'insegnamento, la legittimità dell'utilizzo a fini di citazione presuppone che vi sia la conformità ai buoni usi e che la misura dell'utilizzo sia giustificato dallo scopo. Il primo criterio potrebbe concretizzarsi alla luce degli elementi del *three-step test ex art. 9, par. 2 CB*, in modo parallelo a quanto detto sopra con riguardo alla limitazione per utilizzi nell'insegnamento. Con riguardo al secondo criterio, non si potrebbe negare a priori legittimità alla citazione di un'intera opera, ad esempio

⁵³ S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 491.

⁵⁴ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, Parere elaborato su incarico dell'australiano Centre for Copyright Studies Ltd., p. 13.

⁵⁵ Records 1967 (nota 34), 860-861. Esclusa sembrerebbe dunque la legittimità di citazioni del tutto superflue, non giustificate neppure da un intento di semplice intrattenimento.

allo scopo di critica di opere figurative di un determinato periodo storico, oppure di analisi di brevi composizioni poetiche⁵⁶. Una proposta della delegazione svizzera alla Conferenza di limitare la portata della disposizione alle citazioni brevi non fu accolta⁵⁷.

Una particolare modalità di citazione è presa in considerazione dallo stesso art. 10, par. 1 CB, cioè “le citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampe”. Nella versione inglese si parla di “press summaries”, e sono stati manifestati dei legittimi dubbi in merito all’assimilazione fra un “summary” (riassunto) ed una citazione, facendo concludere che probabilmente, almeno con riguardo alla versione inglese⁵⁸, si tratti di un “remnant of a provision of an earlier text of the Convention”⁵⁹.

II.2. Il three-step test nella Convenzione di Berna: cenni introduttivi

Ai sensi dell’art. 9, par. 2 della Convenzione di Berna, adottato nell’ambito della Conferenza di Revisione di Stoccolma del 1967, gli Stati membri dell’Unione possono contemplare nelle loro rispettive legislazioni delle limitazioni al diritto esclusivo di riproduzione dell’autore di opere letterarie ed artistiche, soddisfatte le condizioni specificate all’ivi esplicitato *three-step test*:

“è riservata alle legislazioni dei Paesi dell’Unione la facoltà di

⁵⁶ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, cit., p. 12.

⁵⁷ Cfr. D. REIMER, E. ULMER, *op. cit.*, p. 445.

⁵⁸ Nella versione francese, che ha qui evidentemente influenzato la traduzione in italiano del testo della Convenzione, si parla invece di “*revue de presse*”. Si ricorda che ai sensi dell’art. 37, par. 1, lett. c della Convenzione di Berna, in caso di divergenza di interpretazione fra la versione inglese e francese fa fede quest’ultima.

⁵⁹ Cfr. S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright*, cit., p. 65.

permettere la riproduzione delle predette opere in taluni casi speciali, purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera e non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore”.

Fra i punti salienti che caratterizzavano l'agenda in discussione alla Conferenza di Stoccolma vi era, fra l'altro, l'introduzione nel testo della Convenzione di un generale diritto di riproduzione, affiancato da alcune specifiche eccezioni e da una clausola dall'*ampia* formulazione che permettesse il riconoscimento di ulteriori esenzioni⁶⁰. La proposta adottata nel programma della Conferenza di Stoccolma formulava così l'art. 9, par. 2:

“(It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works (a) for private use; (b) for judicial or administrative purposes; (c) in certain particular cases where the reproduction is not contrary to the legitimate interests of the author and does not conflict with a normal exploitation of the work”.

La Conferenza si chiuse, come si è detto, con l'introduzione nel testo della Convenzione del diritto di riproduzione⁶¹ (all'art. 9, par. 1); si decise inoltre di demandare ai Paesi aderenti la valutazione in merito

⁶⁰ La proposta di inserire un generale diritto di riproduzione nel testo della Convenzione era stata fatta nell'ambito della precedente Conferenza di Revisione di Bruxelles. In quella sede appariva già evidente che non si sarebbe potuto contemplare un diritto di riproduzione nel testo della Convenzione senza accordo in merito alle eccezioni consentite, v. Ulmer in D. REIMER, E. ULMER, *op. cit.*, p. 443. La *minor reservations doctrine*, già avallata in occasione dell'introduzione nel testo unionista del diritto di pubblica esecuzione (sulla quale v. oltre, p. 31 s.), appariva invece inadeguata con riguardo alle eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione.

⁶¹ Senza tuttavia darle una definizione precisa, adottando l'ampia formulazione “in ogni modo o forma”.

a quali limitazioni al diritto di riproduzione adottare in concreto nel proprio rispettivo ordinamento, in conformità ad un nucleo di criteri di valutazione, che compongono da allora il c.d. test in tre fasi⁶².

Risulta interessante richiamare brevemente le diverse posizioni sostenute dai delegati nel corso della Conferenza di Stoccolma: da una parte in particolare la Francia, la Germania, ed i Paesi Bassi, che proponevano delle formulazioni tendenti a restringere il campo di applicazione delle eccezioni al diritto di riproduzione; dal lato opposto Paesi che premevano invece a favore della previsione di una licenza obbligatoria generale, in particolare l'India e la Romania. La proposta della Gran Bretagna di mantenere, leggermente modificato, il solo punto (c) del testo originariamente inserito nel programma della Conferenza, sopra riportato, favorevolmente accolta dal *Main Committee I*, offriva una pronta mediazione fra queste posizioni fra loro altrimenti difficilmente conciliabili⁶³.

Per quanto attiene alle ipotesi di eccezione o limitazione al diritto d'autore già espressamente disciplinate dalla Convenzione, così come le sopra menzionate eccezioni a favore della didattica e della citazione, emerse l'opinione che il *three-step test* non potesse trovare applicazione nei loro confronti, in quanto considerate disposizioni speciali, in deroga alla norma generale dell'art. 9, par. 2 della Convenzione di Berna⁶⁴. Ad un approfondito esame dei singoli elementi

⁶² Cfr. M. SENFTLEBEN, *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, in *GRUR Int*, 2004, p. 203.

⁶³ Cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 481; D. REIMER, E. ULMER, *op. cit.*, p. 443, i quali non si nascondono che l'aver introdotto nel testo della Convenzione un concetto così elastico quale il *three-step test* avrebbe forse condotto ad interpretazioni divergenti da parte delle Corti nazionali, nonché eventualmente troppo ampie. Per una precisazione delle eccezioni e limitazioni Eugen Ulmer in part. rimandava a successive Conferenze di Revisione.

⁶⁴ Cfr. S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 21. Tale non è stata tuttavia l'opinione di alcune corti nazionali, come nota

che compongono il *three-step test* ci dedicheremo oltre, nel contesto dello studio della Direttiva SocInfo.

II.3. Le eccezioni e limitazioni previste dalla Convenzione di Berna nel contesto dell'Accordo TRIPs

II.3.1. La portata applicativa del three-step test ex TRIPs

La successiva stipulazione dell'Accordo TRIPs⁶⁵ comporta una sostanziale modifica della portata del *three-step test* rispetto alle limitazioni del diritto d'autore previste dalla Convenzione di Berna. Negoziato come parte del c.d. *Uruguay Round* di revisione del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), tale accordo mirante a rimuovere le più significative barriere al commercio con riguardo ai diritti della proprietà intellettuale, incorpora le principali disposizioni delle convenzioni internazionali in materia di proprietà intellettuale, fra le quali la Convenzione di Berna⁶⁶. Inoltre, dà la possibilità agli Stati membri di invocare il sistema di risoluzione di controversie del GATT, ora Organizzazione Mondiale del Commercio (di seguito, WTO – *World Trade Organization*), nel caso di violazione di una qualsiasi delle sue disposizioni. Di conseguenza, il rispetto di Convenzione di

M. SENFLEBEN, *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, cit., p. 204 richiamando in particolare la sentenza “Zienderogen Kunst” della Hoge Raad neerlandese del 1990, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1991, 268, §§ 3.3 e 3.4.

⁶⁵ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Law del 15 aprile 1994, entrato in vigore il 1° gennaio 1995, cfr. GUCE L 336/213.

⁶⁶ Va brevemente rammentata la diversa finalità ultima dell'Accordo TRIPs rispetto alla Convenzione di Berna: mentre la seconda, come si è visto, mirava a stabilire un livello minimo di protezione per il diritto d'autore, la prima considera la protezione della proprietà intellettuale in modo strumentale allo scopo di ridurre le distorsioni e gli impedimenti al commercio internazionale, dunque in particolare attraverso un'armonizzazione della tutela su scala mondiale.

Berna è diventata una condizione dell'accesso al WTO.

L'art. 9, par. 1 dell'Accordo TRIPs regola il rapporto con la Convenzione di Berna stabilendo che:

“(1) I Membri si conformano agli articoli da 1 a 21 della Convenzione di Berna (1971) e al suo annesso. Tuttavia essi non hanno diritti né obblighi in virtù del presente Accordo in relazione ai diritti conferiti dall'art. 6-*bis*⁶⁷ della medesima Convenzione o ai diritti da esso derivanti”.

Il *three-step test* dell'art. 9, par. 2 della Convenzione di Berna viene in questo modo incorporato, allo stesso tempo delle altre norme richiamate, nell'Accordo TRIPs⁶⁸.

⁶⁷ Art. 6-*bis*, sul diritto morale dell'autore: “1) Indipendentemente dai diritti patrimoniali d'autore, ed anche dopo la cessione di detti diritti, l'autore conserva il diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi ad ogni deformazione, mutilazione od altra modificazione, come anche ad ogni altro atto a danno dell'opera stessa, che rechi pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione. 2) I diritti riconosciuti all'autore in forza dell'alinea precedente sono, dopo la sua morte, mantenuti almeno fino all'estinzione dei diritti patrimoniali ed esercitati dalle persone o istituzioni a tal fine legittimate dalla legislazione nazionale del Paese in cui la protezione è richiesta. Tuttavia, i Paesi la cui legislazione, in vigore al momento della ratifica del presente Atto o dell'adesione ad esso, non contiene disposizioni assicuranti la protezione, dopo la morte dell'autore, di tutti i diritti a lui riconosciuti in forza dell'alinea precedente, hanno la facoltà di stabilire che taluni di questi diritti non siano mantenuti dopo la morte dell'autore. 3) I mezzi di ricorso per la tutela dei diritti di cui al presente articolo sono regolati dalla legislazione del Paese dove la protezione è richiesta”.

⁶⁸ Va peraltro rammentato che successive disposizioni dell'Accordo TRIPs, dedicate ad altri titoli della proprietà intellettuale, si rifanno più o meno fedelmente all'art. 9, par. 2 della Convenzione di Berna: l'art. 17 in materia di marchi (“I Membri possono prevedere limitate eccezioni ai diritti conferiti da un marchio, come il leale uso di termini descrittivi, purché tali eccezioni tengano conto dei legittimi interessi del titolare del marchio e dei terzi”), l'art. 26, par. 2 sui disegni industriali (“I Membri possono prevedere limitate eccezioni alla protezione dei disegni industriali, purché tali eccezioni non siano indebitamente in contrasto con il normale sfruttamento dei disegni industriali protetti e non pregiudichino in modo ingiustificato i legittimi interessi del

Inoltre, al successivo art. 13 il test è direttamente contemplato dall'Accordo TRIPs:

“(I) Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare”.

Si ha dunque una duplice presenza del *three-step test* nell'accordo internazionale qui esaminato, sia per incorporazione degli articoli della Convenzione di Berna (*ex art. 9, par. 2 TRIPs*), che per espressa previsione (*ex art. 13 TRIPs*). A differenza di quanto stabilito nella Convenzione di Berna, il test *ex art. 13 TRIPs* non si applica al solo diritto di riproduzione, ma, ai “diritti esclusivi”, senza specificare tuttavia quali. Secondo l'interpretazione prevalente⁶⁹, il *three-step test* di cui all'art. 13 TRIPs assumerebbe lo status di un meccanismo generale di verifica nei confronti di *ogni* eccezione ai diritti esclusivi dell'autore sulla base della Convenzione di Berna e dell'Accordo TRIPs stesso⁷⁰. Oltre al diritto di riproduzione (art. 9, par. 1 CB), il test

titolare del disegno protetto, tenuto conto dei legittimi interessi dei terzi”) e l'art. 30 sui brevetti (“I Membri possono prevedere limitate eccezioni ai diritti esclusivi conferiti da un brevetto, purché tali eccezioni non siano indebitamente in contrasto con un normale sfruttamento del brevetto e non pregiudichino in modo ingiustificato i legittimi interessi del titolare, tenuto conto dei legittimi interessi dei terzi”).

⁶⁹ V. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, cit., p. 42; M. FICSOR, *op. cit.*, p. 302-303 e S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, § 13.101. Questa è anche l'opinione del Panel del WTO nell'ambito del procedimento sulla Sec. 110, par. 5 del *Copyright Act* statunitense sulla quale torneremo diffusamente in seguito.

⁷⁰ Tale conclusione, come nota M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 90, sarebbe poi del tutto in linea con quell'intento di armonizzazione in un'ottica pro-scambista che caratterizza l'Accordo TRIPs: “... to promote international trade by guaranteeing a similar standard of copyright protection worldwide”.

II CAPITOLO

si applicherà dunque nei confronti dei diritti di traduzione (art. 8 CB), esecuzione pubblica (art. 11 CB), radiodiffusione (art. 11-*bis* CB), recitazione pubblica (art. 11-*ter* CB), adattamento (art. 12 CB), nonché nei confronti di limitazioni ed eccezioni del diritto di noleggio di programmi per elaboratore ed opere cinematografiche (art. 11 TRIPs)⁷¹.

Le eccezioni e limitazioni specificatamente previste dalla Convenzione di Berna, e dunque in particolare le sopra analizzate disposizioni sulle utilizzazioni didattiche ed il diritto di citazione, non sono tuttavia, a seguito dell'applicazione generalizzata del *three-step test ex art. 13 TRIPs*, divenute obsolete. Si rammenti che, ai sensi dell'art. 20 CB, disposizione incorporata nell'Accordo TRIPs dall'art. 9, par. 1, i Paesi dell'Unione possono stipulare fra loro accordi particolari che attribuiscono agli autori diritti più ampi di quelli garantiti dalla Convenzione e che non siano con quest'ultima in contrasto. I Paesi aderenti alla Convenzione di Berna potrebbero dunque, in virtù di accordi fra loro intercorrenti quali appunto il TRIPs, estendere i diritti minimi riconosciuti agli autori sulla base della Convenzione stessa, ma non limitarli, in particolare attraverso l'introduzione di eccezioni da quest'ultima non contemplate.

Si consideri poi l'art. 2, par. 2 dell'Accordo TRIPs in base al quale

“(2) (N)essuna disposizione delle parti da I a IV del presente Accordo pregiudica gli eventuali obblighi reciproci incombenti ai Membri in forza della Convenzione di Parigi, della Convenzione di Berna, della Convenzione di Roma e del Trattato sulla proprietà intellettuale in materia di semiconduttori”.

⁷¹ Di tali nuovi diritti minimi previsti dall'Accordo TRIPs a favore dell'autore si parla appunto come di “Berna-Plus”, v. nel dettaglio P. KATZENBERGER, *TRIPs und das Urheberrecht*, in *GRUR Int*, 1995, p. 466.

Di conseguenza, un'esenzione prevista da uno Stato membro del WTO dovrebbe comunque risultare compatibile con il sistema delle eccezioni e limitazioni così come strutturato dalla Convenzione di Berna. Inoltre, come si è già detto, una tale eccezione o limitazione già compatibile con Berna è tenuta a rispettare i requisiti del test in tre fasi *ex* Accordo TRIPs⁷². Con riguardo alle limitazioni che qui più direttamente interessano, previste all'art. 10, parr. 1 e 2 della Convenzione di Berna, non sembra possano sussistere dubbi in merito alla loro compatibilità con l'art. 13 TRIPs⁷³.

Riassumendo, la presenza del test nell'Accordo TRIPs non dovrebbe diventare uno strumento per ampliare le eccezioni già previste dalla Convenzione di Berna ed intaccare così i diritti minimi a favore degli autori. L'unico risultato dell'applicazione del *three-step test* *ex* art. 13 Accordo TRIPs potrebbe essere una contrazione della portata delle limitazioni ed eccezioni rispetto a quanto previsto dalla Convenzione di Berna, non una loro estensione. Diversamente, il rispetto della Convenzione di Berna non va ovviamente verificato con riguardo ai diritti introdotti direttamente dall'Accordo TRIPs, dunque i diritti di noleggio ai sensi dell'art. 11 e dell'art. 14, par. 4. Le eccezioni e limitazioni ai diritti di noleggio previste nelle legislazioni degli Stati membri devono dunque risultare compatibili con il solo *three-step test* *ex* art. 13 Accordo TRIPs.

II.3.2. Il Panel del WTO sul three-step test applicato al diritto d'autore

In merito alla portata delle eccezioni e limitazioni previste dalla Convenzione di Berna e sul ruolo del *three-step test* nel contesto dell'Accordo TRIPs ha già avuto occasione di pronunciarsi il Panel del

⁷² S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 48 s.

⁷³ Cfr. S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, § 13.110.

WTO⁷⁴. La decisione del Panel è stata sollecitata dall'Unione europea per conto della società irlandese di gestione dei diritti degli esecutori⁷⁵ (IMRO). Oggetto della controversia era la Sec. 110, par. 5, lett. (a) e (b) del *Copyright Act* statunitense, modificato nel 1998 sulla base del *United States Fairness in Music Licensing Act*, che esonerava un ampio insieme di esercizi di vendita al dettaglio e ristoranti dal chiedere l'autorizzazione per l'esecuzione pubblica di opere musicali nei loro locali tramite radio e telediffusione⁷⁶. A detta della Commissione CE, tale disposizione avrebbe violato le obbligazioni internazionali discendenti dall'Accordo TRIPs in quanto risultava in contrasto con i diritti minimi garantiti agli autori sulla base degli artt. 11, par. 1, n. 2 e 11-*bis*, par. 1, n. 3 della Convenzione di Berna, incorporati, come abbiamo appena ricordato, tramite l'art. 9, par. 1 nell'Accordo TRIPs. Il governo statunitense replicava che l'Accordo TRIPs avrebbe

⁷⁴ Report del WTO Panel, United States - Section 110 (5) of the US *Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 giugno 2000. Cfr. in part. M. SENFTLEBEN, *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? - WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, p. 407 ss.

⁷⁵ La società irlandese aveva presentato una denuncia ai sensi dell'art. 4 del Reg. 3286/94 del 22 dicembre 1994 sugli ostacoli agli scambi, in GUCE L 349 del 31.12.1994 modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 356/95 del 20.02.1995 (GUCE L 41 del 23.02.1995).

⁷⁶ Prima della modifica menzionata nel testo, il *Copyright Act* statunitense prevedeva solo la c.d. eccezione *homestyle* o *Aiken* dal nome del gestore di un piccolo negozio di fast-food, al quale la Corte Suprema statunitense nel 1975 riconobbe ragione nella vertenza che lo opponeva alla Twentieth Century Music Corporation, la cui musica veniva ascoltata tramite radio e quattro altoparlanti nei locali di Aiken, cfr. *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975). L'eccezione ora prevista dalla Sec. 110, par. 5 (b) del *Copyright Act* è più ampia dell'originaria eccezione *Aiken* così come formulata dalla Corte, v. nel dettaglio B. GOLDMANN, *Victory for Songwriters in WTO Music-Royalties Dispute Between U.S. and EU - Background of the Conflict Over the Extension of Copyright Homestyle Exemption*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2001, p. 418.

incorporato anche le *minor reservations* della Convenzione di Berna, e che il *three-step test* ai sensi dell'art. 13 TRIPs forniva lo standard in base al quale valutare la legittimità delle eccezioni implicite nella Convenzione.

Alle *minor reservations* si fa riferimento nelle Conferenze di Revisione di Bruxelles del 1948, e di Stoccolma del 1967⁷⁷. Da non confondersi con le “riserve” ai sensi dell'art. 30 CB, le *minor reservations* vanno intese nel senso di “eccezioni implicite” ai diritti minimi previsti nella Convenzione di Berna. Nel corso della Conferenza di Bruxelles si era infatti introdotto un nuovo articolo 11, par. 1 avente ad oggetto il diritto di esecuzione in pubblico. A quel punto sorse legittimamente l'interrogativo se eccezioni “minori” a tale diritto già previste nelle legislazioni nazionali, come ad esempio esecuzioni pubbliche in occasione di culti religiosi o feste nazionali, fossero da considerare lecite e, in caso di risposta affermativa, attraverso quale meccanismo. Risultò subito chiaro a molti delegati che un'elencazione esaustiva di tutte le eccezioni al diritto di esecuzione in pubblico sarebbe risultata impraticabile. Al contempo, la soppressione di tali eccezioni minori avrebbe incontrato l'opposizione di molti Paesi aderenti, dato anche il rilievo pubblico e culturale delle stesse. Prevalse così un consenso politico ad un approccio consapevole e rispettoso di tali eccezioni, che prescindesse tuttavia da un riferimento esplicito ad esse nel testo della Convenzione⁷⁸. Il Rapporto Generale della Conferenza di Bruxelles fa riferimento a “religious ceremonies, military bands and the needs of the child and adult education” come ad esempi in cui avrebbero potuto applicarsi le eccezioni previste da Stati membri

⁷⁷ V. parr. 50.0 ss. del *Report* del WTO Panel (nota 74).

⁷⁸ La mancanza di un riferimento esplicito si spiega con il timore che esso potesse venire letto come un incitamento ad incorporare, in ordinamenti che non le prevedessero, nuove eccezioni al diritto in questione, cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 533.

dell'Unione⁷⁹.

L'utilizzo consentito dalla legislazione statunitense (dunque l'esecuzione pubblica di opere musicali in locali di vendita al dettaglio e ristoranti) non è coperto dall'espressa eccezione *ex art. 11-bis*, par. 2 della Convenzione di Berna in quanto non è prevista alcuna remunerazione per l'autore⁸⁰. La questione specificatamente affrontata dal Panel, in assenza di un'eccezione esplicita, atteneva dunque all'applicabilità nell'ambito dell'Accordo TRIPs di una c.d. *minor reservation* ai sensi della Convenzione di Berna⁸¹.

Come precisato dal Panel, le *minor reservations* non fanno parte della lettera esplicita della Convenzione di Berna ma si integrano alla stessa nella forma di *ancillary agreements* ai sensi dell'art. 31, par. 2, lett. a della Convenzione di Vienna⁸². Si può dunque discutere se l'incorporazione della Convenzione di Berna attraverso l'art. 9, par. 1 degli Accordi TRIPs si riferisca al solo testo della Convenzione (artt. 1-21) oppure si estenda al suo *acquis*, dunque alle interpretazioni ed accordi elaborati nell'ambito delle varie conferenze di revisione della Convenzione di Berna. Secondo il Panel del WTO, corretta sarebbe in ogni caso la seconda opinione; la principale ragione addotta è che il già ricordato art. 9, par. 1 dell'Accordo TRIPs non lo esclude espressamente⁸³. Di conseguenza, le eccezioni previste dalle legislazioni nazionali, per non violare l'obbligazione di cui all'art. 2, par. 2 Accordo

⁷⁹ Il *rapporteur général*, Marcel Plaisant, aggiungeva: “(Y)ou will understand that these references are just lightly pencilled in here, in order to avoid damaging the principle of the right”, da S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 534.

⁸⁰ V. *Report* del WTO Panel (nota 74), par. 87.0.

⁸¹ Vedi par. 42.0 ss. del *Report* del WTO Panel (nota 74).

⁸² Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ratificata dall'Italia ai sensi della legge n. 112 del 1974, in *Suppl. ordinario alla Gazz. Uff.*, 30 aprile, n. 111.

⁸³ V. par. 63.0 ss. del *Report* del WTO Panel (nota 74). Vi sarebbero poi dei documenti ufficiali prodotti nell'ambito delle negoziazioni TRIPs che vi fanno riferimento.

TRIPs, dovrebbero risultare compatibili con le eccezioni ammesse alla luce della Convenzione di Berna, sia quelle espresse che quelle implicite.

L'essenza della posizione statunitense, per quello che qui più direttamente interessa, è che l'art. 13 dell'Accordo TRIPs (il *three-step test*) chiarirebbe ed espliciterebbe il contenuto della *minor reservations doctrine*. Questo è anche l'avviso del Panel, che applica dunque il test in oggetto alla Sec. 110, par. 5, lett. (a) e (b) del *Copyright Act* statunitense. Sulla base di approfondite analisi il Panel giunge alla conclusione che vi sarebbe una violazione dell'art. 13 TRIPs per quanto attiene all'eccezione di cui alla lett. (b) (c.d. *business exception*), ma non della lett. (a) della Sec. 110, par. 5.

Il *Report* del WTO Panel offre un'importante, anche se non del tutto condivisibile, interpretazione dei singoli elementi che compongono il *three-step test*, e per questa ragione verrà ripresa e discussa più avanti⁸⁴.

II.4. Il three-step test nel World Copyright Treaty (WCT)

Anche nell'ambito dei Trattati "Internet" dell'OMPI⁸⁵ il test trova un posto di rilievo. Il Trattato OMPI sul diritto d'autore (*World Copyright Treaty*, di seguito WCT) è di particolare rilevanza per il contesto digitale e la trasmissione online delle opere⁸⁶. Diversamente dagli Accordi TRIPs che, come si è visto al paragrafo precedente, erano

⁸⁴ V. *infra* p. 99 ss.

⁸⁵ Trattato OMPI sul diritto d'autore (WCT) e Trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (WPPT). Non costituendo una revisione della Convenzione di Berna, i Trattati OMPI si qualificano come "accordi particolari" ai sensi dell'art. 20 della stessa, v. art. 1, par. 1 WCT.

⁸⁶ Questioni lasciate aperte dalle negoziazioni a livello internazionale, fluite in un primo tempo nell'Accordo TRIPs.

mossi dall'intento di agevolare lo svolgimento del commercio internazionale, con i Trattati OMPI la comunità internazionale voleva reagire alle evoluzioni tecnologiche maturate negli ultimi decenni del secolo passato e generalmente percepite come una minaccia per il sistema del diritto d'autore.

Prima di tutto, il WCT contempla un nuovo diritto di comunicazione al pubblico definito come il "diritto esclusivo di autorizzare ... la messa a disposizione del pubblico delle ... opere, in modo che chiunque possa liberamente accedervi da un luogo o in un momento di sua scelta". Con ciò si è fissato a livello internazionale il principio per cui la semplice "messa a disposizione" di opere per un accesso *on demand* rientra nel concetto di comunicazione al pubblico⁸⁷.

Inoltre, gli artt. 11-12 del WCT prevedono che gli Stati obbligatoriamente adottino un'adeguata tutela giuridica "contro l'elusione delle misure tecnologiche utilizzate dagli autori ... allo scopo di impedire che vengano commessi, nei confronti delle loro opere, atti non autorizzati dagli autori stessi o vietati per legge" e contro chi rimuova o alteri "qualunque informazione elettronica sulla gestione dei diritti senza previo consenso"⁸⁸. Particolarmente significativo ai fini del nostro argomento è infine l'art. 10 WCT, che disciplina il campo di applicazione del *three-step test*.

Il test all'esame è incorporato nel WCT tramite l'art. 1, par. 4, in cui si stabilisce che le Parti contraenti si conformano agli articoli da 1 a 21 e all'Annesso della Convenzione di Berna. Per quanto concerne il diritto di riproduzione, si applica dunque il *three-step test* dell'art. 9,

⁸⁷ Irrilevanti al fine del concetto di comunicazione al pubblico è dunque la circostanza che il "pubblico" sia riunito in un stesso luogo, e che abbia accesso all'opera simultaneamente.

⁸⁸ Quest'ultima è dunque la tutela specifica a favore dei sistemi elettronici di informazione per la gestione dei diritti.

par. 2 Convenzione di Berna⁸⁹. Vi è poi una Dichiarazione Concordata con riguardo all'art. 1, par. 4 in cui si afferma che

“(Il diritto di riproduzione sancito dall’articolo 9 della Convenzione di Berna e le eccezioni ivi previste si applicano di diritto all’ambiente digitale, in particolare all’utilizzazione dell’opera in formato digitale. Resta inteso che il caricamento su supporto elettronico di un’opera protetta in formato digitale costituisce riproduzione ai sensi dell’articolo 9 citato”.

La formulazione appena ricordata va inserita nel contesto della Conferenza Diplomatica in cui ha visto la luce. Si rammenti in particolare l’animato dibattito fra i delegati sulla questione della ridefinizione del diritto di riproduzione *ex art. 9, par. 1* della Convenzione di Berna al fine di ricomprendere esplicitamente le riproduzioni effimere⁹⁰. Come argomentato da alcuni Stati, non vi sarebbe invece stato bisogno di alcun intervento, in quanto l’ampia formulazione dell’art. 9, par. 1 della Convenzione di Berna (“in qualsiasi maniera e forma”) le avrebbe già ricomprese⁹¹. Alla fine si decise di ribadire l’applicazione dell’art. 9 CB al diritto di riproduzione nel contesto digitale, integrato però dalla Dichiarazione sopra richiamata⁹². Rimangono tuttavia svariati dubbi in merito alla reale portata dell’espressione scelta, così come si vedrà più avanti in particolare nel contesto dell’interpretazione della Direttiva SocInfo.

Inoltre, ai sensi in particolare dell’art. 10, par. 1 WCT:

⁸⁹ Questo, anche nell’eventualità che il Paese non abbia aderito alla Convenzione di Berna.

⁹⁰ S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, § 13.117.

⁹¹ Cfr. S. LEWINSKI VON, *Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten*, in *GRUR Int*, 1997, p. 672 s. Riprenderemo più avanti questo argomento, in part. p. 72 ss.

⁹² Si noti però che lo status come obbligazione vincolante non è specificato.

II CAPITOLO

“(1) Le Parti contraenti hanno la facoltà di prevedere, nella propria legislazione, limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi degli autori di opere letterarie e artistiche contemplati dal presente trattato, in taluni casi speciali che non siano in conflitto con la normale utilizzazione economica dell’opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare.”

Come conseguenza del primo paragrafo dell’art. 10, il *three-step test* va dunque applicato a tutte le limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi degli autori di opere letterarie e artistiche contemplate dal WCT, e perciò ai diritti di distribuzione (art. 6), di noleggio (art. 7) e di comunicazione al pubblico (art. 8). Il test si applica direttamente alle disposizioni nazionali che comprimono le esclusive dell’autore introdotte dal WCT. In assenza di tale disposizione, il WCT non permetterebbe alcuna eccezione o limitazione a questi ai diritti da esso contemplati da parte delle legislazioni nazionali.

Il par. 2 dell’art. 10 WCT prevede poi l’applicazione del test a tutti i diritti protetti dalla Convenzione di Berna

“(2) Le Parti contraenti, nell’applicare la Convenzione di Berna, circoscrivono le limitazioni o le eccezioni di cui sopra a taluni casi speciali che non contrastino con la normale utilizzazione economica dell’opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare”.

La formulazione della disposizione appena vista sembrerebbe imporre ai membri del WTO, in modo parallelo a quanto abbiamo riscontrato sopra con riguardo all’art. 13 dell’Accordo TRIPs, l’obbligo di applicare il test a tutte le eccezioni e limitazioni inserite nelle loro legislazioni, oltre a quanto già previsto dalla Convenzione di Berna. In altri termini, tutte le eccezioni e limitazioni,

ed anche le *minor reservations* disciplinate dalle legislazioni nazionali, e compatibili con la Convenzione di Berna, andrebbero ulteriormente sottoposte al *three-step test* del WCT. Nei confronti di una tale eventualità⁹³ emerge, dal resoconto delle discussioni nell'ambito del *Main Committee I* della Conferenza Diplomatica, l'inequivocabile opposizione da parte di vari rappresentanti di Stati membri, i quali paventavano un sostanziale svuotamento di eccezioni e limitazioni essenziali alla società civile e riconosciute dalla Convenzione di Berna⁹⁴.

Il terzo periodo della Dichiarazione Concordata in merito all'art. 10 ha proprio lo scopo di escludere una tale eventualità. Si legge infatti che

“(I)t is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in

⁹³ Il Basic Proposal per la Conferenza Diplomatica (Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning The Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference - Doc. No. CRNR/DC/4, 1996) era formulato proprio in questi termini: “It bears mention that this Article [Art. 10, par. 2] is not intended to prevent Contracting Parties from applying limitations and exceptions traditionally considered acceptable under the Berne Convention. It is, however, clear that all limitations currently included in national legislations would correspond to the conditions now being proposed. In the digital environment formally ‘minor reservations’ may in reality undermine important aspects of protection. Even minor reservations must be considered using sense and reason. The purpose of protection must be kept in mind”, da S. RICKETSON, J. GINSBURG, *op. cit.*, § 13.126.

⁹⁴ Da S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 61. V. anche M. SENFLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 98.

the digital network environment. It is also understood that Article 10 (2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention”.

Si afferma dunque con decisione che il *three-step test* (ex art. 10, par. 2 WCT) va inteso nel senso di non permettere né un ampliamento, né, più importante in questo contesto⁹⁵, una *riduzione* del campo di applicazione delle limitazioni ed eccezioni permesse dalla Convenzione di Berna. Di conseguenza, gli Stati membri non sono tenuti a modificare le eccezioni e limitazioni previste nei loro ordinamenti che, conformi alla Convenzione di Berna, non superino tuttavia il test dell’art. 10, par. 2 WCT⁹⁶. In altri termini, si può pensare a delle limitazioni ed eccezioni trasposte dal mondo analogico a quello digitale conformi alla Convenzione di Berna, ma che non soddisfano il *three-step test* ex art. 10, par. 2 WCT. La formulazione più restrittiva imposta alle eccezioni e limitazioni dall’art. 10, par. 2 WCT risulterebbe in contrasto con quanto affermato dalla Dichiarazione Concordata con riguardo all’applicazione dello stesso (non restrizione del campo di applicazione delle eccezioni e limitazioni presenti nella Convenzione di Berna) e non dovrebbe dunque risultare possibile.

Poiché l’applicazione del test *ex* WCT, come si è appena visto, non può modificare la portata delle limitazioni ed eccezioni compatibili con la Convenzione di Berna, può legittimamente porsi l’interrogativo su quale ne sia allora la funzione. Se le eccezioni e limitazioni, ma anche le *minor reservations* disciplinate dalle legislazioni nazionali e compatibili con la Convenzione di Berna, non possono venire limitate

⁹⁵ L’ampliamento dovrebbe tuttavia già risultare escluso in quanto, se l’eccezione o la limitazione non è compatibile con la Convenzione di Berna, non è comunque lecita, e non si pone (più) la necessità di una verifica con il *three-step-test*.

⁹⁶ S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 63.

dall'applicazione del test, il ruolo attribuito alla verifica *ex art. 10*, par. 2 WCT potrebbe comunque essere quello di permettere una più concreta definizione del rispettivo campo di applicazione⁹⁷. Così, ad esempio, il concetto di “buoni usi” ai sensi dell’art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna in merito all’eccezione didattica potrebbe venire concretizzato con l’ausilio del *three-step test*⁹⁸.

Un diverso passaggio della Dichiarazione Concordata al quale si sarebbe forse tentati di attribuire (più) ampie ripercussioni è la menzione della possibilità di introdurre nuove eccezioni e limitazioni non contemplate dalla Convenzione di Berna. Si dice infatti al secondo periodo che le disposizioni dell’art. 10 WCT andrebbero intese nel senso di permettere alle parti contraenti di concepire *nuove* eccezioni e limitazioni appropriate al contesto digitale. L’art. 10, par. 2 sembrerebbe dunque autorizzare l’introduzione nelle legislazioni nazionali di limitazioni ed eccezioni *non* previste dalla Convenzione di Berna. Tuttavia, per quello che si è già detto, se il WCT avesse voluto disciplinare delle eccezioni e limitazioni ulteriori rispetto a quanto previsto dalla Convenzione di Berna, queste avrebbero dovuto essere espressamente considerate dal Trattato⁹⁹. D’altra parte, la già rammentata Dichiarazione Concordata andrebbe letta anche alla luce del quinto Considerando del Preambolo al WCT, che riconosce “la necessità di un equilibrio fra i diritti degli autori e un superiore pubblico interesse, in particolare in materia di istruzione, ricerca e accesso all’informazione”¹⁰⁰.

⁹⁷ Così M. SENFTLEBEN, *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, cit., p. 205. In questo senso anche il WTO-Panel.

⁹⁸ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 124.

⁹⁹ S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 63.

¹⁰⁰ La frase si conclude con la precisazione “quale si desume dalla Convenzione di Berna”. A detta di J. REINBOTHE, S. LEWINSKI VON, *The WIPO Treaties*, 1996, Londra, p. 22, l’aggiunta sarebbe servita a chiarire che la necessità di garantire l’accesso

II.5. Qualche valutazione conclusiva in merito all'inquadramento internazionale dell'eccezione didattica

Nel contesto internazionale, l'eccezione didattica vanta una presenza che, come si è rammentato, risale alla prima versione della Convenzione di Berna, dunque l'Atto del 1886, dimostrando una significativa capacità di resistenza ai vari attacchi che le sono stati sferrati a pressoché ogni occasione di (ri)negoziazione di trattati sul diritto d'autore¹⁰¹. Il monito di Numa Droz precedentemente richiamato¹⁰² non ha perso di attualità. Neppure in sede di negoziazione del WTO, e dunque in un contesto in cui la preoccupazione dominante era il rafforzamento della tutela dell'autore, l'esigenza di salvaguardia di interessi diffusi, quali quello educativo, è andata del tutto trascurata¹⁰³.

Il quadro che emerge dalla breve analisi dei trattati internazionali di diritto d'autore sopra proposta è comunque piuttosto complesso. In primo luogo, vi è stata una stratificazione nel tempo delle singole fattispecie di limitazioni ed eccezioni, in particolare con riguardo alla Convenzione di Berna. Come si è già sottolineato, e questo aspetto verrà ripreso quando analizzeremo l'omologa esenzione

all'informazione era già alla base di alcune delle eccezioni previste dalla Convenzione di Berna.

¹⁰¹ Come notano A. KUR, H. GROSSE RUSE KAHN, *Enough is Enough – The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09-01, p. 8, “once rights have been inscribed into the text of an IP convention, they basically become sacrosanct for now and the future. Revision conferences (with only a few remarkable exceptions) have regularly served the purpose of further strengthening the position of right holders; hardly ever was an effort undertaken to question or cur-tail incumbent rules” (nota omessa).

¹⁰² *Supra*, a p. 12.

¹⁰³ Si rammentino in part. la Dichiarazione Concordata ed il quinto Considerando del Preambolo al WCT.

prevista nella Direttiva SocInfo, le formulazioni utilizzate nella Convenzione di Berna per circoscrivere le eccezioni e limitazioni del diritto d'autore a fini in senso lato didattici sono volutamente ampie. Le esenzioni possibili non vengono nettamente circoscritte ma devono giustificarsi sulla base dello "scopo" ed in conformità ai "buoni usi". La loro applicazione sembrerebbe dunque lasciare sostanziali raggii di manovra ai legislatori nazionali, agevolati nella salvaguardia e/o introduzione negli ordinamenti interni di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in osservanza delle rispettive tradizioni giuridiche¹⁰⁴. In secondo luogo, l'accresciuta popolarità del *three-step test*, così come esplicitata dalla sua inclusione sia nell'Accordo TRIPs che nel WCT, ha introdotto ulteriori margini sia di flessibilità¹⁰⁵ che, di incertezza¹⁰⁶.

Dal punto di vista di un singolo Paese, il trattamento delle opere straniere e, di – logica – conseguenza¹⁰⁷, anche delle nazionali dipende dalla ratifica/accettazione di uno o più di quegli atti transnazionali. Al settembre del 2009, 164 Paesi hanno aderito alla

¹⁰⁴ Cfr. M. SENFLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 82.

¹⁰⁵ Il Presidente del *Main Committee I* della Conferenza di Revisione di Stoccolma, Eugen Ulmer, era ben consapevole che il *three-step test* avrebbe lasciato ai legislatori nazionali ampi margini di azione: "Im ganzen kann die Lösung, die in Stockholm gefunden wurde, als befriedigend angesehen werden. Unleugbar ist freilich, daß sie in ihrer Elastizität der Auslegung durch die nationale Gesetzgebung einen Spielraum läßt, der unter Umständen zu weit gezogen wird. Eine solche Elastizität war aber bei der erstmaligen Regelung der Frage in der Konvention nicht zu vermeiden. Es kam darauf an, zunächst eine Grundlage zu schaffen, auf der später weiter gearbeitet werden kann, insbesondere dadurch, daß man für Einzelfragen, wie das Fotokopierproblem, auf künftigen Revisionskonferenzen präzisere Regeln trifft", cfr. D. REIMER, E. ULMER, *op. cit.*, p. 444. Come noto, tuttavia, quelle precisazioni che secondo Eugen Ulmer sarebbero state auspicabili, non sono mai state formulate, anche a causa dell'immobilità, a tutt'oggi, del testo della Convenzione dalla Conferenza di Parigi del 1971.

¹⁰⁶ Incertezza legata essenzialmente alla per nulla facile interpretazione/applicazione del *three-step test*, come vedremo oltre, p. 99 ss.

¹⁰⁷ *Supra*, p. 11.

Convenzione di Berna, 70 al WCT ed il WTO conta 153 membri. Se è dunque immaginabile che al mondo vi siano Stati che hanno ratificato solo la Convenzione di Berna¹⁰⁸ (o che siano solo membri del WTO), più spesso uno Stato è tenuto all'osservanza diretta di più d'uno dei trattati internazionali sopra brevemente analizzati. Si è poi già detto dell'incorporazione delle disposizioni della Convenzione di Berna sia da parte dell'Accordo TRIPs¹⁰⁹ che del WCT¹¹⁰. Considerando che tutti gli Stati della Comunità europea hanno aderito alla Convenzione di Berna, sono membri del WTO ed hanno sottoscritto i Trattati WIPO, il livello di tutela previsto per l'autore è il più alto immaginabile in un contesto internazionale.

Con riguardo più specificatamente al *three-step test*, si possono esemplificare alcune possibili conseguenze della quasi inevitabile sovrapposizione delle normative internazionali applicabili proprio con riguardo all'argomento che qui direttamente ci occupa. Concretamente, il nostro ipotetico caso vede un docente utilizzare a lezione, nell'ambito della sua spiegazione, delle parti di poesie di un autore recentemente scomparso, dunque coperte da diritto d'autore. La lezione viene ripresa da telecamere digitali e, successivamente, la registrazione della lezione ed il testo delle parti delle poesie viene caricato su un sito internet ad accesso limitato agli studenti iscritti al corso. Mettiamo poi che lo Stato in cui avviene l'utilizzazione rilevante ai fini della determinazione della legge applicabile¹¹¹ preveda una disposizione nella sua legislazione di

¹⁰⁸ Fra questi spiccava fino al 5 febbraio 2009 la Federazione Russa, data in cui il WCT è entrato in vigore in quell'ordinamento. Una recente modifica legislativa ha inoltre reso il diritto d'autore nazionale compatibile con l'Accordo TRIPs, vista anche la manifestata volontà di entrare a fare parte del WTO, cfr. T. HOEREN, *Das neue russische Urheberrecht*, in *GRUR Int*, 2008, p. 558.

¹⁰⁹ Ex art. 9, par. 1.

¹¹⁰ Ai sensi dell'art. 1, par. 4.

¹¹¹ Profilo del tema della didattica online che qui non è purtroppo possibile approfondire.

diritto d'autore che avalla un tale specifico utilizzo senza previa autorizzazione dell'autore, garantendo un equo compenso a favore di quest'ultimo.

In una prima ipotesi, lo Stato in questione è membro solo dell'Unione di Berna¹¹². Di conseguenza, è preliminarmente necessario capire se i diritti coinvolti nel nostro esempio di didattica online siano disciplinati dalla Convenzione di Berna; se così, l'utilizzo nell'ambito della didattica online di parte dell'opera altrui dovrà risultare (a) ricompreso fra le eccezioni e limitazioni da quello contemplate, oppure (b) non contemplate direttamente dal testo della Convenzione ma possibili ai sensi dell'art. 9, par. 2, o infine (c) coperte da una *minor reservation*.

L'attività didattica online richiede, come abbiamo visto nel capitolo introduttivo, il compimento sia di atti di riproduzione che di comunicazione al pubblico. Se gli atti di riproduzione sono sicuramente contemplati dalla Convenzione, sappiamo che la comunicazione interattiva non rientra invece tra i diritti esclusivi dell'autore da essa coperti, successivamente oggetto di disciplina nell'ambito del WCT. Così come uno Stato membro solo di Berna non è tenuto a prevedere un diritto di comunicazione al pubblico del tipo *on demand*, se decide di introdurlo nel proprio ordinamento può assoggettarlo a tutte le limitazioni/eccezioni che ritiene opportune. Il testo dell'eccezione didattica *ex* Convenzione di Berna prevede espressamente una diversa modalità di comunicazione al pubblico, e cioè la radiodiffusione, e dunque senz'altro legittima la didattica a distanza realizzata attraverso quella modalità di trasmissione.

Data l'ampia formulazione dell'art. 10, par. 2 della Convenzione, non vi sarebbero difficoltà a ritenere un'eccezione nazionale al

¹¹² Dando qui per scontato, volendo semplificare, che si tratti dell'Atto di Parigi del 1971, dunque l'ultima versione della Convenzione di Berna.

diritto di riproduzione coperta nell'ambito di un servizio online contemplato dalla suddetta disposizione. Si è detto precedentemente, nella parte dedicata ad un breve commento del testo dell'eccezione¹¹³, che quest'ultima ricomprende agevolmente sia la didattica frontale che a distanza, e non vi sarebbero ragioni per escludere le riproduzioni digitali, anche temporanee. Inoltre, mentre il livello dell'insegnamento è irrilevante, l'attività del docente di cui al nostro esempio è sicuramente svolta nell'ambito di un'istituzione fra quelle indirettamente contemplate dalla disposizione. Anche il superamento dei requisiti della "conformità buoni usi" e "nella misura giustificata dal suo scopo" non sembra porre particolari difficoltà, in particolare dato il controllo all'accesso al sito predisposto, che incide anche sulla misura dell'utilizzo¹¹⁴.

Alla fattispecie di cui al nostro esempio non si applicherebbe invece il *three-step test* ex art. 9, par. 2 della Convenzione, in quanto si applica già l'art. 10, par. 2, da considerare disposizione speciale rispetto al trattamento generale¹¹⁵. Riassumendo, vi sono buone possibilità che una legislazione nazionale che preveda delle eccezioni al diritto dell'autore per permettere l'utilizzo di opere nell'ambito dell'insegnamento online non risulti in contrasto con le obbligazioni nazionali discendenti dalla sola Convenzione di Berna.

Poniamo ora che lo Stato la cui normativa è applicabile sia membro anche del WTO. A questo punto, pur utilizzazione, quella didattica online di cui al nostro esempio, eventualmente coperta dall'art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna, sarà necessario chiedersi se una tale disposizione superi il *three-step test*. Non basta dunque che la disposizione nazionale, in ipotesi, rientri nel campo di

¹¹³ *Supra*, p. 13.

¹¹⁴ Per più approfondite riflessioni si rimanda all'esame del testo della Direttiva comunitaria.

¹¹⁵ *Supra*, p. 24.

applicazione dell'art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna. In aggiunta, la disposizione nazionale sarà soggetta al test dell'art. 13 Accordo TRIPs¹¹⁶, con riguardo ai diritti rilevanti ai sensi della Convenzione di Berna¹¹⁷, ma potremo ragionare in merito all'esito di una tale valutazione solo dopo avere analizzato nel dettaglio il *three-step test*¹¹⁸.

L'ultima eventualità considerata è che lo Stato di cui al nostro esempio abbia ratificato anche i Trattati WIPO. L'applicazione del *three-step test* all'eccezione prevista nel diritto nazionale è dunque diretta con riguardo alla disposizione della legge nazionale che prevede una limitazione al diritto esclusivo di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 8 Accordo TRIPs. Per quanto attiene alle utilizzazioni coperte dalla Convenzione di Berna (così come ammesso, in ipotesi, con riguardo alla nostra fattispecie), anche ad esse si applica il *three-step test ex art. 10, par. 2 del WCT*. Però, e questa precisazione è particolarmente importante, l'applicazione del test suddetto non può restringere il campo di applicazione delle limitazioni ed eccezioni (già) compatibili con la Convenzione di Berna, ed adottate dal legislatore nazionale¹¹⁹ (v. Tab. 1).

Anche dal nostro esempio risulta dunque chiara l'importanza assunta dal *three-step test* nel contesto internazionale al fine di valutare la liceità di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore inserite nelle legislazioni nazionali. Il favore di cui questo test ha goduto negli ultimi anni si può spiegare essenzialmente grazie alla plasticità dei criteri ivi contenuti, che esimevano gli Stati da una puntuale enunciazione delle ipotesi di contenimento delle prerogative dell'autore ritenute comunque

¹¹⁶ *Supra*, p. 27.

¹¹⁷ Dunque riproduzioni, anche temporanee, ma non atti di comunicazione al pubblico *on demand*.

¹¹⁸ Compito cui ci dedicheremo nel capitolo successivo.

¹¹⁹ V. *supra*, p. 38.

II CAPITOLO

necessarie, specialmente in settori “sensibili” come la ricerca e l’istruzione. A questo proposito, la *minor reservations doctrine* può giustamente essere considerata un passo significativo verso l’elaborazione del test così come oggi formulato¹²⁰. La Direttiva SocInfo, come vedremo nel capitolo successivo, conferma la rilevanza del *three-step test* nel contesto comunitario, non rinunciando tuttavia ad una puntuale enunciazione delle ipotesi di eccezione e limitazione del diritto d’autore.

Tab. 1. Campo di applicazione del *three-step test* (“TST”) secondo la Convenzione di Berna, gli Accordi TRIPs ed il *World Copyright Treaty*

Art. 9, par. 2 CB	Art. 13 TRIPs	Art. 10, par. 1 WCT
<p>TST (art. 9.2) applicabile alle sole eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione non specificamente previste dalla CB</p>	<p>TST (art. 13.2) applicabile a tutte le limitazioni ed eccezioni ai diritti esclusivi previste dalla CB</p> <p>TST (art. 13.1) applicabile direttamente alle eccezioni e limitazioni ai diritti introdotti dall’Accordo TRIPs</p>	<p>TST (art. 10.1) applicabile direttamente alle eccezioni e limitazioni ai diritti introdotti dal WCT</p> <p>TST (art. 10.2) applicabile a tutte le limitazioni ed eccezioni ai diritti esclusivi previste dalla CB, ma senza ampliare né restringere il campo di applicazione di quest’ultima</p>

¹²⁰ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 45 ss.

III CAPITOLO

DIRETTIVA SOCINFO E *E-LEARNING*

III.1. Quadro generale di riferimento

La pubblicazione nel 1995 del Libro Verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione¹²¹ ha ufficialmente aperto le consultazioni poi sfociate, fra l'altro, nell'emanazione della Direttiva SocInfo. A seguito dell'approvazione, nel 1996, dei Trattati WIPO, precedentemente richiamati, una parte sostanziale dell'azione già intrapresa si è naturalmente incentrata sulle modifiche necessarie per permetterne la ratifica da parte degli Stati membri e solo gradualmente la problematica delle eccezioni e limitazioni si è guadagnata un ruolo di rilievo nel dibattito comunitario¹²². Le appena menzionate esigenze di ratifica dei Trattati WIPO, la necessità di affrontare le ulteriori “sfide” poste dalla società dell'informazione identificate dalla Commissione nel Libro Verde, assieme alla volontà di armonizzazione “orizzontale” di disposizioni centrali al diritto d'autore, hanno contribuito alla predisposizione di un complesso insieme di regole che modificano in profondità il diritto d'autore nella Comunità europea¹²³.

¹²¹ COM (95) 382 final, del 19 luglio 1995.

¹²² Cfr. S. LEWINSKI VON, *Proposed EC Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society as It Progresses*, in *GRUR Int*, 1999, p. 776.

¹²³ Per dettagli del “tortuoso percorso” che ha condotto all'emanazione della Dir. SocInfo v. A. DE ROBBIO (2001), *La sesta direttiva: direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, in A. DE ROBBIO (a cura di), *Diritto*

III CAPITOLO

In primo luogo, la Direttiva SocInfo disciplina, in modo vincolante per gli Stati membri della Comunità europea, il diritto di riproduzione (art. 2), il diritto di comunicazione al pubblico (art. 3) ed il diritto di distribuzione (art. 4). Inoltre, l'art. 5 Dir. SocInfo prevede una lista esaustiva di limitazioni ed eccezioni al diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico. Non sono direttamente previste eccezioni o limitazioni al diritto di distribuzione¹²⁴, ma al par. 4 dell'art. 5 si specifica che quando gli Stati membri dispongono un'eccezione o limitazione del diritto di riproduzione, possono anche prevedere "un'eccezione o limitazione al diritto di distribuzione nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa". Il carattere facoltativo ma esaustivo delle eccezioni e limitazione è stato oggetto di pesanti censure ed opposizioni già nella fase preparatoria della Direttiva, solo in minima parte tacitate attraverso l'introduzione della clausola di "salvaguardia" di cui all'art. 5, par. 3, lett. o, in base alla quale la legislazione nazionale può *mantenere* (ma non aggiungere) eccezioni e limitazioni diverse rispetto a quelle indicate all'art. 5 quando si tratti di "casi di scarsa rilevanza" che riguardano esclusivamente "utilizzi analogici" e che "non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità".

Prima dell'emanazione della Dir. SocInfo nel 2001, l'opera di armonizzazione della legislazione sul diritto d'autore aveva già prodotto cinque Direttive¹²⁵, in relazione alle quali si era posto dunque

d'autore. La proprietà intellettuale tra biblioteche di carta e biblioteche digitali, Roma, p. 94 ss.

¹²⁴ Diritto armonizzato secondo il disposto dell'art. 4, in particolare al fine di riconoscere il c.d. principio dell'esaurimento comunitario.

¹²⁵ 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore; 92/100/CEE concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore; 93/83/CEE concernente il diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo; 93/98/CEE concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi e

il problema di (ri)definirne il campo di applicazione rispetto all'ultima nata. Come principio generale, la Dir. SocInfo è vista in un rapporto di continuità con le precedenti, delle quali sviluppa, ed integra, principi e regole “nella prospettiva della società dell'informazione”¹²⁶. Così, ad esempio, la tutela delle misure tecnologiche di protezione e le sue limitazioni *ex* Dir. SocInfo vengono estese anche alle banche dati, per le quali non era prevista alcuna tutela paragonabile¹²⁷. In ogni caso, si stabilisce che le disposizioni della Dir. SocInfo devono lasciare impregiudicate le disposizioni di dette Direttive¹²⁸, “salvo quanto diversamente previsto” nella Dir. SocInfo. Con quest'ultima precisazione si fa riferimento all'art. 11, che prevede alcuni “adeguamenti tecnici” della Direttiva sul diritto di noleggio e prestito¹²⁹ e della Direttiva sulla durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi¹³⁰.

Di conseguenza, nella misura in cui le cinque Direttive considerate contemplano delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi diverse da quelle previste dalla Dir. SocInfo, quelle andranno mantenute, così le eccezioni ai diritti esclusivi applicabili ai programmi per elaboratore ed alle banche dati, rispettivamente *ex* artt. 5 e 6 della Dir. 91/250 e *ex* artt. 6 e 9 della Dir. 96/9. Ancora a questo proposito, si afferma espressamente (Cons. 40) che la Dir SocInfo non deve pregiudicare la possibilità che gli Stati membri prevedano delle deroghe al diritto esclusivo di prestito nel caso di prestiti effettuati da istituzioni pubbliche. Con riguardo poi alla disciplina dei programmi per elaboratore, si specifica che la protezione giuridica armonizzata

96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati.

¹²⁶ V. art. 1, par. 2 e Cons. 20.

¹²⁷ V. art. 6, par. 4, V periodo.

¹²⁸ V. anche il Cons. 28 (diritto di distribuzione/diritto di noleggio e prestito).

¹²⁹ In particolare, l'estensione a questa Direttiva del *three-step test*.

¹³⁰ Cfr. J. REINBOTHE, *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, in *GRUR Int*, 2001, p. 735.

III CAPITOLO

“(N)on dovrebbe ... ostacolare né impedire lo sviluppo o l'utilizzo di qualsiasi mezzo atto a eludere una misura tecnologica se necessario per l'esecuzione degli atti da compiere ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3¹³¹, e dell'articolo 6¹³² della Direttiva 91/250/CEE”.

Passando ad un breve esame della struttura dell'art. 5 della

¹³¹ Art. 5.3: “La persona che ha il diritto di utilizzare una copia di un programma può, senza chiederne l'autorizzazione al titolare del diritto, 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 essa effettua le operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che ha il diritto di effettuare”.

¹³² Art. 6, Decompilazione: “1. Per gli atti di riproduzione del codice e di traduzione della sua forma ai sensi dell'articolo 4, lettere a) e b), non è necessaria l'autorizzazione del titolare dei diritti qualora l'esecuzione di tali atti al fine di modificare la forma del codice sia indispensabile per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità con altri programmi di un programma per elaboratore creato autonomamente, purché sussistano le seguenti condizioni:

a) tali atti siano eseguiti dal licenziatario o da un'altra persona che abbia il diritto di utilizzare una copia del programma o, per loro conto, da una persona abilitata a tal fine;

b) le informazioni necessarie per ottenere l'interoperabilità non siano già facilmente e rapidamente accessibili alle persone indicate alla lettera a) e c) gli atti in questione siano limitati alle parti del programma originale necessarie per conseguire l'interoperabilità.

2. Le disposizioni del paragrafo 1 non consentono che le informazioni ottenute in virtù della sua applicazione:

a) siano utilizzate a fini diversi dalla realizzazione dell'interoperabilità del programma creato autonomamente;

b) siano comunicate a terzi, fatta salva la necessità di consentire l'interoperabilità del programma creato autonomamente;

c) siano utilizzate per lo sviluppo, la produzione o la commercializzazione di un programma sostanzialmente simile nella sua espressione, o per ogni altro atto che violi il diritto di autore.

3. Conformemente alla Convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche, le disposizioni del presente articolo non possono essere interpretate in modo da consentire che la loro applicazione arrechi indebitamente pregiudizio agli interessi legittimi del titolare del diritto o entri in conflitto con il normale impiego del programma.

Dir. SocInfo sulle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore¹³³, i paragrafi 1 e 2 contengono eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione, mentre il paragrafo 3 contempla eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione, del diritto di comunicazione al pubblico, ed (eventualmente) del diritto di distribuzione. Ventuno¹³⁴ sono dunque le eccezioni o limitazioni espressamente elencate, delle quali una sola è obbligatoria per gli Stati membri. Fra le eccezioni e limitazioni non vi è alcun ordine gerarchico, non sono fra di loro alternative, e sono cumulativamente applicabili alla medesima fattispecie¹³⁵.

Il Cons. 33 afferma poi esplicitamente che in talune ipotesi di eccezioni o limitazioni “i titolari di diritti dovrebbero ricevere un equo compenso affinché siano adeguatamente indennizzati per l’uso delle loro opere o dei materiali protetti”. Ai sensi del Cons. 36, “(G)li Stati membri possono prevedere l’equo compenso dei titolari anche allorché si applicano le disposizioni facoltative sulle eccezioni o limitazioni che non lo comportano”. Le uniche tre ipotesi in cui il legislatore comunitario prevede esplicitamente un tale compenso sono quelle delle reprografia (art. 5, par. 2, lett. a), della riproduzione per uso privato (art. 5, par. 2, lett. b) e delle riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale (art. 5, par. 2, lett. e). In tutti gli altri casi, rimane dunque la possibilità di introdurre un equo compenso a favore dei titolari dei

¹³³ Nella nostra dottrina v. in part. N. ABRIANI (2002), *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in *AIDA*, 2002, p. 104 ss.

¹³⁴ Da nove che erano nella prima Proposta di Direttiva del 1997. A questa cifra si giunge però, solo volendo considerare un'eccezione anche la già menzionata (sopra, a p. 48) clausola “antenato” della lett. o dell’art. 5, par. 3, in base alla quale le legislazioni nazionali possono mantenere ulteriori eccezioni e limitazioni oltre alle venti precedenti, a condizione che si tratti di casi di scarsa rilevanza, che riguardano solo utilizzi analogici e non incidono sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all’interno della Comunità.

¹³⁵ J. REINBOTHE, *op. cit.*, p. 738.

III CAPITOLO

diritti, che tenga conto delle peculiarità della fattispecie e della necessità, per le eccezioni e limitazioni previste nelle legislazioni degli Stati membri, di superare il *three-step test* ai sensi dell'art. 5, par. 5 della Dir. SocInfo.

Se l'elenco delle eccezioni e limitazioni è esaustivo, il numero delle stesse è peraltro esteso. La lettera delle singole previsioni è ampia, in quanto si è voluto tenere almeno parzialmente conto delle diverse tradizioni giuridiche¹³⁶. Inoltre, i legislatori nazionali possono decidere di adottare specifiche eccezioni e limitazioni dando loro un campo di applicazione più limitato rispetto a quanto previsto dalla Direttiva SocInfo. È dunque comunemente riconosciuto che gli sforzi di armonizzazione fra le legislazioni nazionali in tema di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore hanno prodotto dei risultati modesti, e le attuali incertezze di interpretazione del test in tre fasi, sulle quali torneremo, non contribuiscono a ridurre le differenze ancora esistenti.

Nell'ambito delle riflessioni che seguono, sullo sfondo della problematica della didattica online, dedicheremo una particolare attenzione alle eccezioni a favore della didattica (art. 5, par. 3, lett. a), delle riproduzioni temporanee (art. 5, par. 1), della citazione (art. 5, par. 3, lett. d), nonché al test in tre fasi (art. 5, par. 5).

III.2. L'eccezione o limitazione a favore della didattica ai sensi dell'art. 5, par. 3 lett. a

III.2.1. L'espressa previsione di un'eccezione per la didattica nella Dir. SocInfo

L'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo stabilisce che gli Stati

¹³⁶ V. anche il Cons. 32.

membri possono disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico

“allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito”.

Una disposizione dal tenore molto simile si trova nella già menzionata Direttiva sulle banche dati. Ai sensi dell'art. 6, par. 2, lett. b della Dir. 96/9/CE gli Stati membri hanno infatti la facoltà di prevedere limitazioni dei diritti esclusivi del titolare di una banca dati “allorché l'impiego ha esclusivamente finalità didattiche o di ricerca scientifica, sempreché si indichi la fonte, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito”.

L'art. 5, par. 3, lett. a costituisce l'unica disposizione della Dir. SocInfo che menzioni espressamente la didattica. Prima di passare ad un esame puntuale della disposizione, può risultare interessante un raffronto testuale con l'art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna, disposizione cui ci siamo dedicati nel capitolo precedente. I seguenti aspetti appaiono degni di particolare nota.

(1) L'estensione dell'art. 5, par. 3, lett. a sia alla didattica che alla ricerca; come si è già ricordato, l'art. 10, par. 2 CB si applica invece solo alla didattica.

(2) La possibilità che la limitazione *ex art. 5, par. 3, lett.* incida sia sul diritto di riproduzione che sul diritto di comunicazione al pubblico, entrambi definiti dalla Direttiva stessa. Inoltre, come si è detto sopra, quando gli Stati membri dispongono un'eccezione o limitazione del diritto di riproduzione, possono anche prevedere un'eccezione o limitazione al diritto di distribuzione nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa. Diversamente, gli

III CAPITOLO

utilizzi menzionati all'art. 10, par. 2 CB sono “pubblicazioni, emissioni radiodiffuse o registrazioni sonore o visive” e si ricordi che il diritto di comunicazione *on demand* è stato introdotto a livello internazionale solo nel 1996, a seguito del WCT.

(3) La circostanza che la Convenzione di Berna parli di utilizzi “a titolo illustrativo nell'insegnamento”, mentre la Direttiva SocInfo di utilizzi che abbiano “esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico”¹³⁷. Necessario sarà dunque chiarire quale significato si intenda attribuire all'avverbio “esclusivamente”.

(4) L'assenza di specificazione, nell'art. 5, par. 3, lett. a, che l'utilizzazione con finalità illustrativa per uso didattico debba risultare conforme ai buoni usi, così come invece si indica nell'omologa disposizione della Convenzione.

(5) La trasformazione del limite dell'utilizzazione di opere a quanto “giustificato dallo scopo” *ex* art. 10, par. 2 CB in “scopo non commerciale” ai sensi della Direttiva SocInfo.

III.2.2. L'estensione alla didattica online

La prima questione rilevante ai nostri fini è se l'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo si applichi solo alla didattica frontale oppure ricomprenda la didattica a distanza. Solo in un secondo momento sarà opportuno domandarsi se, fra le possibili modalità di didattica a distanza, ad es. per corrispondenza oppure tramite radiodiffusione, rientri anche la didattica online, oggetto della presente indagine.

Valga come premessa che la Direttiva SocInfo disciplina il solo diritto di comunicazione fra persone che non si trovano nello stesso luogo, in altri termini vi è la necessità di una distanza fisica fra il luogo

¹³⁷ Nonché, come si è detto, di ricerca scientifica.

dell'emissione e quello della ricezione¹³⁸. La Direttiva SocInfo non si occupa dunque della comunicazione al pubblico che avviene nell'ambito di una lezione frontale, in relazione alla quale gli Stati membri non hanno obblighi di armonizzazione. Di conseguenza, mentre gli atti di riproduzione a scopi didattici sono comunque rilevanti ai sensi dell'art. 2 Dir. SocInfo, la comunicazione al pubblico a scopi didattici che rientra nel campo di applicazione della Direttiva è solo quella a distanza.

La Dir. SocInfo non contiene alcuna espressa definizione di didattica, e neppure di attività naturalmente connesse, quali la "ricerca scientifica" o lo "studio privato". La lettera della Direttiva SocInfo, come si è già notato, si richiama con evidenza all'art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna, circostanza che potrebbe eventualmente fornire all'interprete qualche argomento a favore della ricomprensione della didattica a distanza nella nozione di didattica ai fini dell'applicazione dell'art. 5, par. 3, lett. a¹³⁹. Ad ogni modo, nel testo della Direttiva stessa, ed in particolare al suo Cons. 42, si trova una chiara risposta a questo preliminare interrogativo. Riferendosi all'art. 5, par. 3 lett. a nel Considerando si specifica che si tratta della "eccezione o la limitazione per finalità didattiche non commerciali e di ricerca scientifica, compreso l'apprendimento a distanza".

L'apprendimento a distanza è dunque espressamente contemplato fra le possibili forme che può assumere la didattica ai fini dell'applicazione dell'eccezione *ex art.* 5, par. 3, lett. a.

La circostanza che l'insegnamento a distanza nella società dell'informazione contempli in particolare la trasmissione online delle opere è poi confermata dalla Commissione stessa nel suo *Explanatory Memorandum* della prima proposta di Direttiva SocInfo, che già

¹³⁸ Cfr. J. REINBOTHE, *op. cit.*, p. 736.

¹³⁹ V. *supra*, p. 16.

contemplava l'eccezione a favore della didattica. Si legge infatti nel *Memorandum* che l'eccezione per la didattica non coprirebbe solo forme tradizionali di utilizzo di opere protette, come la riproduzione a stampa o la radiodiffusione, ma anche "certain uses in the context of online delivery of works and other protected matter"¹⁴⁰.

III.2.3. Le utilizzazioni esentate: riproduzione

Come abbiamo sopra ricordato, l'esenzione a favore della didattica menziona espressamente gli atti di riproduzione e di comunicazione necessari alla realizzazione della "finalità illustrativa per uso didattico".

L'ampia formulazione dell'eccezione in questione sembra dunque coprire gli atti di riproduzione essenziali alla realizzazione di attività didattiche online. La lettera di tale disposizione non opera infatti distinzioni specifiche fra le riproduzioni consentite per finalità di insegnamento. Non indica, ad esempio, il supporto sul quale può essere effettuata la riproduzione, e neppure esenta le sole riproduzioni temporanee¹⁴¹ a fini didattici dall'applicazione del diritto esclusivo del titolare. Gli atti di riproduzione realizzati sul computer del docente e sul server dell'università, sia temporanei che permanenti, dovrebbero dunque rientrare fra le utilizzazioni direttamente esentate dall'art. 5, par. 3, lett. a, sempreché le altre condizioni indicate siano soddisfatte (finalità illustrativa per uso didattico, indicazione della fonte, utilizzo giustificato dallo scopo non commerciale perseguito).

Se la formulazione scelta per l'eccezione didattica

¹⁴⁰ COM (97) 628 finale, del 10.10.1997, a p. 32; cfr. R. XALABARDER, *Copyright and Digital Distance Education: The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, in *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2003, p. 134.

¹⁴¹ Temporanee ma che non sono coperte dall'art. 5, par. 1, v. il paragrafo successivo.

nell'ordinamento comunitario è volutamente ampia, sorgono tuttavia alcuni interrogativi in merito al suo concreto campo di applicazione. In primo luogo, la messa a disposizione di un'opera o di una sua parte sul server dell'università necessita evidentemente che la copia caricata sia digitale. La prima possibilità è che un'opera richiamata a lezione, ad es. una parte di un articolo pubblicato a stampa, sia stata digitalizzata attraverso scansione, ottenendo un file di immagine, poi caricato sul server. La seconda è che il file caricato sia di testo, grazie alla conversione del file di immagine attraverso il riconoscimento ottico dei suoi caratteri (OCR – *Optical Character Recognition*). Il file digitale che si ottiene nella prima ipotesi è, dal punto di vista delle utilizzazioni possibili (lettura, stampa, ecc.), equiparabile ad una fotocopia. La conversione in un file di testo schiude invece tutta una serie di possibilità di trattamento e di utilizzi genuinamente digitali, quali il “cut and paste”, la ricerca per parole chiave e l'indicizzazione. Ad ogni modo, la realizzazione di una copia digitale partendo dal formato analogico, indipendentemente dalle specifiche utilizzazione (solo analogiche – anche digitali) della copia ottenuta, dà luogo ad un atto di riproduzione¹⁴².

La Direttiva non si esprime in merito alla possibilità di ricomprendere tali specifiche riproduzioni nell'esenzione di cui all'art. 5, par. 3, lett. a. Se da una prima lettura della norma in esame la digitalizzazione, in entrambe le varianti considerate, sembrerebbe consentita, la necessità, per ogni eccezione didattica prevista in una legislazione nazionale, di superare il test in tre fasi *ex art. 5, par. 5*

¹⁴² V. anche la già richiamata Dichiarazione Concordata relativa all'articolo 1, paragrafo 4, del trattato OMPI sul diritto d'autore: “Il diritto di riproduzione sancito dall'articolo 9 della Convenzione di Berna e le eccezioni ivi previste si applicano di diritto all'ambiente digitale, in particolare all'utilizzazione dell'opera in formato digitale. Resta inteso che il caricamento su supporto elettronico di un'opera protetta in formato digitale costituisce riproduzione ai sensi dell'articolo 9 citato”.

Dir. SocInfo, potrebbe eventualmente suggerire un'interpretazione sul punto restrittiva dell'articolo in questione.

In secondo luogo, l'utilizzo didattico potrebbe consistere in un riassunto (c.d. *abstract*) e non in una semplice riproduzione dell'opera o di suoi passaggi. L'inquadramento della fattispecie nel caso concreto dipenderà in questo caso dalle disposizioni nazionali in merito alle elaborazioni delle opere, più che dalla presenza e portata di tradizionali eccezioni didattiche¹⁴³. Ad ogni modo, ed in termini generali, appare evidente come la lettura del riassunto in questione non possa di regola sostituire la lettura dell'originale, soprattutto se si tratta di opere di prosa o poesia. D'altra parte non si può negare che, in particolare con riguardo ad opere dal contenuto più informativo, una tale sostituzione in alcune ipotesi si verifichi¹⁴⁴ e questa circostanza potrà incidere sulla qualificazione giuridica dell'utilizzo. Non dovrebbe invece assumere rilevanza la semplice indicizzazione per il tramite di riferimenti bibliografici e di parole chiave, ma una tale attività a fini propriamente didattici (e dunque non di documentazione, ricerca, ecc.) sembra comunque poco probabile.

Risulterebbe inoltre da chiarire se lo studente possa legittimamente realizzare copie dell'opera non più temporanee ma fisse. In pratica, si tratterebbe di avere una copia della "lezione online" sul disco duro del proprio computer o su altro supporto (es., un USB *pen drive* o lettore di file audio/video) per la consultazione offline, ad esempio nel tragitto ferroviario-metropolitano fra casa e università. Si tratta di capire se una tale riproduzione permanente rientri nel disposto

¹⁴³ Cfr. ad es. nell'ordinamento tedesco la pronuncia dell'Oberlandgericht di Francoforte sul Meno, 11.12.2007, 11 U 76/06, *Zulässige Kurzfassungen von Buchrezensionen*.

¹⁴⁴ Come già correttamente rilevato da P. KATZENBERGER, *Urheberrecht und Dokumentation - Abstracts - Fotokopien - elektronische Datenbanken*, in *GRUR*, 1973, p. 631 s., all'alba della rivoluzione digitale.

dell'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo. L'ampio tenore della disposizione, come si è visto, copre chiaramente sia le riproduzioni che la comunicazione al pubblico. Di conseguenza, non sembra sussistano ragioni evidenti per non ricomprendere le copie permanenti realizzate dagli studenti del materiale utilizzato dal docente a "fine illustrativo per fine didattico"¹⁴⁵. Questione connessa, sulla quale torneremo in particolare con riguardo all'implementazione dell'esenzione in questione nelle legislazioni nazionali, è se sia necessaria, ai fini della soddisfazione del test in tre fasi, l'implementazione di misure tecnologiche di protezione per limitare le possibilità di fruizione della riproduzione da parte dello studente, in particolare per impedirne una successiva distribuzione non autorizzata.

III.2.4. (Segue) la comunicazione al pubblico

Non solo la riproduzione di opere è coperta dall'esenzione ex art. 5, par 3, lett. a, ma anche la comunicazione di opere al pubblico, dunque un diritto dell'autore che si riferisce ad un utilizzo non fisico dell'opera. L'ampia definizione del diritto di comunicazione al pubblico posta dall'art. 3 della Direttiva, come si è detto precedentemente, abbraccia gli atti di comunicazione interattiva *on demand*. L'art. 10 della Convenzione di Berna già permetteva agli Stati firmatari di introdurre nel loro reciproco ordinamento un'eccezione didattica che coprirebbe gli atti di comunicazione al pubblico mediante "emissioni radiodiffuse"; le eccezioni al diritto di comunicazione interattiva *on demand*, diritto disciplinato sul piano internazionale dall'art. 8 del WCT, dovranno ora risultare conformi al *three-step test* ex art. 10, par. 1 WCT¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Così anche R. XALABARDER, *op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁶ *Supra*, p. 36.

III CAPITOLO

La Direttiva non opera dunque distinzioni fra le diverse modalità di comunicazione al pubblico coperte dall'art. 5, par. 3, lett. a, ed in particolare con riguardo ai diversi livelli di interattività consentiti, da giustificare eventualmente un'esclusione della didattica online. Il "trapianto" della tradizionale eccezione didattica nell'ambiente digitale ha dunque comportato la sua potenziale estensione a tutti gli atti di comunicazione al pubblico ivi rilevanti. Coerentemente, non rientrano nell'art. 3 della Dir. SocInfo, e di conseguenza non vengono esentate dall'art. 5, par. 3, lett. a, le comunicazioni al pubblico "presente nel luogo in cui esse hanno origine"¹⁴⁷. Di conseguenza, la pubblica esecuzione di un'opera nell'ambito di una lezione frontale, non "lambita" dalla Dir. SocInfo, potrà venire disciplinata liberamente dagli Stati membri, ovviamente nel rispetto delle obbligazioni internazionali rilevanti.

III.2.5. I soggetti beneficiari dell'esenzione

Il legislatore comunitario non identifica con precisione i soggetti che si possono richiamare all'eccezione a favore della didattica, così come invece si premura di specificare con riguardo ad altre esenzioni, ad esempio gli atti specifici di riproduzione "effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto", ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. c. Tuttavia, l'esenzione per la didattica copre esclusivamente quegli utilizzi giustificati dallo "scopo non commerciale perseguito" da chi vi si richiama. Il legislatore comunitario non si è dunque lanciato in una potenzialmente impegnativa identificazione dei soggetti che svolgono attività didattica (e di ricerca scientifica), ma l'esenzione si applica a tutti coloro i quali

¹⁴⁷ Cons. 23 Dir. SocInfo.

quelle attività esercitano, nei limiti posti dallo scopo non commerciale perseguito. Di conseguenza, neppure i legislatori nazionali sono tenuti, di principio, alla precisa identificazione degli organismi e/o persone che possono beneficiare dell'esenzione in oggetto.

Cosa esattamente il legislatore comunitario intenda con la qualificazione di "commerciale" non è specificato con chiarezza nella Dir. SocInfo. Si ricordi inoltre che nessun riferimento alla natura (non) commerciale dello scopo cui è finalizzata l'attività didattica è presente nell'art. 10, par. 2 CB, norma speculare a quella di cui ora ci occupiamo. L'esperienza di altri ordinamenti insegna che quando un'eccezione all'esclusiva dell'autore risulta vincolata al perseguimento dello scopo non commerciale dell'utilizzo, l'applicazione della disposizione nel caso concreto dà spesso luogo a difficoltà interpretative¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Paradigmatica in questo senso, mi pare, è il § 107 dello statunitense *Copyright Act*, che dei quattro criteri che giustificano l'utilizzo sulla base del *fair use* elenca al primo "the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes". Nell'ambito dell'applicazione del § 107, va subito precisato, i giudici operano un bilanciamento fra i vari elementi rilevanti. Di conseguenza, la natura commerciale dello scopo e del carattere dell'utilizzazione non preclude di per sé che possa comunque trattarsi di *fair use*, in particolare quando l'utilizzo è considerato *transformative*, v. ad es. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994): "[T]he more transformative the new work, the less important the other factors, including commercialism, become". Così, nella sentenza *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003), la natura commerciale dell'utilizzo non ha impedito l'accertamento di un uso coperto da *fair use* da parte dell'operatore di un motore di ricerca per immagini reperibili in Internet, Arriba. In particolare la Corte ha ritenuto che l'utilizzo delle opere, seppure a scopo commerciale, fosse di natura più incidentale e meno finalizzata ad uno sfruttamento economico rispetto a modi commerciali ritenuti tradizionali. Nella più recente *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006), la natura "maggiormente commerciale" del più famoso motore di ricerca è stata una delle ragioni del mancato accertamento del *fair use*. Secondo la Corte, Google avrebbe tratto un vantaggio commerciale diretto mostrando i *thumbnail* di opere di Perfect 10, in quanto gli utilizzatori del motore di ricerca, recandosi sui siti che avevano illecitamente riprodotto

Il limite dello scopo non commerciale per potere beneficiare di un'eccezione o limitazione al diritto esclusivo del titolare era comunque già ben presente nel diritto d'autore comunitario, in particolare¹⁴⁹ agli artt. 6, par. 1, lett. b e 9, lett. b della Direttiva sulle banche dati. Tornando alla Direttiva SocInfo, di *scopo* non commerciale si parla anche nell'esenzione di cui all'art. 5, par. 2, lett. e in tema di riproduzioni di emissioni radiotelevisive con riferimento a istituzioni sociali pubbliche quali ospedali e prigioni. L'assenza di *vantaggio* commerciale (ed economico) deve caratterizzare gli atti specifici di riproduzione effettuati da biblioteche e dalle altre istituzioni per potere beneficiare dell'esenzione ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. c. Il *carattere* commerciale dell'utilizzo a favore di portatori di handicap determina l'inapplicabilità dell'esenzione (par. 3, lett. b, dell'art. 5). Il *fine* commerciale diretto od indiretto esclude l'applicabilità dell'esenzione alle riproduzioni analogiche o digitali effettuate da una persona per uso privato. Infine, un *uso* commerciale ulteriore rispetto alla pubblicizzazione di un'esposizione al pubblico o di una vendita di opere d'arte non è coperto dall'eccezione o limitazione di cui all'art. 5, par. 3, lett. j¹⁵⁰.

Esclusivamente con riguardo all'eccezione “per finalità

le immagini di quest'ultima, avrebbero fatto guadagnare Google attraverso il programma di inserzioni pubblicitarie AdSense. La Corte d'Appello per il Nono Circuito, *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007), non ha però confermato la sentenza del giudice di prima istanza, ritenendo fra l'altro non provato che Google avesse tratto un profitto commercialmente significativo grazie alla presenza di AdSense sulle pagine web che illegittimamente riportavano le immagini di Perfect 10.

¹⁴⁹ Anche nella Dir. sul diritto di noleggio e prestito si parla di “beneficio economico o commerciale diretto o indiretto” (o di sua assenza) a qualificazione nell'attività di noleggio (e prestito), v. l'art. 1, par. 2.

¹⁵⁰ Per completezza, si ricorda anche che all'art. 6 Dir. SocInfo sugli obblighi relativi alle misure tecnologiche si fa ancora menzione di “detenzione a scopi commerciali” (par. 2) e “finalità o uso commercialmente rilevante” (par. 2, lett. b).

didattiche non commerciali e di ricerca scientifica, compreso l'apprendimento a distanza”, si puntualizza al Cons. 42 che “la natura non commerciale dell’attività in questione dovrebbe essere determinata dall’attività in quanto tale. La struttura organizzativa e i mezzi di finanziamento dell’organismo di cui trattasi non costituiscono i fattori decisivi a tal fine”. Va da subito segnalata una disparità fra la versione italiana, da una parte, e quella in altre lingue, dall’altra. Mentre nella versione italiana si parla di “finalità didattiche non commerciali e di ricerca scientifica”, la natura non commerciale di cui qui si discute va indubbiamente riferita anche all’attività di ricerca scientifica, così come correttamente espresso in altre lingue della Direttiva¹⁵¹ e come emerge dal tenore complessivo dell’art. 5, par. 3, lett. a.

Le uniche attività didattiche che, a giustificazione dell’utilizzo di opere coperte dal diritto d’autore, possono richiamarsi all’esenzione di cui all’art. 5, par. 3, lett. a sono dunque quelle oggettivamente (“in quanto tal(i)”) non commerciali. Con ciò il legislatore comunitario pare sottintendere che l’attività didattica potrebbe avere anche una natura (o scopo) commerciale, indipendentemente dalla “struttura organizzativa” e dai “mezzi di finanziamento”, ed in quel caso non verrebbe coperta dall’esenzione qui in discussione. La circostanza che, ad esempio, un istituto di istruzione si finanzia principalmente grazie a contributi dello Stato o di altro ente pubblico territoriale non parrebbe decisiva ai fini dell’applicazione dell’esenzione a favore della didattica; al contrario, se l’attività dell’istituzione nel suo complesso si finanzia anche grazie al pagamento delle “tasse” scolastiche o universitarie da parte degli studenti, non deve venire di per sé preclusa la possibilità di godere

¹⁵¹ Cfr.: “for non-commercial educational and scientific research purposes”; “utilisations à des fins éducatives et de recherche non commerciales”; “für nicht kommerzielle Unterrichtszwecke und nicht kommerzielle wissenschaftliche Forschungszwecke”; “de fines educativos o de investigación científica no comerciales”.

dell'esenzione¹⁵².

Tentando ora di identificare in positivo il significato di “scopi didattici non commerciali”, si deve partire dalla constatazione che la fruizione di buona parte delle attività didattiche avviene a fronte del pagamento di un corrispettivo, che può, a seconda dei casi, servire a coprire almeno una parte dei costi. Secondo una diffusa interpretazione¹⁵³, lo scopo commerciale andrebbe escluso in virtù dello scopo non lucrativo dell'ente erogatore del servizio didattico. La tentazione, anche in virtù di possibili semplificazioni applicative¹⁵⁴, sarebbe poi quella di ritenere commerciale l'attività didattica oggettivamente in grado di produrre un utile. Ad esempio, un corso di perfezionamento (es., Master) in *management* internazionale offerto da un'università pubblica potrebbe sì risultare commerciale se con riguardo al costo della partecipazione, considerati altri elementi, come il numero complessivo dei partecipanti, la durata, ecc., se ne possa dedurre un'attitudine a produrre un profitto. Nelle altre ipotesi, di copertura solo parziale o anche totale dei costi, non sarebbe invece ravvisabile uno scopo didattico qualificabile come commerciale¹⁵⁵. A sostegno di tale tesi si potrebbe poi richiamare, in un'ottica di *acquis communautaire*, il Cons. 14 della Direttiva sul noleggio e prestito, in

¹⁵² Così anche H. SCHÖWERLING, *E-Learning und Urheberrecht an Universitäten in Österreich und Deutschland*, Vienna e Monaco di Baviera, 2007, p. 245.

¹⁵³ U. LOEWENHEIM, in G. SCHRICKER (a cura di), *Urheberrecht*, 2006, Monaco di Baviera, p. 1068. L'autore si riferisce all'implementazione tedesca dell'art. 5, par. 3 lett. a Dir. SocInfo, con la ripresa letterale dell'espressione della Direttiva qui all'esame (“Verfolgung nicht kommerzieller Zwecken”), che era precedentemente estranea alla disciplina nazionale di diritto d'autore, v. oltre al IV capitolo.

¹⁵⁴ Esclude, a ragione, che elaborazioni del concetto di scopo di lucro proposte dalle scienze aziendali, commerciali o fiscali possano essere qui utilmente richiamate H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 239 s.

¹⁵⁵ Così U. LOEWENHEIM, *op. cit.*, p. 1068, secondo il quale la “lezione retribuita” non è privilegiata, mentre sarebbe innocuo il rimborso delle spese e dell'impegno speso.

base al quale se il prestito è a pagamento, ma l'importo preteso non supera il corrispettivo necessario a coprire le spese di funzionamento dell'istituzione, non vi sarebbero "vantaggi economici o commerciali diretti o indiretti" per l'istituzione.

Non possono però sottacersi alcune difficoltà legate alla soluzione interpretativa sopra brevemente ripresa. In particolare, l'applicazione del criterio dell'attitudine a produrre un profitto nel caso concreto avrebbe il curioso effetto di penalizzare (escludendole dall'applicazione dell'esenzione) le attività didattiche organizzate con professionalità ed efficienza. Se, ad esempio, il dipartimento di un'università riesce ad organizzare un master di primo livello di buona qualità scientifica, che attrae un numero ragguardevole di partecipanti, eventualmente anche dall'estero, e che, alla fine, fa rimanere un surplus nelle casse dell'istituzione¹⁵⁶ (e, dunque, oltre la parificazione fra entrate e uscite), non si capisce perché una tale accorta ed efficace gestione debba venire indirettamente sanzionata (e, dunque, disincentivata) sulla base della disciplina di diritto d'autore¹⁵⁷.

In alternativa, si potrebbe intendere la natura "in quanto tale" non commerciale dell'attività didattica nel senso di una modalità di utilizzazione di opere coperte dal diritto d'autore che di per sé (non) sia commerciale. Ad esempio, l'università non potrebbe pretendere un corrispettivo specifico dai propri studenti per la comunicazione online delle opere¹⁵⁸. Oppure, l'opera non dovrebbe essere utilizzata, né

¹⁵⁶ Nella migliore delle ipotesi, surplus poi impiegato a fini di ricerca o di promozione della cultura in senso lato.

¹⁵⁷ D'altra parte, non va però sottaciuto che l'interpretazione qui criticata, se accolta, potrebbe invece contribuire a mantenere (artificiosamente?) bassi i costi della partecipazione, con un effetto redistributivo a favore dei partecipanti all'attività didattica.

¹⁵⁸ In questi termini, mi pare, è la proposta interpretativa di S. LÜFT, *Commento al § 52a*, in A.-A. WANDTKE, W. BULLINGER (a cura di), *Urheberrecht*, Monaco di Baviera, 2006, num. marg. 9.

III CAPITOLO

direttamente né indirettamente, per attrarre studenti verso il sito dell'istituzione, la quale poi guadagnerebbe introiti grazie a sponsor ed inserzionisti pubblicitari. La difficoltà principale di una tale soluzione interpretativa, mi pare, è che nelle ipotesi appena considerate non avremmo comunque più a che fare con impieghi didattici, bensì con modalità dirette, commerciali, di utilizzazioni dell'opera che spettano in modo esclusivo al relativo autore. Il legislatore comunitario persegue invece l'intento di escludere dal campo di applicazione dell'art. 5, par. 3 lett. a l'utilizzo di opere nell'ambito di attività comunque didattiche, anche se repute commerciali.

Apparirebbe dunque preferibile un'interpretazione che muova dalla diversa constatazione dell'esistenza di attività didattiche tipicamente con scopo commerciale, nei confronti delle quali l'eccezione non dovrebbe dunque trovare applicazione, indipendentemente dal corrispettivo concretamente pagato dai partecipanti. Ai fini di un tale accertamento si potrebbe così ricorrere ad una varietà di indizi, da elaborare in sede legislativa e/o giudiziale, per verificare se la finalità ultima dell'istituzione con riguardo alla specifica attività didattica di cui si discute sia la promozione della creazione e diffusione di conoscenza, oppure se quella sia solo un mezzo per realizzare dei profitti. Così, ad esempio, la circostanza che l'istituzione erogatrice del servizio didattico conduca anche una seria attività di ricerca, e/o organizzi ulteriori attività miranti alla più ampia circolazione delle informazioni (es., attività convegnistica) potrebbe costituire un significativo indizio dell'assenza di (prevalente) scopo commerciale. Diversamente, lo scopo commerciale dell'attività didattica caratterizzerebbe ad esempio quelli che vengono definiti "diploma – o degree-mills", che rilasciano titoli di studio a fronte di scarso o inesistente impegno di studio. La circostanza che l'istituto di istruzione sia riconosciuto in quanto tale dallo Stato di appartenenza non dovrebbe invece risultare decisiva, data la varietà dei criteri di

accreditamento possibili. Non ci si può nascondere, tuttavia, che la progressiva iniezione di principi “di mercato” nel mondo dell’istruzione, sia primaria che superiore, rischia di rendere (ancora) meno nitida la differenziazione fra attività didattica con o senza scopo commerciale.

Una questione particolare si pone nel momento in cui, ad esempio, l’attività didattica sia almeno parzialmente finanziata grazie a profitti pubblicitari, nella forma di inserzioni (banner, pop-up, ecc.) oppure visualizzazione del logo dello sponsor. Ci si chiede se una tale forma di finanziamento dell’attività didattica, diversa sia dalle “tasse” versate dagli studenti che da fondi pubblici¹⁵⁹, abbia come conseguenza che lo scopo dell’attività didattica sia da considerare commerciale. Ovviamente, se le opere (es., brani musicali) vengono utilizzate per “attrarre” studenti verso il sito e guadagnare grazie ai contatti realizzati, non si tratta più, come si è visto sopra, di un’attività didattica, ma di sfruttamento commerciale delle opere, e solo per questo l’esonazione non dovrebbe comunque trovare applicazione. Diversamente, mettendo da parte profili di opportunità della scelta di ricorrere a sponsor od inserzionisti, l’esonazione potrebbe rimanere applicabile quando l’attività didattica sia finalizzata alla promozione della creazione e diffusione di conoscenza, e non sia solo un mezzo per realizzare dei profitti¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Ovviamente, partendo dal presupposto che una tale “sponsorizzazione” sia ammessa dalla disciplina applicabile alle istituzioni di riferimento, scuole od università.

¹⁶⁰ Di diversa opinione H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 246, secondo la quale “appena vengono inseriti banner o mezzi pubblicitari simili sulla piattaforma didattica dell’università, si deve presupporre in linea di principio l’esistenza di un’offerta commerciale” (traduzione S.V.). A mio avviso, invece, anche in presenza di banner, ecc. lo scopo dell’attività didattica non diventa automaticamente commerciale se la scelta delle opere operata dal docente è comunque giustificata dall’attività didattica svolta e non dall’attrattiva nei confronti degli studenti, misurata sulla base della capacità di trarre profitto grazie agli introiti pubblicitari ed alle sponsorizzazioni.

III CAPITOLO

Un'evidente conseguenza dell'interpretazione qui prospettata è che non vi sarebbe una nozione di scopo commerciale unica per tutto il sistema delle eccezioni o limitazioni *ex art. 5* della Dir. SocInfo, ma accezioni diverse, almeno in parte ritagliate sulle esigenze delle singole esenzioni. Così, ai sensi dell'applicazione dell'eccezione o limitazione di cui all'art. 5, par. 2, lett. c (“atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico”), l'assenza dello scopo di lucro andrebbe dedotto, fra l'altro, dalla richiesta di un corrispettivo per le attività svolte che non dà luogo ad un profitto, mentre un'attività didattica può risultare non commerciale anche in presenza di un guadagno a favore dell'istituzione, se sono soddisfatti altri indizi in merito all'assenza di scopo di lucro dell'attività di insegnamento svolta. Diversamente formulato, ma non si nasconde una certa forzatura, si potrebbe addirittura sostenere che la nozione è sì “unica” ma che sono diversi gli indizi da prendere in considerazione a seconda dell'attività oggetto dell'esenzione, ad esempio documentale o didattica.

III.2.6. Le opere utilizzabili

L'uso didattico di opere protette dal diritto d'autore è esentato ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo nella misura in cui risponda ad una “finalità illustrativa”. Non vi è dunque alcuna limitazione di ordine quantitativo (ad es., solo estratti¹⁶¹) ma si copre l'utilizzo di un'opera protetta giustificato dalla necessità di illustrazione nella didattica.

L'art. 5, par. 3, lett. a non menziona limitazioni neppure in

¹⁶¹ Sorprende invece, e non proprio positivamente, l'affermazione della Commissione nel suo recente Libro Verde (*supra*, nota 1) che “the exception often only covers copying excerpts of the research material rather than the entire work”, p. 16. Sia una differenza sul punto fra ricerca scientifica ed attività didattica che il riferimento ad estratti non trovano alcun riscontro nella lettera della Direttiva.

ordine alla natura delle opere utilizzabili a fini didattici. Di conseguenza, salvo quanto vedremo con riguardo alla possibile applicazione del *three-step test*, potrebbero rientrare nel campo di applicazione dell'esenzione anche opere (manuali, antologie) concepite per il mercato delle opere didattiche scolastiche od universitarie.

III.2.7. La finalità dell'utilizzo

Più significativo e probabilmente complesso è il discorso in merito alla specifica finalità dell'utilizzo delle opere coperte da diritto d'autore nell'ambito della prestazione di un servizio didattico. L'uso di opere protette dal diritto d'autore è infatti esentato ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. a nella misura in cui risponda ad una "finalità illustrativa". Nella Convenzione di Berna, come si è visto nel capitolo precedente, si trova la menzione "della finalità illustrativa a fini didattici", ed è verosimile che il legislatore comunitario abbia anche solo implicitamente voluto richiamare il testo unionista¹⁶². Se non vi sono limitazioni di ordine quantitativo od altro, la specificazione della "finalità illustrativa" pone la difficoltà di capire quali utilizzi, nell'ambito dell'attività didattica, non abbiamo la finalità chiaramente richiesta dal legislatore e non siano perciò coperti dall'esenzione.

In primo luogo, è ipotizzabile che il docente utilizzi opere ed altro materiale per arricchire e rendere più agevolmente fruibile il contenuto della propria spiegazione attraverso il riferimento a passaggi di opere altrui. Così, per spiegare agli studenti il sistema delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore nel diritto italiano potrebbe essere particolarmente chiarificatore rifarsi ad uno schema pubblicato in un commentario alla legge sul diritto d'autore, oppure riportato in un articolo di una rivista cui sia abbonata la biblioteca dell'università. Fino

¹⁶² Cfr. R. XALABARDER, *op. cit.*, p. 143.

III CAPITOLO

a qualche anno fa, il docente sarebbe stato costretto a riportare un tale schema alla lavagna¹⁶³. Oggi, grazie alle tecnologie dell'informazione comunemente accessibili, lo schema potrebbe apparire proiettato in forma digitale su uno schermo collocato nell'aula e reso disponibile online agli studenti partecipanti al corso.

L'utilizzo di cui al nostro esempio non è fatto dunque a scopo di critica e discussione dell'opera altrui¹⁶⁴, ma al puro scopo di agevolare la spiegazione agli studenti di uno degli argomenti affrontati nell'ambito del corso. La scelta di quel particolare schema utilizzato a lezione presuppone che il docente lo ritenga sostanzialmente corretto ed utile ai suoi immediati fini, ma non è ovviamente tenuto a spiegare agli studenti la ragione per cui, ad esempio, lo preferisca ad altri schemi eventualmente disponibili.

Tuttavia, a seconda dell'argomento affrontato, la finalità illustrativa può implicare una più o meno profonda critica e discussione dell'opera altrui. Ad esempio, se l'oggetto della lezione è la spiegazione di teorie della concorrenza evolutive, originariamente sviluppate da alcuni autori che rifiutavano gli assunti delle teorie economiche neoclassiche, la spiegazione si può notevolmente arricchire e risultare più agevolmente comprensibile sottoponendo a critica diretta alcuni passaggi tratti dalle opere di autori neoclassici. La "finalità illustrativa" è dunque un concetto elastico, in grado di adattarsi alle esigenze dell'insegnamento con riguardo allo specifico contenuto della lezione così come concepito, strutturato e presentato dal docente.

Per quanto visto finora, gli utilizzi a lezione di materiale protetto non più coperti dall'esenzione dovrebbero essere quelli non giustificati dall'oggetto specifico della spiegazione. Tuttavia, con

¹⁶³ Uno stadio tecnologico intermedio era quello che vedeva, per rimanere al nostro esempio, la fotocopia dello schema su un c.d. "lucido" e la visione da parte degli studenti tramite proiettore.

¹⁶⁴ Così invece l'esenzione per citazione, alla quale torneremo.

riguardo ad una lezione frontale, un utilizzo di opere protette *senza* finalità illustrative sembra difficilmente immaginabile. Se non fosse che per ragioni di tempo e professionalità, è da escludersi che il docente si soffermi su opere protette che non siano in alcun rapporto con gli argomenti trattati a lezione. Ci si può invece immaginare che la lettura di lunghi passaggi tratti da opere altrui possa talvolta sostituire una spiegazione autonoma di singoli argomenti, ma una tale “recitazione” da parte del docente potrebbe essere fatta rientrare nel concetto di illustrazione, anche se di qualità forse non eccelsa.

Invece, è proprio nell’ambito della lezione virtuale che la “finalità illustrativa” pare acquistare un significato più preciso¹⁶⁵. Si pone infatti il problema di verificare se la circostanza di mettere a disposizione degli studenti online delle letture che arricchiscono le spiegazioni di alcuni degli argomenti trattati nell’ambito del corso rientri nell’essenziale. L’utilizzo per uso didattico nell’ambito di una lezione tradizionale, si è visto sopra, non sembra abbia veramente bisogno della limitazione alla finalità illustrativa. Ragioni di tempo ed economia della lezione frontale costringono “naturalmente” l’utilizzo di opere altrui. La didattica online, quasi per definizione, si sottrae a quei vincoli, e rende attuale l’eventualità che il docente compia una scelta di materiale messo a disposizione degli studenti non più giustificata dal preciso contenuto degli argomenti trattati a lezione. Il requisito della “finalità illustrativa” impone invece al docente, nel contesto della didattica online¹⁶⁶, la stessa attenzione e selezione nella scelta dei materiali imposte dai limiti pratici (“naturali”) della lezione frontale.

¹⁶⁵ Scopo che corrisponde, mi pare, a quello dell’originaria introduzione della specificazione qui all’esame nel testo della Convenzione di Berna, cioè quello di porre dei limiti quantitativi, ma non rigidi, alle parti di opere utilizzate, cfr. S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright*, cit., p. 496.

¹⁶⁶ Ovviamente, una funzione simile si poteva già riconoscere alla “finalità illustrativa” con riguardo alla trasmissione televisiva di una lezione.

III CAPITOLO

Una tale opera di auto-costrizione da parte del docente è poi particolarmente importante alla luce del test in tre fasi, come vedremo nella parte conclusiva del presente capitolo.

III.2.8. L'indicazione della fonte

Ultimo presupposto da soddisfare riguarda la necessità di indicare la fonte del materiale utilizzato, ivi compreso il nome dell'autore, salvo in caso di impossibilità. L'applicazione del requisito all'esame non dovrebbe porre particolari dubbi interpretativi, se non con riguardo alla valutazione del livello di difficoltà della citazione da qualificarsi come impossibilità.

III.3. Sull'applicabilità dell'art. 5, par. 1 alla didattica online

III.3.1. L'esenzione delle riproduzioni temporanee

L'art. 2 della Dir. SocInfo riconosce espressamente che anche gli atti di riproduzione temporanea, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, rientrano nel diritto esclusivo dell'autore. In questo modo il legislatore comunitario ha inteso assumere una posizione netta in merito ad una delle questioni più dibattute a livello internazionale in occasione delle negoziazioni che hanno portato all'emanazione del WCT¹⁶⁷, con lo scopo dichiarato di evitare che nei diversi Stati membri venissero elaborate delle interpretazioni non omogenee del diritto di

¹⁶⁷ *Supra*, p. 33 s. Si rammenti che l'iniziativa diplomatica di inserire nei Trattati WIPO un ampio diritto di riproduzione originava proprio dalla Comunità europea e dai suoi membri. Assente dal WCT, nel WPPT si ritrova invece un diritto di riproduzione a favore degli artisti interpreti o esecutori (art. 7) e dei produttori di fonogrammi (art. 11).

riproduzione¹⁶⁸.

Ne consegue che la realizzazione di una copia di un'opera nella memoria RAM e/o sul disco rigido del computer del docente, di una copia cache sul server dell'università e di altre copie temporanee ai fini della trasmissione telematica deve avvenire con il consenso dell'autore, fatta salva la previsione da parte del legislatore di una o più eccezioni¹⁶⁹ applicabili alla fattispecie in questione. Sulla portata dell'art. 5, par. 3 lett. a con riguardo agli atti di riproduzione si è detto nel paragrafo precedente. Va ora affrontata la diversa questione in merito alla possibilità di richiamarsi, nell'ambito dell'attività didattica online, all'art. 5, par. 1, unica disposizione obbligatoria fra quelle previste dalla Dir. SocInfo¹⁷⁰. L'interrogativo è di immediata rilevanza per quegli

¹⁶⁸ Cfr. lo studio elaborato dall'olandese Institute for Information Law su incarico della Commissione europea "*The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*", Amsterdam, 2007, p. 69. Al tempo dell'emanazione della Dir. SocInfo solo la legislazione del Regno Unito, fra tutti gli Stati membri della CE, faceva rientrare nel diritto di riproduzione le copie transitorie (*Copyright, Designs and Patents Act*, Sec. 17, par. 6). L'estensione del diritto di riproduzione fino a coprire le copie temporanee era già sancita all'art. 4 (a) della Direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore ed agli artt. 5 (a) e 7, par. 2, lett. a della Direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati.

¹⁶⁹ Non vi è infatti ragione evidente di escludere, come già rilevato, che alla medesima fattispecie possa applicarsi più di un'eccezione.

¹⁷⁰ All'art. 7 del *Basic Proposal*, cit., dopo avere affermato che anche le riproduzioni temporanee consistono in riproduzioni ai sensi dell'art. 9, par. 1 CB ("... a copy of the work on the hard disk of a PC, or in the working memory of a computer. A work that is stored for a very short time may be reproduced or communicated further, or it may be made perceptible by an appropriate device") si specifica che "it would be a matter for the legislation of Contracting Parties to limit the right of reproduction in the case of temporary reproduction of a work, in whole or in part, in certain specific cases, namely where the purpose of the temporary reproduction is solely to make the work perceptible or where the reproduction is of a transient or incidental nature. Moreover, the temporary reproduction must always take place in the course of use of the work that is authorized by the author or permitted by law. The purpose of this provision is to make it possible to exclude from the scope of the right of reproduction acts of reproduction that are not relevant in economic terms". Si ritrovano qui facilmente i

III CAPITOLO

Stati membri dell'Unione europea che non dovessero disciplinare alcuna eccezione didattica nel proprio ordinamento, oppure, pur prevedendola, la cui sfera di applicazione sia ritagliata in modo tale da escludere (almeno) alcune categorie di atti di riproduzione. Dopo avere analizzato il contenuto della norma, ci chiederemo se essa copra alcune fra le attività rilevanti per il diritto d'autore in cui si scompone la didattica online.

L'art. 5, par. 1 esenta gli atti di riproduzione temporanea che soddisfino contemporaneamente (cumulativamente) quattro condizioni. La prima, che gli atti di riproduzione temporanea siano transitori o accessori; secondariamente, tali atti devono risultare parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico; in terzo luogo, il loro unico scopo deve consistere nel consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, oppure un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali; in quarto luogo, tali atti devono essere privi di rilievo economico proprio. Inoltre, poiché si tratta di un'eccezione ai sensi dell'art. 5, anch'essa è soggetta al "test in tre fasi" *ex art. 5, par. 5 Dir. SocInfo*.

La disposizione all'esame è stata introdotta nella Dir. SocInfo in particolare allo scopo di escludere gli atti di riproduzione temporanea "imposti dalla tecnologia ma che non hanno un significato economico autonomo" e si applica sia nell'ambiente online¹⁷¹ che ad atti di

principali elementi dell'eccezione *ex art. 5, par. 1 Dir. SocInfo*.

¹⁷¹ Nel Rapporto della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato economico e sociale sull'applicazione della Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, SEC (2007) 1556, alla p. 3, si precisano, a titolo esemplificativo, gli atti di riproduzione esentati ai sensi dell'art. 5. par. 1: "reproductions on Internet routers, reproductions created during web browsing or copies created in Random Access Memory (RAM) of a computer, copies stored on local caches of computer systems or copies created in proxy servers".

riproduzione realizzati “nell’ambito dell’utilizzo ... in formati offline”¹⁷².

La questione dell’inquadramento giuridico delle copie intermedie muove a delle riflessioni teoriche di inequivocabile spessore. Se si accoglie una visione non puramente tecnica ma normativa dei diritti patrimoniali dell’autore¹⁷³, cruciale dovrebbe risultare la risposta all’interrogativo se, conto tenuto degli scopi della tutela, sia opportuno che la copia intermedia rientri nella prerogativa esclusiva dell’autore di riprodurre la sua opera¹⁷⁴. Una lettura diversa, più spiccatamente tecnica del diritto di riproduzione, prevalsa in sede comunitaria, fa invece rientrare nel diritto di riproduzione qualsiasi copia semplicemente atta ad adempiere a dei fini comunicativi¹⁷⁵, salvo

¹⁷² Cfr. la Motivazione della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione, COM (97) 628 def., p. 29.

¹⁷³ “The notions of ‘reproduction’ and ‘communication to the public’ are only fully understood if they are interpreted not as technical, but as normative (man-made) notions, i.e. they are not in a simple sense descriptive but purpose-oriented and used to define and delimit existing proprietary rights in a sensible and acceptable way. Thus, if the use of a protected work transmitted over a computer network causes (parts of the work) to be intermediately stored, this technical fact does not, in itself, justify the conclusion that an exclusive reproduction right is potentially infringed”, Legal Advisory Board, Risposta al Green Paper sul diritto d’autore nella società dell’informazione, Bruxelles 1995. La visione normativa può essere fatta risalire a J. KOHLER, *Das Autorrecht*, Jena, 1880, p. 230 “sofern sie [*die Niederlegung*] bestimmt ist, zur Mittheilung an Andere zu dienen”, scaricabile da <http://dlib-pr.mpijg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22160676%22>.

¹⁷⁴ A detta di G. WESTKAMP, *Transient Copying and Public Communications: The Creeping Evolution of Use and Access Rights in European Copyright Law*, in *George Washington International Law Review*, 2004, p. 1087, “(E)phemeral copies created during the process of browsing are no different than opening a book or inserting a disc into a compact disc player”. L’accezione normativa è invece rispecchiata nella tradizionale nozione di riproduzione come copia atta a venire utilizzata come sostituto dell’originale.

¹⁷⁵ Cfr. la Motivazione della proposta di direttiva (1997), cit., p. 24: “the second element (temporary/ permanent) is intended to clarify the fact that in the network

poi esentare le riproduzioni transitorie sulla base dell'art. 5, par. 1 Dir. SocInfo.

Nell'ordinamento comunitario non si discute dunque di un tempo minimo di permanenza della copia perché possa venire considerata una riproduzione¹⁷⁶. L'elemento temporale (assieme ad altri) è invece rilevante ai fini dell'applicabilità dell'eccezione ex art. 5, par. 1 della Direttiva.

Il criterio della temporaneità scelto dal legislatore comunitario porta evidentemente ad escludere riproduzioni "stabili"¹⁷⁷, ma non offre ulteriori indicazioni all'interprete in merito ad una più precisa individuazione. Si considerino le copie cache, portate ad esempio di riproduzioni temporanee dal già menzionato Considerando 33 della

environment very different types of reproduction might occur which all constitute acts of reproductions within the meaning of this provision. The result of a reproduction may be a tangible permanent copy, like a book, but it may just as well be a non-visible temporary copy of the work in the working memory of a computer. Both temporary and permanent copies are covered by the definition of an act of reproduction".

¹⁷⁶ Diversa è la situazione ad esempio negli Stati Uniti dove un tale interrogativo viene posto in relazione al requisito della fissazione ex Section 101 del *Copyright Act*. V. ad esempio il *U.S. Copyright Office, DMCA Section 104 Report (agosto 2001)*, p. 109 ss., scaricabile da <http://www.copyright.gov/reports/studies/dmca/sec-104-report-vol-1.pdf>, e J. GINSBURG, *Recent Developments in US Copyright Law - Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb?*, Columbia Public Law Research Paper N. 08-192, 2008, p. 6 ss.

¹⁷⁷ V. L. GUIBAULT, G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN, B. HUGENHOLTZ, M. VAN EECHOU, N. HELBERGER, L. STEIJGER, M. ROSSINI, N. DUFFT, P. BOHN, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Institute for Information Law, Università di Amsterdam, 2007, scaricabile da http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf, p. 32. In modo parallelo, la temporaneità delle registrazioni effimere effettuate dagli enti di radiodiffusione ex art. 11-bis, par. 3 CB veniva intesa dai delegati alla Conferenza di Bruxelles in opposizione alle registrazioni durevoli o permanenti, senza però riuscire a trovare una formulazione più precisa sulla quale fare convergere un accordo, cfr. S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 531.

Direttiva. Come noto, le copie cache create localmente dal computer (c.d. *client caching*¹⁷⁸) durante la navigazione in rete tramite browser possono “esistere” anche per più ore e giorni. In relazione ad esse è dunque difficile sostenerne la transitorietà, ma saranno comunque riproduzioni temporanee e, se non transitorie, allora accessorie. Di conseguenza, la temporaneità delle riproduzioni *ex art. 5, par. 1* sarà difficilmente accertata misurandone la permanenza in secondi, minuti, ore, giorni, ecc. Caratteristica principale, mi pare, è che si tratta di riproduzioni destinate alla trasformazione, alla soppressione nell’ambito di un procedimento tecnologico¹⁷⁹.

III.3.2. Riproduzioni transitorie od accessorie

Passando all’analisi delle quattro condizioni¹⁸⁰ dell’esonazione *ex art. 5, par. 1 Dir. SocInfo*, la prima richiede che le riproduzioni siano transitorie od accessorie. Per quanto attiene alla transitorietà, all’interprete è affidato il compito di elaborare una distinzione fra due concetti, temporaneità e transitorietà, che nell’uso comune vengono però spesso assimilati, se non addirittura ritenuti sinonimi¹⁸¹. Per quello

¹⁷⁸ V. *supra*, nota 171.

¹⁷⁹ In termini simili si esprime l’Avvocato Generale Verica Trstenjak nelle sue Conclusioni del 12.02.2009, Causa C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, in part. par. 70: “La scannerizzazione [*sic*] e la conversione del file di immagine in un file di testo rappresentano quindi soltanto atti propedeutici rispetto alla memorizzazione e alla stampa dell’estratto dall’articolo di giornale, composto di undici parole. Entrambi tali file vengono cancellati, il primo durante il procedimento di predisposizione degli estratti ed il secondo immediatamente dopo la fine di quest’ultimo. Pertanto, a mio avviso, la scannerizzazione e la conversione del file di immagine in un file di testo possono essere definite atti di riproduzione temporanea”.

¹⁸⁰ Nell’esposizione si richiamerà l’ordine dei criteri che rispecchia la versione inglese.

¹⁸¹ La contiguità è ben dimostrata sfogliando un qualsiasi dizionario. Ad es., secondo *Il Nuovo Zingarelli*, Zanichelli, Bologna, 1983, «temporaneo» significa «che

III CAPITOLO

che si è appena detto, il concetto di temporaneità inserito nell'eccezione in esame andrebbe comunque inteso nel senso che, proprio in quanto integrate in un procedimento tecnologico, le riproduzioni sono per loro natura destinate alla soppressione, piuttosto che al *consumptive use*. Rimane ora da chiarire che cosa si intenda per transitorietà.

La prima interpretazione del concetto di transitorietà da parte di giudici comunitari è stata articolata recentemente nella sentenza *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*¹⁸². Infopaq è una società che svolge un'attività di monitoraggio e di analisi dei media della carta stampata, nonché di altri media. Oggetto della pronuncia è l'attività di monitoraggio dei media della carta stampata realizzata attraverso la predisposizione di sintesi degli articoli selezionati, inviate ai clienti di Infopaq tramite posta elettronica. La particolarità dell'attività svolta sta nel procedimento di selezione degli articoli, che prevede in particolare la scansione degli articoli dalla quale si ottiene un file di immagine (TIFF – *Tagged Image File Format*) poi convertiti in file di testo (dal programma OCR – *Optical Character Recognition*), all'interno del quale vengono ricercate alcune parole predeterminate. Se un determinato articolo contiene i termini ricercati, questi vengono memorizzati, assieme alle cinque parole che li precedono ed alle cinque che li seguono, in un file in cui si indicano in particolare il titolo della pubblicazione, la pagina e la rubrica in cui i termini appaiono. Il procedimento di selezione si chiude con la stampa di un documento, per

dura poco tempo, non è stabile e definitivo», e la nozione di «transitorio» significa «che passa, non dura» e ancora «provvisorio, temporaneo». La distanza fra i due concetti non aumenta in modo significativo se si prendono versioni della Dir. SocInfo in altre lingue, v. ad es. quella francese, che parla di «actes de reproduction provisoires ... qui sont transitoires». Secondo *Le Nouveau Petit Robert*, Le Robert, 2009, «provisoire» significa «qui existe, qui se fait en attendant autre chose, qui est destiné à être remplacé» et «transitoire» viene definito come «qui passe, qui ne dure pas» e «qui constitue une transition, qui remplit l'espace de temps entre deux états».

¹⁸² *Supra*, nota 179.

ognuna delle pagine di giornale in cui compare il termine ricercato, che riporta il termine ricercato unitamente ai dieci termini “circostanti”. Sulla base della selezione “automatizzata” così operata, il personale della Infopaq redige la sintesi che viene inviata agli abbonati¹⁸³.

Rispondendo ad una richiesta di pronuncia pregiudiziale proposta dal danese Højesteret, la Corte ha ritenuto che le riproduzioni oggetto della causa non fossero da ritenersi transitorie semplicemente per il fatto della loro cancellazione al termine del procedimento tecnologico. Invocando la necessità della certezza del diritto dei titolari dei diritti d’autore e richiamando il criterio *ex art. 51, par. 1*, in base al quale le riproduzioni devono essere parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, i giudici comunitari enunciano un doppio principio interpretativo con riguardo agli atti transitori di riproduzione¹⁸⁴. In primo luogo, tali atti non possono eccedere quanto necessario per il funzionamento del procedimento tecnologico cui si riferiscono. Secondariamente, la “conservazione e la soppressione” delle riproduzioni non devono dipendere “da un intervento umano discrezionale, segnatamente quello dell’utilizzatore dell’opera protetta”. La Corte argomenta che in caso contrario

“non sarebbe in alcun modo garantita l’effettiva soppressione, ad opera della persona interessata, della riproduzione creata ovvero, in ogni caso, la soppressione della stessa nel momento in cui la sua esistenza non sia

¹⁸³ Aspetti che non emergono con chiarezza dall’ordinanza di rinvio sono tuttavia “come vengano predisposte tali sintesi, né quale sia esattamente il loro contenuto” e neppure “quale rapporto intercorra tra le dette sintesi e gli estratti da articoli di giornale, costituiti dalla parola ricercata nonché dalle cinque parole che la precedono e dalle cinque che la seguono”. Infine, non è dato sapere se “se gli estratti di undici parole siano utilizzati esclusivamente a livello interno o se invece sussista anche la possibilità che essi vengano inviati agli abbonati della società Infopaq”, cfr. le Conclusioni dell’Avvocato Generale, cit., *ivi*, nota 5.

¹⁸⁴ Par. 61 ss. della sentenza.

III CAPITOLO

più giustificata dalla sua funzione intesa a consentire la realizzazione di un procedimento tecnico”.

I giudici comunitari troverebbero conferma dell'interpretazione proposta in particolare al Cons. 33 della Dir. SocInfo che, quali esempi caratteristici di riproduzioni cui si applica l'eccezione in questione, menziona la navigazione in rete e la realizzazione di copie cache, compresi gli atti che facilitano l'effettivo funzionamento dei sistemi di trasmissione, dunque, secondo la Corte, atti “creati e soppressi automaticamente e senza intervento umano”.

Atti transitori di riproduzione sarebbero dunque, a detta della Corte, quelli la cui soppressione sia automatizzata, intervenga senza intervento umano ed in un breve lasso di tempo. Non sono invece qualificabili transitori gli atti la cui soppressione dipenda dalla volontà dell'utilizzatore ed in relazione ai quali vi sia il rischio che perdurino nonostante l'esaurimento della loro funzione di realizzazione del procedimento tecnologico cui si riferiscono.

Rispetto all'accezione esclusivamente temporale della transitorietà, l'interpretazione fornita dai giudici comunitari aggiunge dunque il requisito della “automatizzazione della soppressione”. Il procedimento tecnologico deve essere in grado di “distruggere esso stesso” la riproduzione effettuata, in modo interamente meccanizzato, indipendente dalla “volontà dell'utilizzatore”¹⁸⁵.

Di conseguenza, la Corte non ritiene che costituisca riproduzione temporanea e transitoria ai sensi dell'art. 5, par. 1 della Dir. SocInfo la fase finale del procedimento di selezione degli articoli, che consiste nella stampa dei file contenenti gli estratti degli articoli di giornali, sulla base dei quali verranno elaborate le sintesi poi inviate ai

¹⁸⁵ *Ibidem*, in part. par. 69.

clienti di Infopaq¹⁸⁶. La cancellazione automatica dalla memoria informatica non viene invece esclusa per quanto riguarda il file di immagine ed il file di testo¹⁸⁷.

Il caso Infopaq ha offerto alla Corte la prima occasione per pronunciarsi su una parte della Direttiva che, dopo un periodo di relativo oblio, ha iniziato ad attrarre una sempre maggiore attenzione. Eccezione immaginata per il mondo delle reti, i giudici comunitari sono molto attenti a circoscriverne la portata applicativa alla “sfera informatica”¹⁸⁸, in particolare elevando a requisito essenziale degli atti di riproduzione transitori la loro automatica soppressione, senza intervento umano. Non possono dunque venire considerate transitorie le copie fissate su supporto materiale (es., stampa), in quanto il procedimento tecnologico non sarà in grado, di per se stesso, di distruggere tale supporto, ma richiederà l’intervento dell’utilizzatore¹⁸⁹. Neppure la circostanza che un procedimento sia totalmente informatizzato garantisce tuttavia la transitorietà delle copie realizzate. Infatti, anche con riguardo ad un file inserito nella memoria informatica di un computer vi sarebbe il rischio che “rimanga memorizzato dopo avere esaurito la sua funzione di realizzazione del procedimento tecnico in questione”¹⁹⁰.

La pronuncia può colpire nella misura in cui proietta l’immagine di un mondo in cui la presenza umana è interamente soppiantata da macchine che realizzano e sopprimono riproduzioni in modo automatico. La “discrezionalità umana”, in un tale contesto, crea un rischio che pregiudica in particolare l’esigenza di certezza del diritto

¹⁸⁶ V. però *supra*, nota 183.

¹⁸⁷ Permane invece un dubbio con riguardo al destino del file ottenuto dalla memorizzazione dell’estratto dalle undici parole, in merito al quale il giudice del rinvio è chiamato a fare chiarezza.

¹⁸⁸ Par. 67 della sentenza.

¹⁸⁹ La carta è poi, di regola, un medium particolarmente duraturo.

¹⁹⁰ Par. 66 della sentenza.

III CAPITOLO

dei titolari di diritto d'autore. Una lettura rigorosamente "tecnologica" dell'eccezione *ex art. 5, par. 1* della Dir. SocInfo sembra forse rendere inevitabile una tale conclusione. Con riguardo ad altri contesti, e ad altre eccezioni, la lettura proposta dai giudici comunitari, decisamente volta alla tutela dei titolari dei diritti d'autore, potrebbe invece risultare molto meno convincente.

Ci si può inoltre chiedere se, prima ancora di verificare se la copia fissata su rapporto materiale realizzata nella fase finale del procedimento di selezione fosse transitoria, i giudici non ne avrebbero dovuto comunque negare la temporaneità¹⁹¹. L'inquadramento giuridico della copia sarebbe dipeso, in questa "fase preliminare", dalla verifica se, pur in assenza di una soppressione automatica, quella fosse comunque garantita, in tempi brevi, dall'intervento umano.

Infine, ci si può forse rammaricare che la Corte di giustizia non abbia considerato la causa Infopaq un'utile occasione per chiarire il rapporto fra riproduzioni temporanee ed riproduzioni transitorie¹⁹². Si è ad esempio suggerito di considerare transitoria la riproduzione che sussiste per un periodo di tempo molto breve e che scompare subito dopo la realizzazione. La riproduzione temporanea, anch'essa destinata alla soppressione, potrebbe avere invece una durata più prolungata¹⁹³.

¹⁹¹ Così l'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni, cit., par. 72, secondo la quale la stampa dell'estratto non avrebbe avuto natura di atto di riproduzione temporanea ma permanente. L'Avvocato tuttavia motiva tale valutazione sostenendo che sarebbe stato l'utente stesso a decidere il momento della sua distruzione, mentre nel testo ritengo che l'intervento umano non escluda a priori che la riproduzione sia comunque destinata alla soppressione nell'ambito di un procedimento tecnologico.

¹⁹² È interessante notare come il legislatore neozelandese, che ha recentemente modificato in profondità le disposizioni nazionali in tema di diritto d'autore, si sia chiaramente ispirato al diritto comunitario con riguardo alla disciplina delle copie «tecniche», ma abbia preferito omettere la qualifica di copie temporanee, limitandosi a menzionare quelle transitorie, v. la nuova Sec. 43A introdotta dal *Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008 No 27*.

¹⁹³ Così l'Avvocato Generale Trstenjak, cit., par. 81. V. anche Study on the

Questa interpretazione introduce tuttavia la difficoltà di raggiungere una qualche intesa sul lasso di permanenza della riproduzione da considerarsi “breve”, “brevissimo” oppure “duraturo”, “prolungato”, ecc.¹⁹⁴.

Le riproduzioni non transitorie possono comunque rientrare nell'esenzione se sono accessorie. L'aggettivo utilizzato, nel suo significato letterale, indica che la riproduzione realizzata “affianca in funzione secondaria ciò che è principale”¹⁹⁵.

Rispetto al requisito della transitorietà, l'accessorietà sembra offrire una maggiore latitudine applicativa. Anche riproduzioni “informatiche” per eccellenza, come quelle effettuate nella memoria RAM del computer, potrebbero in effetti non venire considerate transitorie¹⁹⁶. Infatti, se è vero che le copie RAM si cancellano al più tardi¹⁹⁷ nel momento in cui si spegne il computer, non può venire escluso che esso rimanga acceso per periodi non brevissimi, quali ore o giorni¹⁹⁸. A maggior ragione potrebbero rientrare le copie cache

implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC, cit., p. 32.

¹⁹⁴ L'Avvocato Generale Trstenjak, cit., par. 81, si rende ben conto della delicatezza della valutazione (“È certamente molto difficile, se non impossibile, stabilire esattamente in anticipo per quanto tempo debba sussistere una riproduzione per poter essere considerata transitoria”) ma confida nella capacità dei giudici di operare delle valutazioni “caso per caso, alla luce di tutte le circostanze di specie”.

¹⁹⁵ *Dizionario Sabatini Coletti*, edizione online dal sito web del Corriere della Sera.

¹⁹⁶ Per un'esplicita qualificazione delle copie nella memoria RAM come transitorie v. però il berlinese Kammergericht, 30.4.2004 – 5 U 98/02 (*Ausschnittdienst*), in *GRUR-RR*, 2004, p. 231, che la fa dipendere dalla dipendenza della memoria RAM dalla erogazione di corrente: “(G)erade die Abhängigkeit des Arbeitsspeichers von der Stromversorgung zeigt die Flüchtigkeit der in ihr enthaltenen Festlegungen und insoweit kommt dem Begriff des Flüchtigen im Rahmen vorübergehender Vervielfältigungen ein eigener Bedeutungsgehalt zu”.

¹⁹⁷ Invece, prima dello spegnimento, le copie RAM si cancellano tramite riscrittura.

¹⁹⁸ Si noti poi che lo spegnimento del computer, che provoca la soppressione delle riproduzioni, è tutt'altro che automatico, ma dipende dalla volontà dell'utilizzatore. Vero è anche che la volontà attiene all'atto di spegnimento e non di cancellazione della riproduzione.

realizzate sul computer dell'utilizzatore e sul *proxy server*¹⁹⁹, nonché le copie c.d. *buffer* nel computer del destinatario create incidentalmente nel corso dell'esecuzione di un'opera musicale in modalità *streaming*. La categoria dell'accessorietà potrebbe poi ricomprendere riproduzioni transitorie, nel senso di copie destinate alla soppressione in tempi brevi, ma non in modo automatico. Non si può neppure escludere a priori che risultino accessorie le riproduzioni a stampa cui la Corte nella sentenza *Infopaq*, come abbiamo visto, ha negato la qualifica di transitorietà²⁰⁰.

III.3.3. Riproduzioni che costituiscono una parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico

La connotazione tecnica dell'esenzione qui all'esame si specifica ulteriormente attraverso il secondo requisito²⁰¹. Gli atti di riproduzione temporanea, per venire esentati ai sensi dell'art. 5, par. 1 devono infatti costituire una parte integrale ed essenziale di un procedimento tecnologico.

Dal tenore del secondo criterio è possibile dedurre che le riproduzioni esentate *ex art. 5, par. 1 Dir. SocInfo* emergono transitoriamente od incidentalmente (primo requisito) nel contesto di un determinato procedimento tecnologico²⁰². La Direttiva si astiene tuttavia dall'indicare una fase specifica in cui le copie devono realizzarsi per

¹⁹⁹ Cfr. anche *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC*, cit., p. 32. V. per questa interpretazione anche OLG Dresda, 28.11.2006 – 14 U 1071/06, *ZUM* 2007, p. 205.

²⁰⁰ Questione non trattata dai giudici comunitari perché non sollevata dal giudice del rinvio, v. par. 71 della sentenza citata.

²⁰¹ Si possono tuttavia nutrire dei dubbi in merito alla concreta rilevanza del requisito in esame: la già menzionata Proposta di WCT (cit., nota 170) ad esempio non lo menzionava.

²⁰² L'espressione «procedimento tecnologico» è utilizzata nella Direttiva solo in relazione alle riproduzioni temporanee.

potere beneficiare dell'esenzione²⁰³, e se ne può correttamente dedurre l'irrilevanza ai sensi del secondo requisito dell'art. 5, par. 1²⁰⁴. Di conseguenza, anche copie realizzate in un passaggio non strettamente necessario del procedimento tecnologico potranno rientrare nell'esenzione²⁰⁵, sempre che le altre condizioni indicate dall'art. 5, par. 1 siano soddisfatte.

III.3.4. Finalità della riproduzione temporanea

III.3.4.1. Trasmissione in rete di un'opera o di altri materiali tra terzi con l'intervento di un intermediario

Il procedimento tecnologico nel cui contesto si inseriscono le riproduzioni temporanee deve, in primo luogo (a), consentire la trasmissione in rete tra terzi da parte di un intermediario. La disposizione non si riferisce alle sole trasmissioni in Internet, ma anche ad altre reti, quali quelle telefoniche²⁰⁶. Il Cons. 33 specifica che

“tale eccezione include atti che facilitano la navigazione in rete e la realizzazione di copie «cache», compresi gli atti che facilitano l'effettivo funzionamento dei sistemi di trasmissione, purché l'intermediario non modifichi le informazioni e non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni”.

²⁰³ Cfr. la Motivazione della proposta di direttiva (1997), cit., p. 29 (“dictated by technology”).

²⁰⁴ Questo è l'avviso anche dell'Avvocato Generale Trstenjak, cit., par. 95.

²⁰⁵ Cfr. G. SPINDLER, *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, in *GRUR*, 2002, p. 111.

²⁰⁶ V. *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/*, cit., p. 33.

III CAPITOLO

Si tratta dunque, nella prima alternativa del quarto requisito, di esentare dal diritto di riproduzione in particolare le attività realizzate dai c.d. *conduit service provider*²⁰⁷, dunque soggetti che non trasmettono direttamente, in proprio, agli utilizzatori finali, ma che pongono in atto l'intermediazione fra mittente (ad es., un'università) e ricevente (ad es., uno studente iscritto ad un corso impartito dall'università)²⁰⁸. Le riproduzioni qui esentate sono quelle effettuate dagli intermediari per permettere la trasmissione in rete (*transmission-enabling*), dunque Internet ma anche, ad es., reti telefoniche e comunicazioni *wireless*.

Va notato che la legittimità dell'utilizzo non è rilevante con riguardo alla prima alternativa. Di conseguenza, è coperta dall'esenzione la riproduzione temporanea realizzata dall'intermediario per permettere la trasmissione in rete fra le parti anche se l'utilizzo dell'opera avviene in violazione dei diritti dell'autore. Tuttavia, come giustamente rilevato²⁰⁹, non si può ritenere che la scelta operata dal legislatore comunitario consista in un'amnistia a favore degli intermediari, in quanto le riproduzioni realizzate da questi ultimi devono comunque soddisfare le altre tre condizioni *ex art. 5, par. 1*, fra le quali in particolare l'assenza di rilievo economico proprio della riproduzione.

²⁰⁷ La portata della responsabilità degli intermediari nella trasmissione tramite reti viene dunque identificata dalla Direttiva SocInfo assieme alla Direttiva 2000/31/CE sul Commercio Elettronico, GUCE L 178 del 17/07/2000 (con modifiche successive).

²⁰⁸ G. GUGLIELMETTI, *Riproduzione e riproduzione temporanea*, in *AIDA*, 2002, p. 33 ne deduce quindi che l'esenzione non sarebbe riferibile alla "trasmissione su reti interne appartenenti, ad esempio, a imprese, università o altri enti".

²⁰⁹ Cfr. *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/*, cit., p. 32.

III.3.4.2. Utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali

A differenza della prima alternativa del terzo requisito, la seconda (b) riguarda riproduzioni che consentono l'utilizzo (*use-enabling*). Il Cons. 33 della Direttiva specifica che

“(L)’utilizzo è da considerare legittimo se è autorizzato dal titolare del diritto o non è limitato dalla legge”²¹⁰.

La Direttiva si riferisce direttamente all'utilizzo²¹¹, che può venire autorizzato implicitamente od esplicitamente dal titolare del diritto; altrimenti, l'utilizzo può rientrare in una delle eccezioni o limitazioni previste dal legislatore nazionale in conformità con la Direttiva²¹².

Vi è dunque un parziale rimando dall'art. 5, par. 1 alla lista delle eccezioni *ex art. 5*, parr. 2 e 3, nonché al *three-step test* ai sensi dell'art. 5, par. 5. Nella misura in cui l'utilizzo dell'opera si dovesse considerare legittimo in quanto coperto da una disposizione nazionale conforme alla legislazione comunitaria, la riproduzione transitoria realizzata nell'ambito del procedimento tecnologico in cui l'utilizzo si è esplicitato soddisferà il terzo requisito dell'art. 5, par. 1. La specificazione di cui al punto b della norma assolve dunque all'importante funzione di salvaguardare gli utilizzi coperti dalle eccezioni da pretese dei titolari dei diritti che potrebbero fare leva sul diritto di riproduzione²¹³.

²¹⁰ V. Cons. 33.

²¹¹ Non all'utilizzatore, al quale si riferisce invece l'art. 6, par. 1 della Dir. 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati.

²¹² Cfr. *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/*, cit., p. 34.

²¹³ Cfr. S. BECHTOLD, *Comment on Directive 2001/29/EC art. 4*, in T. DREIER, P. HUGENHOLTZ, *Concise European Copyright Law*, L'Aia, 2006, p. 373.

L'articolo all'esame non rende tuttavia un utilizzo lecito, ma può solo esentare gli atti di riproduzione temporanea che permettono tale utilizzo. Se, ad esempio, la legge di uno Stato membro consente la realizzazione di una copia privata in conformità all'eccezione *ex art. 5*, par. 2, lett. b della Dir. SocInfo, la riproduzione dell'opera nella memoria RAM del computer, creata in contemporanea alla realizzazione della copia a fini privati, verrà esentata *ex art. 5*, par. 1²¹⁴.

III.3.5. Assenza di rilievo economico proprio

Fra i criteri indicati dall'art. 5, par. 1, l'ultimo può a prima vista sembrare il più importante, o perlomeno risolutivo. Dalla mancanza di rilievo economico si dovrebbe dedurre l'assenza di rilevanza della riproduzione temporanea per i titolari dei diritti, giustificandone così l'eccezione. D'altra parte, non è neppure del tutto inverosimile leggere nei criteri precedentemente analizzati dei "passaggi" per giungere appunto alla selezione di atti di riproduzione privi di valore economico²¹⁵, ridimensionando così la rilevanza dell'ultimo criterio.

Attribuire al criterio all'esame un significato autonomo e pregnante non è comunque compito agevole, anche a causa dell'assenza di un chiaro collegamento a riconosciuti principi o concetti di diritto d'autore²¹⁶. Neppure la motivazione della proposta della Direttiva offre un qualche ausilio all'interprete²¹⁷.

²¹⁴ Cfr. *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/*, cit., p. 34.

²¹⁵ Riferendosi al secondo paragrafo dell'art. 7 della Proposta di WCT, cit., che avrebbe dovuto introdurre un'eccezione facoltativa al diritto di riproduzione per le riproduzioni temporanee, nelle note si chiarisce che "(T)he purpose of this provision is to make it possible to exclude from the scope of the right of reproduction acts of reproduction that are not relevant in economic terms".

²¹⁶ Cfr. l'analisi di G. WESTKAMP, *op. cit.*, p. 1097 ss.

²¹⁷ V. l'Avvocato Generale Trstenjak, cit., par. 124.

Se si muove dall'espressione letterale del quarto criterio, va notato come non si nega a priori che la riproduzione temporanea possa avere valore economico e comunque giovare dell'esenzione: solo il rilievo economico proprio, nel senso di autonomo, fa rientrare l'atto nella sfera di esclusività dell'autore.

Varie circostanze potrebbero verosimilmente privare la riproduzione temporanea di valore economico a lei direttamente ascrivibile. In primo luogo si potrebbe sostenere che l'utilizzo reso possibile dal procedimento tecnologico cui la riproduzione temporanea inerisce è già altrimenti retribuito al titolare del diritto, cioè sulla base dell'esercizio di diritti "principali", quali il diritto di comunicazione al pubblico o di riproduzione. In questo caso il valore economico della riproduzione temporanea per il titolare del diritto d'autore è solo ausiliario (*ancillary*)²¹⁸.

D'altra parte, è agevolmente comprensibile che le riproduzioni temporanee realizzate dall'utilizzatore hanno spesso per quest'ultimo un valore economico, indipendentemente dalla diretta remunerazione del servizio da parte di terzi che tali riproduzioni rendono possibile, in particolare in termini di minori spese e di incremento di efficienza. Così, ad esempio, le copie cache realizzate sui *proxy server* che permettono di ridurre il tempo della trasmissione hanno sì un effetto positivo sugli utenti di Internet, ma anche un indubbio significato economico per gli intermediari²¹⁹. Con riguardo alle copie cache realizzate dai motori di ricerca i dubbi in merito all'assenza di valore

²¹⁸ Problemi possono tuttavia sorgere quando il diritto di riproduzione ed il diritto di comunicazione al pubblico con riguardo alla stessa opera hanno titolari diversi.

²¹⁹ Con riguardo alla Proposta di Dir. SocInfo S. LEWINSKI VON, *Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft*, in *GRUR Int.*, 1998, p. 639, argomentava appunto "... daher wären also Zwischenspeicherungen, die z.B. durch die Verkürzung der Übertragungsdauer eine intensivere Nutzung erlauben, nicht von der Ausnahme erfaßt".

economico autonomo sembrerebbero ancora più fondati²²⁰.

Quando il servizio reso possibile grazie alle riproduzioni temporanee costituisce un'attività economica autonoma, che viene direttamente remunerata dai terzi, non dovrebbero invece sorgere dubbi in merito alla rilevanza economica autonoma delle stesse²²¹.

III.3.6. Quale rilevanza per la didattica online?

La portata dell'eccezione per la didattica *ex art. 5, par. 3 lett. a* della Direttiva è ampia. Come abbiamo visto, essa si estende, in linea di principio, a tutti gli atti di riproduzione e di comunicazione al pubblico così come disciplinati dalla Direttiva, dunque riproduzioni permanenti, temporanee e tutte le modalità di comunicazione al pubblico, compresa quella interattiva online. Un'eccezione didattica nazionale che dovesse avere la medesima estensione di quella comunitaria coprirebbe agevolmente le attività di didattica online, sempre che le altre condizioni indicate dalla disposizione siano soddisfatte, e che sia ovviamente superato il *three-step test*.

Come vedremo nel prossimo capitolo, dedicato fra l'altro ad una panoramica di alcune delle soluzioni elaborate in materia di *E-Learning* da Stati membri dell'Unione europea, i casi di recepimento testuale dell'art. 5, par. 3 lett. a sono rari. Più spesso, i legislatori nazionali hanno riformulato eccezioni didattiche già ricomprese nei loro rispettivi ordinamenti per renderle compatibili con la Dir. SocInfo e, nella migliore delle ipotesi, per adattarle alle nuove esigenze di cui la

²²⁰ Soprattutto nell'ipotesi in cui le copie originali non siano più liberamente disponibili in Internet, v. S. KLEIN, *Search Engines and Copyright - An Analysis of the Belgian Copiepresse Decision in Consideration of British and German Copyright Law*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 475 s.

²²¹ Cfr. OLG Dresda, 28.11.2006, 14 U 1070/06, in *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2008, p. 163; LG Monaco di Baviera I, 15.03.2007, 7 O 7061/06, in *MMR*, 2007, p. 329.

Direttiva stessa si è fatta espressione, nei limiti posti da quest'ultima²²².

È dunque tutt'altro che inverosimile che, nel contesto di uno Stato membro in cui la didattica online non abbia trovato alcuna specifica copertura da parte di un'eccezione nazionale *ad hoc*, oppure in cui l'eccezione nazionale sia di limitata o di difficile applicazione, ci si ponga l'interrogativo in merito alla possibilità di richiamare l'art. 5, par. 1, unica disposizione obbligatoria fra quelle disposte dal legislatore comunitario.

La questione può venire posta prima di tutto con riguardo agli atti di riproduzioni realizzati nel percorso fra server dell'università ed il computer degli studenti, necessari alla fruizione online delle opere. In particolare, si pensi alle riproduzioni realizzate nelle memorie RAM dei computer, nei cache dei computer locali e dei *proxy server*. Sulla base dei risultati dell'esegesi dell'art. 5, par. 1 sopra proposta, non vi sarebbero di regola difficoltà a ritenere soddisfatti i criteri primo (transitorietà²²³ od accessorietà), secondo (parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico) e quarto (assenza di rilievo economico proprio). Per quanto attiene invece al terzo criterio, nell'ottica della docente e dell'università che realizzano un'attività di didattica online sarà essenzialmente rilevante la seconda alternativa, che giustifica le riproduzioni transitorie sulla base dell'utilizzo legittimo dell'opera. Infatti, sopra si è visto che la prima alternativa ("trasmissione in rete") si riferisce essenzialmente all'attività dell'intermediario.

In particolare, si dovrà verificare se, secondo la legislazione nazionale applicabile alla fattispecie, l'utilizzo in questione sia stato eventualmente autorizzato dal titolare del diritto, anche in modo implicito. Tale circostanza potrebbe dedursi, ad esempio, dall'avere

²²² Si ricorda in part. che la lista delle eccezioni e limitazioni *ex art. 5* della Dir. SocInfo è esaustiva.

²²³ Anche nell'interpretazione restrittiva di riproduzione transitoria offerta recentemente dai giudici comunitari, *supra*, p. 79.

III CAPITOLO

caricato consapevolmente un'opera digitalizzata poi utilizzata a fine didattico su una pagina web ad accesso aperto²²⁴. Al di fuori della sfera degli utilizzi autorizzati dal titolare, le copie temporanee potrebbero permettere utilizzi coperti dalle eccezioni al diritto d'autore contemplate in una legislazione nazionale.

Come precedentemente notato, la portata dell'art. 5, par. 1 è circoscritta. Tale disposizione non ha la capacità di rendere un utilizzo lecito, ma può solo esentare gli atti di riproduzione temporanea che *permettono* tale utilizzo. Si prenda ad esempio²²⁵ un istituto di istruzione che realizzi, a fini illustrativi per uso didattico, la riproduzione di una videoregistrazione di una trasmissione. Per realizzare tale riproduzione, viene creata una copia temporanea nella memoria RAM di un computer. Di *per sé considerata*, la riproduzione temporanea è legittima se l'utilizzo che lei permette, nel nostro esempio la riproduzione della videoregistrazione, viene coperto da un'eccezione nazionale (terzo criterio). Inoltre, se la riproduzione temporanea stessa soddisfa le altre condizioni poste dall'art. 5, par. 1. Di conseguenza, la legittimità della riproduzione temporanea di cui al nostro esempio non potrà che dipendere dalla presenza nell'ordinamento nazionale di un'eccezione che a sua volta legittimi l'utilizzo dell'opera, dunque la riproduzione della videoregistrazione a fini illustrativi per uso didattico.

La questione dell'applicazione dell'art. 5, par. 1 alla didattica online è dunque rilevante essenzialmente nell'ambito di ordinamenti che dovessero già prevedere un'eccezione a favore di usi didattici, ma dai contorni non del tutto definiti. Si pensi ad esempio alla digitalizzazione di una breve poesia utilizzata a fini illustrativi per uso didattico. Dalla scansione del testo si ottiene un file di immagine, che viene poi convertito in file di testo. Indipendentemente dall'applica-

²²⁴ Cfr. *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/*, cit., p. 34.

²²⁵ Esempio proposto dall'Avvocato Generale Trstenjak, cit., par. 107.

zione dell'eccezione didattica nazionale, le riproduzioni così effettuate potrebbero rientrare nell'eccezione obbligatoria se ne vengono soddisfatti i quattro criteri sopra analizzati. L'uso legittimo di cui al terzo criterio è dunque quello relativo alla riproduzione a fini illustrativi, resa possibile grazie alle riproduzioni transitorie.

III.4. L'esenzione della citazione ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. d ed insegnamento digitale

III.4.1. La citazione nell'attività didattica: dall'illustrazione alla critica?

La Direttiva SocInfo contempla, oltre a quella specificatamente didattica, l'importante esenzione a favore delle citazioni. Ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. d, gli Stati membri possono prevedere un'eccezione o limitazione al diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico quando

“si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico”.

La possibilità di citare delle fonti, che siano opere scritte, brani musicali, opere audiovisive, siti web, è centrale all'insegnamento. Come a tutti evidente, ogni attività che contempli il trasferimento di

III CAPITOLO

conoscenze teoriche²²⁶ è implicitamente od esplicitamente un insieme di citazioni. A seconda del livello di insegnamento, la citazione può assumere delle funzioni diverse.

Nell'insegnamento elementare, il docente idealmente costruisce la lezione rifacendosi ad un insieme di fonti, spesso di taglio manualistico, specializzate nel presentare i contenuti in modo che siano comprensibili ad allievi di bassa età. Nell'ambito della spiegazione, il riferimento alle fonti è implicito, e molto spesso non comporta una ripresa ("recitazione") fedele, ma una loro elaborazione, frutto dell'integrazione con le conoscenze precedenti del docente e della sua capacità di rendere gli argomenti accattivanti e così di sollecitare l'attenzione e la curiosità degli allievi. Quando le conoscenze da trasmettere si fanno maggiormente strutturate, cresce l'importanza di rifarsi a delle fonti in modo fedele. Ad esempio, la spiegazione della "questione della lingua" nell'Italia del XVI secolo non può prescindere dal rifarsi ad importanti studi storici e linguistici su quello specifico argomento. In modo simile, gli scritti di Walter Bigiavi, eminente studioso del diritto commerciale, dovranno essere ripresi dal docente che a lezione tratti la teoria dell'imprenditore occulto. Negli studi avanzati l'insegnamento e lo studio avvengono quasi esclusivamente rifacendosi alle fonti dirette (articoli dottrinali, brani musicali, ecc.) e l'approccio diventa naturalmente critico, considerando anche la normale dinamica dell'avanzamento del sapere scientifico propriamente definita come processo di *trial-and-error*.

Le esigenze della citazione sono dunque sostanzialmente diverse a seconda prima di tutto del livello dell'insegnamento considerato (da quello "primario" alla specializzazione o corso di

²²⁶ Dunque, quasi tutte le attività didattiche. Escluso è solo, forse, il trasferimento di conoscenze pratiche, che nascono dall'esperienza personale del docente; oppure di nozioni del tutto implicite, che l'allievo acquisisce grazie all'osservazione e all'imitazione del docente (c.d. *learning-by-doing*).

dottorato). Inoltre, anche a parità di livello o grado, potrà cambiare a seconda del taglio specifico del corso (ad es., di base o seminariale). La finalità meramente illustrativa dei primi livelli scolastici si trasforma gradualmente in uno scopo di rassegna e poi critica che contraddistingue i livelli più alti dell'insegnamento universitario. Di conseguenza, per quanto attiene alle esigenze specifiche dell'insegnamento, si potrebbe essere tentati di individuare un rapporto di continuità ed evoluzione tra l'esenzione dell'art. 5, par. 3, lett. a vista sopra e l'esenzione di cui alla lett. d del medesimo paragrafo. A ben vedere, tuttavia, anche una lezione universitaria di altissimo livello non può prescindere da un insieme di utilizzazione di opere al solo fine di rendere parte degli argomenti trattati più facilmente comprensibili agli studenti, e dunque non per scopi di pura critica.

Prima di procedere ad un esame puntuale dell'esenzione per citazione, si procede, così come si è già fatto per l'eccezione a favore della didattica²²⁷, ad un primo raffronto testuale fra l'articolo della Direttiva SocInfo ad essa dedicata e la corrispondente disposizione della Convenzione di Berna, l'art. 10, par. 1.

(1) I fini della citazione ripresi dalla Direttiva (critica e rassegna) sono riportati espressamente al solo scopo esemplificativo ("quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna"). Questa circostanza ricorda l'impossibilità, di cui erano ben consapevoli i delegati presenti alla Conferenza di Stoccolma, di elencare compiutamente gli scopi cui la citazione può essere volta e dunque il silenzio sul punto nella Convenzione di Berna²²⁸.

(2) La menzione di opere od altri materiali "messi legalmente a disposizione del pubblico" ai sensi della Dir. SocInfo non è sostanzialmente diversa da quella di opera "lecitamente accessibile al pubblico" e

²²⁷ *Supra*, a p. 53.

²²⁸ *Supra*, a p. 21.

dunque non solo opere pubblicate, ma recitate, ecc.

(3) Si riprende sia la “conformità ai buoni usi” che il limite di quanto “giustificato dallo scopo”, in integrale aderenza al testo della Convenzione di Berna, a differenza dell’esenzione per utilizzo didattico *ex art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo*, che non menziona la conformità ai buoni usi e si limitava gli scopi non commerciali.

(4) In modo divergente rispetto alla Convenzione di Berna, non vi è il riferimento esplicito alle citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampa.

III.4.2. Le utilizzazioni esentabili

Così come per l’eccezione didattica di cui all’art. 5, par. 3 lett. a, vista sopra, l’esenzione ora all’esame interessa i diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico, ed è estensibile al diritto di distribuzione in virtù dell’art. 5, par. 4 della Direttiva. La disposizione è formulata in modo molto ampio, così da coprire varie utilizzazioni dell’opera finalizzate alla citazione. Gli atti di riproduzione, dalla scansione di materiale analogico da parte del docente al download di una copia permanente su disco rigido o supporto digitale da parte dello studente, verrebbero ricompresi dalla generosa lettera dell’esenzione. Si rimanda il lettore alle osservazioni presentate sopra in tema di esenzione per la didattica²²⁹.

Il limite è giustificato dallo scopo specifico cui la citazione è finalizzata. Esigenze di confronto critico, ad esempio, potrebbero richiedere un’utilizzazione dell’opera più intensa di quella effettuata ai soli fini di illustrazione. Ad ogni modo, neppure la citazione di un’intera opera viene esclusa a priori, in linea con il testo della

²²⁹ *Supra*, a p. 56 ss.

Convenzione di Berna, cui la Direttiva apertamente si richiama²³⁰. Ai fini di una discussione critica della scultura del XX secolo, ad esempio, la citazione non potrà che riguardare le opere rappresentative di quel periodo prese nella loro integralità.

Il solo limite alle modalità di utilizzo espresso dal legislatore comunitario è la conformità ai buoni usi, di cui a breve si dirà. Imprescindibili, anche al fine di identificare con maggiore precisione le utilizzazioni consentite, saranno inoltre le considerazioni successive in materia di applicazione del *three-step test* ai sensi della Direttiva SocInfo.

III.4.3. I soggetti beneficiari dell'esenzione

Così come per l'esenzione a favore della didattica, i soggetti beneficiari non vengono circoscritti con precisione. In assenza di quell'indicazione contraria che caratterizza, come abbiamo visto sopra, l'esenzione per l'attività didattica, si deduce che la citazione può anche avvenire a scopo commerciale, dunque essere mossa tipicamente dall'intento di realizzazione di un profitto. Di conseguenza, anche attività di insegnamento a scopo commerciale, che non beneficiano, come abbiamo visto, dell'esenzione didattica *ex art. 5, par. 3, lett. a*, potrebbero richiamarsi all'esenzione per citazione, se tutte le altre condizioni previste sono soddisfatte.

III.4.4. Le opere utilizzabili

La disposizione all'esame non prevede limitazioni con riguardo alle opere oggetto di citazione, dunque senza, ad esempio, esclusioni di particolari categorie. Opportunamente manca, rispetto alla Convenzione

²³⁰ V. anche R. XALABARDER, *op. cit.*, p. 150.

III CAPITOLO

di Berna, il riferimento esplicito alle citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampa, la cui presenza nel testo internazionale, come si è già detto, era già soggetta a fondate critiche²³¹.

III.4.5. Gli scopi dell'utilizzazione

Gli scopi cui la citazione può essere volta non vengono esaustivamente indicati. Infatti, come espressamente affermato dal legislatore comunitario, le finalità di critica e rassegna vanno intese solo come esemplificazioni. Di conseguenza, molti altri scopi sono ipotizzabili, dalla finalità giudiziaria, politica, scientifica, educativa a quella parodistica o di semplice intrattenimento.

III.4.6. La conformità ai buoni usi

Un limite ulteriore è che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi. Il riferimento esplicito è al testo della Convenzione di Berna. Tuttavia, neppure dal resoconto dei lavori della Conferenza di Stoccolma, che ha dato luce al testo attuale dell'art. 10, par. 1, emerge con chiarezza il significato di questa espressione²³². La conseguente incertezza non può che comunicarsi alla Direttiva SocInfo. Da sottolineare poi che il riferimento ai buoni usi non appare in altre parti del testo comunitario, rendendone forse ancora più delicata la comprensione.

Piuttosto che appesantire l'interpretazione facendo ricorso a concetti tutt'altro che chiari, vi è chi opportunamente propone di leggere tale espressione alla luce del *three-step test*, dalla portata forse

²³¹ *Supra*, a p. 22.

²³² Cfr. S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright*, cit., p. 65.

più intellegibile²³³. La citazione, nel caso concreto, risulterà conforme ai buoni usi se supera il test di *fairness* cui tutte le eccezioni e limitazioni sono assoggettate ai sensi delle obbligazioni internazionali e dell'art. 5, par. 5²³⁴.

III.4.7. L'indicazione della fonte

Così come per l'eccezione didattica, necessaria è l'indicazione della fonte, ivi compreso il nome dell'autore, salvo in caso di impossibilità.

III.5. Il three-step test

III.5.1. La collocazione del test nella Direttiva SocInfo

L'art. 5 non solo contempla un elenco esaustivo di esenzioni, ma ogni eccezione o limitazione prevista dai legislatori nazionali deve superare il c.d. test in tre fasi, formulato all'art. 5 par. 5 della Dir. SocInfo:

“(5) le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare”.

²³³ Ma non cristallini, come vedremo a breve.

²³⁴ Cfr. S. RICKETSON, *The Boundaries of Copyright*, cit., p. 65 propone questa lettura con riguardo alla Convenzione di Berna ma non vedo significative obiezioni ad un procedere simile con riguardo alla Dir. SocInfo.

III CAPITOLO

Il *three-step test*, come abbiamo visto nel II capitolo, era già previsto dal testo della Convenzione di Berna e successivamente entra a fare parte dell'Accordo TRIPS e dei Trattati OMPI. Da criterio di valutazione concepito all'interno della Convenzione di Berna solo per le eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione diverse da quelle espressamente disciplinate dalla Convenzione stessa, il *three-step test* ha acquisito dunque lo status di disposizione orizzontale applicabile in modo generale a tutte le eccezioni e limitazioni²³⁵ e perciò di fondamentale importanza anche nella legislazione europea di diritto d'autore.

L'applicazione del test suddetto all'interno della Direttiva SocInfo discende dunque dalla necessità di rispettare le obbligazioni internazionali²³⁶. Deve essere tenuto in considerazione dal legislatore comunitario, nonché dal legislatore nazionale nel corso del recepimento della Dir. SocInfo nel proprio ordinamento; trasposto nell'art. 5, par. 5 della Dir. SocInfo, è diventato parte del c.d. *acquis communautaire*²³⁷. Come si è già sottolineato, il test in tre fasi nella Dir. SocInfo non ha la funzione di una clausola generale in materia di eccezioni e limitazioni, così come invece era all'origine, nell'ambito della Convenzione di Berna, con riguardo al diritto di riproduzione; il test "comunitario" è dunque difficilmente assimilabile al *fair use*²³⁸ del diritto d'autore

²³⁵ V. anche la precedente Tab. 1. Secondo S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 65, una carriera del *three-step test* "more by accident than by design, in that it was immediately to hand as a ready-to-use formula at the time of the TRIPS negotiations, and, once this had happened, it was almost inevitable that it would be taken up as the general test in subsequent conventions".

²³⁶ V. Cons. 44.

²³⁷ La corretta applicazione del test da parte dei legislatori nazionali viene sorvegliata dalla Commissione CE e dalla Corte di giustizia europea, v. J. REINBOTHE, *op. cit.*, p. 740.

²³⁸ Sec. 107 del *Copyright Act* statunitense. Per una possibile comunanza fra il *three-step test* così come originariamente formulato nella Convenzione di Berna (1971) e la

statunitense.

Si pone un problema di fondo con riguardo alla relazione fra il test stesso e le ventuno ipotesi di eccezioni e limitazioni elencate ai parr. 1-4 dell'art. 5 della Dir. SocInfo. Se l'applicazione del *three-step test* a tutte le eccezioni e limitazioni è espressamente prevista dal legislatore comunitario, emerge l'interrogativo se in sede di formulazione concreta di ognuna delle ventuno limitazioni il legislatore comunitario abbia già tenuto conto del test²³⁹, oppure abbia fatto affidamento sulla potenziale portata correttiva e "riequilibrante" ad ogni modo disposta ai sensi dell'art. 5, par. 5. La risposta a questa domanda ha conseguenze di notevole portata per il legislatore nazionale. Si consideri infatti che nella seconda ipotesi (e, dunque, di un affidamento del legislatore comunitario nella successiva portata correttiva del par. 5), neppure un recepimento letterale nelle discipline nazionali delle disposizioni dell'art. 5, parr. 1-4 della Direttiva potrebbe essere sufficiente, richiedendo in ogni caso gli eventuali adattamenti imposti ai sensi del test in tre fasi²⁴⁰. D'altro lato, sembrerebbe perlomeno strano che il legislatore comunitario abbia previsto delle eccezioni e limitazioni che, di per se stesse, *non superano* il test all'esame.

Un qualche chiarimento può forse prestare il Cons. 44 della Dir. SocInfo. Premettendo che le "eccezioni e le limitazioni non

fair use doctrine v. M. SENFTLEBEN, *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, cit., p. 204, che ricorda anche come sia stata in particolare la delegazione inglese ad insistere, nell'ambito della Conferenza di Stoccolma, affinché quel test fosse inserito nella Convenzione.

²³⁹ Considera il test inutile in quanto se ne sarebbe già tenuto conto nella formulazione delle singole disposizioni ad esempio F. BAYREUTHER, *Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie*, in *ZUM*, 2001, p. 839.

²⁴⁰ Così, ad esempio, secondo S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 72, con riguardo alle esenzioni di cui all'art. 5, par. 2, lett. a e par. 3, lett. i Dir. SocInfo.

III CAPITOLO

possono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti”, si aggiunge che

“(L)’introduzione di tali eccezioni o limitazioni da parte degli Stati membri deve in particolare tenere debitamente conto dell’accresciuto impatto economico che esse possono avere nel contesto del nuovo ambiente elettronico. È pertanto possibile che la portata di alcune eccezioni o limitazioni debba essere ulteriormente limitata nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere e materiali protetti”.

Va preliminarmente sottolineato che la versione italiana della Direttiva non appare la più felice, se confrontata con altri testi. Come appena visto, menzione è della “*introduzione* [corsivo mio] di tali eccezioni e limitazioni da parte degli Stati membri” e potrebbe nascere il dubbio che ci si riferisca alle sole limitazioni ulteriori rispetto a quelle già previste nelle legislazioni nazionali al momento dell’emanazione della Dir. SocInfo. Che tale interpretazione non sia corretta emerge da un rapido raffronto con versioni in altre quattro lingue, che unanimemente parlano di “*previsione*” e non di “*introduzione*”²⁴¹. Con riguardo dunque alle eccezioni e limitazioni *previste* dagli Stati membri, nel Considerando in questione si esprime la preoccupazione che le stesse possano non tenere sufficientemente conto del loro accresciuto impatto economico nel “nuovo ambiente elettronico”. Di conseguenza, potrebbe risultare necessario limitare “la portata di alcune eccezioni o limitazioni ... nel caso di taluni nuovi

²⁴¹ “The provision of such exceptions or limitations by Member States...”; “(L)orsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations”; “(D)ie von den Mitgliedstaaten festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen”; “(E)l establecimiento de dichas excepciones o limitaciones”.

utilizzi di opere e materiali protetti”.

Semberebbe dunque che l'importanza particolare del *three-step test* risieda nell'orientamento che lo stesso sarebbe in grado di fornire ai legislatori nazionali nell'adattare le previsioni ed eccezioni previste nei loro rispettivi ordinamenti, ed in particolare tenendo conto del loro, eventuale, più significativo impatto economico a seguito di difficilmente prevedibili sviluppi della società dell'informazione. Si potrebbe dunque guardare alla lista delle eccezioni e limitazioni di cui all'art. 5, parr. 1-4 come ad una ripresa e (blanda) armonizzazione della maggior parte delle eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico previste nelle legislazioni nazionali, lasciando all'art. 5, par. 5 il delicato compito di prendere atto ed assecondare, tramite corrispondenti modifiche imposte alle discipline nazionali, i cambiamenti presenti e futuri necessari a nuovi equilibri fra i diritti esclusivi dell'autore e le loro esenzioni. Se così fosse, le ventuno previsioni dell'art. 5, parr. 1-4 Dir. SocInfo non racchiuderebbero già il risultato compiuto dell'applicazione del *three-step test*, che sarebbe invece compito necessario, e duraturo, del legislatore nazionale.

La lettera stessa delle eccezioni e limitazioni non permette tuttavia una così netta interpretazione del loro rapporto con il par. 5. Emerge infatti con una certa evidenza che, almeno con riguardo ad alcune fra le esenzioni previste più elaborate, come ad esempio quella per copia privata ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. b, o per le consultazioni c.d. *onsite*²⁴² dell'art. 5, par. 2, lett. n, un'applicazione “anticipata” del test dal parte del legislatore comunitario vi sia stata.

Ad ogni modo, le eccezioni e limitazioni previste nelle

²⁴² In merito alla quale mi permetto di rinviare i lettori a S. VEZZOSO, *Consultazione di opere digitali: quadro comunitario ed esperienze nazionali*, in A. MAGGIPINTO, G. D'AMMASSA (a cura di), *Diritto e tecnologie digitali per la valorizzazione e l'accessibilità delle conoscenze*, Milano, 2009, p. 45 ss.

legislazioni degli Stati membri dovranno obbligatoriamente rispettare i precetti del *three-step test*, imponendo al legislatore nazionale, a seconda dei casi, una più o meno marcata necessità di “adattamento” delle disposizioni comunitarie, salvo che risulti evidente dal tenore stesso dell’esenzione che anche un recepimento letterale della stessa nella legislazione nazionale risulterebbe compatibile con il tanto cruciale test. In questo senso, nel corso dell’analisi sopra proposta, dell’esenzione per l’insegnamento e le citazioni *ex Dir. SocInfo* sullo sfondo della didattica online, si è già avuto già modo di segnalare qualche possibile ragione di tensione con il *three-step test*.

III.5.2. La portata generale del test

Come abbiamo avuto modo di ricordare sopra, il *three-step test* è nato come clausola generale in materia di eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione, dopo che nell’ambito della Conferenza di Stoccolma di revisione della Convenzione di Berna si era rinunciato ad un’elencazione esaustiva delle ipotesi di esenzione. Si trattava, in quello specifico contesto, di un test dalla formulazione necessariamente ampia, da applicarsi sia retroattivamente che per il futuro, a tutte le eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione.

I delegati alla Conferenza di Stoccolma partivano infatti da un quadro di riferimento complesso. I diritti nazionali degli Stati dell’Unione disciplinavano sia eccezioni e limitazioni rispondenti ad interessi almeno allo stesso livello di quello della tutela dell’autore, sia altre esenzioni motivabili per pura convenienza o quasi assenza di un pregiudizio economico per l’autore. La formula scelta avrebbe dovuto necessariamente essere ampia, in quanto in grado di ricomprendere tutte le eccezioni e limitazioni nazionali già presenti²⁴³.

²⁴³ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed*

La “carriera” che gli è stata riservata nell’ambito di successivi trattati internazionali è giunta del tutto inaspettata²⁴⁴. Se i criteri del bilanciamento sono pressoché gli stessi da un testo convenzionale all’altro²⁴⁵, ognuno va cionondimeno interpretato nello specifico contesto in cui è stato formulato. Questo può ad esempio significare che il risultato del bilanciamento ai sensi dell’art. 13 Accordo TRIPs non dovrà risultare necessariamente identico a quello raggiunto a seguito dell’applicazione dell’art. 9, par. 2 della Convenzione di Berna.

Il test prevede tre fasi, tappe o gradini, dunque condizioni che dovrebbero venire cumulativamente²⁴⁶ soddisfatte perché l’eccezione o limitazione sia considerata lecita. La disposizione delle condizioni all’interno del test seguirebbe un filo logico, così in particolare la relazione fra la seconda e la terza condizione²⁴⁷.

Se tratto caratterizzante del test è quello di mirare ad un bilanciamento fra interessi contrapposti, non sussiste tuttavia accordo fra i commentatori sul gradino al quale quello andrebbe più opportunamente collocato. Secondo alcuni, il bilanciamento dovrebbe compiersi già al primo, per altri al secondo per altri ancora al secondo e al terzo, oppure solo al terzo gradino²⁴⁸.

Come vedremo, una delle difficoltà principali dell’interpretazione del test in esame consiste proprio nel tenere separati i campi di

exceptions, cit., p. 31.

²⁴⁴ V. J. BORNKAMM, *Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung – Karriere eines Begriffs*, in H.-J. AHRENS, J. BORNKAMM, W. GLOY (a cura di), *Festschrift Erdmann*, Colonia, 2002, p. 29.

²⁴⁵ Segneremo oltre le poche significative divergenze presenti.

²⁴⁶ V. anche *Report* del WTO Panel (nota 74), par. 6.87.

²⁴⁷ Records 1967 (nota 34), p. 197.

²⁴⁸ Inoltre, circostanza che rende l’applicazione del test particolarmente delicata, non ci si nasconde che il necessario bilanciamento fra interessi contrapposti spesso non potrà prescindere da giudizi di valore, che possono anche risultare diversi a seconda delle “società e culture”, cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, cit., p. 36.

applicazione propri ad ognuna delle tre condizioni. Ad esempio, anticipando il bilanciamento fra interessi contrapposti già nel contesto dell'interpretazione di che cosa si debba intendere per casi "speciali" ai sensi del primo gradino, si potrebbe rischiare di svuotare di contenuto il secondo gradino. Anche se una delle principali caratteristiche del *three-step test* parrebbe la graduale "scrematura" delle ipotesi, la sua stessa natura, per le continue sovrapposizioni di cui si diceva, segnala piuttosto l'opportunità di una lettura complessiva²⁴⁹ dei suoi vari elementi.

Abbiamo visto sopra che i legislatori degli Stati membri dell'UE, in osservanza degli impegni internazionali, sono tenuti al rispetto del *three-step test* quando prevedono eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico, nonché di distribuzione, nelle rispettive discipline nazionali. Un'esenzione che non supera il test sarebbe dunque contraria alle obbligazioni internazionali; inoltre, avendo incorporato il test nella Direttiva SocInfo, costituirebbe una violazione del dovere di corretto recepimento della normativa comunitaria, sanzionabile dalla Corte di giustizia delle Comunità europee.

Destinatario del test è indubbiamente il legislatore nazionale²⁵⁰. Il Regno Unito, ad esempio, non l'ha inserito nella disciplina nazionale, stimando che le esenzioni previste dal legislatore nazionale lo

²⁴⁹ Cfr. B. HUGENHOLTZ, R. OKEDIJI, *op. cit.*, p. 21: "(I)ndeed, such a «holistic» approach would do more justice to the proportionality test that in essence underlies the three-step test". Di questo avviso anche A. KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law, *Research Paper Series No. 08-04*, 2008, p. 41.

²⁵⁰ La complessità di valutazione richiesta dal test, di cui tra poco riferiremo, farebbe forse dubitare circa l'opportunità di un'applicazione caso per caso. S. DUSOLLIER, *L'Encadrement des Exceptions au Droit d'Auteur par le Test des Trois Etapes*, in *I.R.D.I.-Intellectuele Rechten / Droits Intellectuels*, 2005, p. 218.

avrebbero comunque superato. L'Italia ed un numero limitato di Stati membri²⁵¹ hanno invece fatto la scelta di inserire il test suddetto nel testo della rispettiva legislazione nazionale. Di conseguenza, in tali paesi si è statuito un obbligo da parte dei giudici di ricorrere al test ogni qualvolta si discuta dell'applicazione di un'esenzione già prevista nell'ordinamento nazionale. Tuttavia, anche in paesi che non contemplano direttamente il *three-step test* nella propria legislazione, i giudici nazionali in varie occasioni l'hanno applicato direttamente²⁵².

III.5.3. Primo gradino: certi casi speciali

III.5.3.1. Definizione delle fattispecie di esenzione

Perché un'esenzione prevista in una legislazione nazionale soddisfi il primo gradino, essa deve riguardare "certi casi speciali"²⁵³. Alcuni in dottrina tendono tuttavia a mettere in dubbio l'autonoma rilevanza del primo passaggio, sia nella sua struttura come originariamente concepita nell'ambito della più volte menzionata Conferenza di Stoccolma, che più particolarmente con riguardo all'art. 5, par. 5 della Dir. SocInfo²⁵⁴.

²⁵¹ Fra i quali la Francia, l'Ungheria, la Polonia ed il Portogallo. Esempi extracomunitari significati sono la Cina e l'Australia; nonché la Federazione Russa, con riguardo ai programmi per elaboratore, v. T. HOEREN, *op. cit.*, p. 561, il quale aggiunge che "(e)videntemente l'industria del software è riuscita a fare valere i propri interessi in Russia", traduzione mia.

²⁵² *De Nederlandse Dagbladpers c. the Netherlands*, Tribunale dell'Aia (Rechtbank 's Gravenhage), del 2 marzo 2005.

²⁵³ "Certain special cases"; "certains cas spéciaux".

²⁵⁴ T. DREIER, *Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht*, in *ZUM*, 2002, p. 35 ha sollevato dubbi sollevati in merito all'opportunità, da parte del legislatore comunitario, di riprendere il test nella sua integrità. Il requisito dei "certi" casi speciali verrebbe infatti già soddisfatto dal riferimento alla lista *ex parr.* 1-4 e non costituirebbe un elemento autonomo nella legislazione europea di diritto d'autore.

III CAPITOLO

Molti fra i commentatori del testo della Convenzione di Berna, successivamente alle modifiche apportate nel corso della Conferenza suddetta, non hanno infatti ritenuto di dovere attribuire particolare rilevanza al gradino qui all'esame²⁵⁵. Pur riscontrandosi in contributi più recenti talvolta la tendenza a parlare di un "test dai *due* gradini"²⁵⁶, prevalente è ora l'opinione che al criterio in questione debba essere attribuito un significato autonomo e di rilevanza non inferiore rispetto ai due seguenti²⁵⁷.

L'interpretazione del requisito all'esame deve evidentemente partire dal significato dei singoli termini utilizzati. In primo luogo, si tratta di "certi" casi. In varie lingue, ed in particolare in francese, che è lingua ufficiale della Convenzione di Berna²⁵⁸, l'aggettivo in questione può avere il significato di casi "chiaramente definiti", ma anche di "alcuni" casi.

Nella prima accezione, la precisazione sembrerebbe denotare la necessità di una puntuale specificazione delle ipotesi considerate, pur non ritenendosi strettamente necessaria un'esatta identificazione di tutte le situazioni in cui l'eccezione trova applicazione²⁵⁹. Dovrebbe risultare ad ogni modo chiara la portata dell'eccezione, di modo da garantire un livello adeguato di certezza giuridica²⁶⁰. Nella seconda accezione, si

²⁵⁵ V. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 126, per i riferimenti a queste prime fonti.

²⁵⁶ Cfr. D. GERVAIS, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Londra, 2003 (II ed.), p. 144 ss.

²⁵⁷ S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 482 ss.

²⁵⁸ Come si è già detto, il francese prevale inoltre, in caso di discordanza, sull'altra lingua ufficiale della Convenzione, l'inglese.

²⁵⁹ Così in part. il Panel del WTO (nota 74), par. 6.108 e J. REINBOTHE, S. LEWINSKI VON, *op. cit.*, p. 124: "in essence, exceptions have to be well defined".

²⁶⁰ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, cit., p. 28; v. anche WTO Panel, p. 33: "... an exception or limitation in national law must be clearly defined. However, there is no need to identify explicitly

farebbe implicito riferimento ad un numero imprecisato di limitazioni, già esistenti a livello nazionale al tempo della Conferenza di Stoccolma, che i redattori dell'art. 9, par. 2 della Convenzione di Berna avrebbero avuto in mente²⁶¹. In quest'ottica, e richiamando implicitamente all'etimologia greco/latina del termine²⁶², si è suggerito di intendere i "certi casi" nel senso di limitazioni distinguibili l'una dall'altra. Di conseguenza "an incalculable, shapeless provision exempting a wide variety of uses would not be allowed"²⁶³.

Se non si negano gli aspetti problematici della prima tesi, ed in particolare l'eventuale rischio di un'omologazione "forzata" di questa parte del diritto d'autore internazionale al dogma europeo continentale della portata restrittiva delle eccezioni al diritto d'autore²⁶⁴, la seconda accezione proposta del termine "certi" non sembra maggiormente convincente. Pretendere che le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore previste in una determinata legislazione nazionale siano chiaramente distinguibili *fra loro*, in altri termini esigere che vi sia una capacità identificativa (solo) relativa, presuppone che l'interprete consideri l'esenzione oggetto del *three-step test* sullo sfondo delle altre esenzioni disciplinate dallo stesso ordinamento. Se la necessità che una specifica eccezione si distingua dalle altre implica che tutte soddisfino un livello accettabile di chiarezza definitoria, è anche vero che tanto meno spesso è il tessuto delle eccezioni complessivamente previsto da un determinato ordinamento, più agevole risulterà il superamento della parte del primo gradino di cui qui si discute. Per assurdo, un ordinamento che dovesse prevedere una sola eccezione con un

each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularized. This guarantees a sufficient degree of legal certainty".

²⁶¹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 134.

²⁶² Krinein/cernere.

²⁶³ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 135.

²⁶⁴ *Ivi*, p. 135 s.

vastissimo e mal definito campo di applicazione non correrebbe il rischio di infrangersi sullo scoglio della prima parte del *three-step test*.

Per quanto appena detto, non sembra accoglibile la tesi che legge i “certi casi” nel senso di “alcuni casi”, a loro volta intesi come “casi distinguibili fra loro”. Più plausibile sembra ritenere che il campo d’applicazione dell’eccezione, in osservanza della parte del primo gradino di cui qui si discute, debba essere chiaramente definito, in termini assoluti, dunque non solo con riguardo alle altre ipotesi di esenzione previste dal medesimo ordinamento.

Definire con certezza la portata di una limitazione al diritto d’autore²⁶⁵ non esclude di per sé che il campo di applicazione della disposizione possa rimanere ampio, tale da trasformare l’eccezione in regola²⁶⁶. Il requisito della “specialità” è dunque decisivo per circoscrivere il raggio d’incidenza della fattispecie. Quali casi siano da ritenersi “speciali” ai sensi del *three-step test* non viene tuttavia spiegato, né dalla Direttiva, né dai trattati internazionali qui rilevanti. La qualificazione richiede al minimo che vi siano degli elementi di distinzione rispetto a casi ritenuti invece normali. Nell’ottica originaria della Convenzione di Berna non avrebbe infatti avuto senso introdurre la tutela del diritto di riproduzione, come diritto minimo da concedere all’autore straniero, se questo diritto avesse potuto, nella *normalità dei casi*, venire neutralizzato dalle legislazioni degli Stati membri dell’Unione.

III.5.3.2. Specialità in senso qualitativo e quantitativo

In tema di interpretazione del requisito della specialità, si

²⁶⁵ Come si vedrà forse meglio oltre, quando applicheremo il primo gradino all’eccezione a favore della didattica online.

²⁶⁶ Pretendere che la disposizione sia formulata chiaramente non implica dunque necessariamente limitarne la portata applicativa.

confrontano una connotazione in senso qualitativo-normativa ed un'altra in senso quantitativo. Per la prima, la specialità caratterizzerebbe lo scopo dell'esenzione prevista, coinvolgendo fin dal primo gradino del test una valutazione delle finalità perseguite dall'eccezione²⁶⁷. La lettura quantitativa guarderebbe invece all'ampiezza delle utilizzazioni potenzialmente coperte dall'eccezione rispetto a quelle che in generale spettano all'autore.

L'interpretazione qualitativa del requisito della specialità suggerisce che sia lo scopo dell'eccezione o limitazione prevista ad essere speciale²⁶⁸. In altri termini, si tratterebbe di prendere in considerazione degli interessi legittimi diversi da quelli dei titolari dei diritti, tutelati dai diritti umani ed altre libertà fondamentali, nonché altri interessi pubblici, come la tutela del progresso scientifico e lo sviluppo culturale, sociale ed economico.

Fa propria di fatto²⁶⁹ l'accezione quantitativa del requisito della specialità il Panel del WTO nella più volte menzionata decisione²⁷⁰. Nel caso concreto, il Panel nega la rilevanza, ai fini dell'applicazione del primo gradino del *three-step test* ex art. 13 TRIPs, di un obiettivo di interesse pubblico dietro all'eccezione di cui alla Sec 110, par. 5 del *Copyright Act* statunitense. Il Panel del WTO considera invece decisivi i dati puramente quantitativi sui beneficiari di quella specifica

²⁶⁷ S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 482. A favore della lettura qualitativa anche M. SENFLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 139 ss. ("... in international copyright law, considerations of a qualitative nature traditionally play a decisive role in the field of limitations", a p. 140).

²⁶⁸ S. RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, cit., p. 482: "the exception must be justified by some clear reason of public policy or some other exceptional circumstance".

²⁶⁹ Cfr. M. SENFLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 140 s. Il Panel del WTO non respinge peraltro la lettura qualitativa della specialità (par. 6.109), ma la intende del tutto priva di connotazioni normative.

²⁷⁰ V. WTO Panel (nota 74), par. 6.109.

eccezione. La circostanza che la maggioranza degli esercizi di ristorazione e vendita di bevande (ca. il 70%) e quasi la metà di quelli di vendita al dettaglio, fossero potenzialmente coperti dall'eccezione della Sec. 110, par. 5, lett. b (la c.d. *business exception*) induce il Panel a concludere che quell'eccezione non sia "speciale" ai sensi della prima tappa del *three-step test*²⁷¹. Se la maggior parte degli utilizzatori potenziali possono richiamarsi ad un'eccezione (ed in questo modo risulta sottratta una larga parte del reddito che l'esclusiva intende invece assegnare all'autore), questa non potrebbe più qualificarsi come caso speciale²⁷².

Seguendo il ragionamento sviluppato dal Panel del WTO, i beneficiari di un'eccezione prevista dalla normativa nazionale rappresentano una parte degli utilizzatori potenziali, potremmo dire del complessivo mercato dello sfruttamento di una determinata esclusiva patrimoniale. Nel caso del diritto oggetto della decisione del Panel WTO, il gruppo degli utilizzatori potenziali è composto da locali "dove la gente si incontra" dunque, ristoranti, fabbriche, negozi, uffici, cinematografi, ecc.²⁷³. Poiché una parte sostanziale dei potenziali utilizzatori del diritto in questione sarebbe in grado²⁷⁴ di beneficiare dell'esenzione, non si tratterebbe più di un caso speciale. La valutazione dovrebbe tenere anche conto dell'elasticità di sostituzione: considerare l'eventualità che soggetti decidano di beneficiare di

²⁷¹ *Ivi*, par. 6.133.

²⁷² Il Panel del WTO conclude dunque con riguardo alla "business exception" che poiché "a substantial majority of eating and drinking establishments and close to half of retail establishments are covered by the exemption contained in subparagraph (B) of Section 110 (5) of the US Copyright Act" ... "the exemption does not qualify as a "certain special case" in the meaning of the first condition of Article 13". Il Panel considera inoltre che negozi di vendita al dettaglio ed esercizi di ristorazione e vendita di bevande costituiscono il gruppo principale di utilizzatori potenziali, cfr. par. 6.132.

²⁷³ WTO Panel (nota 74), par. 6.131.

²⁷⁴ Sulla base dei limiti dimensionali e di attrezzatura indicati alla Sec. 110, par. 5, lett. b.

un'esenzione relativa ad un uso sostituibile con quello rientrante nelle prerogative assolute dell'autore e non coperto da eccezione. Ad esempio, con riguardo al caso oggetto della decisione del WTO, considerare se chi ha ottenuto una licenza per permettere l'ascolto nel proprio locale di brani musicali su CD sarebbe disposto a passare all'ascolto di emissioni radiodiffuse.

A prima vista, la lettura quantitativa del requisito della specialità presenta un innegabile vantaggio. Essa permette di abbracciare eccezioni e limitazioni in relazione alle quali non sia agevolmente rintracciabile una chiara giustificazione di politica pubblica, sempre che il loro campo di applicazione rimanga limitato. Tale costruzione rispecchia anche l'ottica originaria del *three-step test* nella Convenzione di Berna, concepito in modo da abbracciare le eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione già presenti nelle legislazioni nazionali, non tutte qualificate dal perseguimento di un chiaro interesse di natura pubblica²⁷⁵.

Una lettura diversa potrebbe essere quella che suggerisce di conciliare queste due accezioni attraverso la previsione di un'applicazione alternativa. Se l'ipotesi contemplata dalla legislazione nazionale non può dirsi speciale in senso qualitativo, così come probabilmente nel caso discusso dal Panel del WTO, vi sarebbe ancora la possibilità di qualificarla speciale in un'accezione quantitativa, a condizione che l'esenzione non copra la maggioranza delle utilizzazioni riservate all'autore dal diritto esclusivo. Per quanto attiene all'applicazione del criterio quantitativo, ci si dovrebbe certo accontentare di un livello d'indagine di regola meno approfondito e puntuale di quello reso dal Panel del WTO, notevolmente agevolato

²⁷⁵ Cfr. S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 30, il quale così modifica l'opinione precedentemente espressa nel commento alla Convenzione di Berna pubblicato nel 1987, e qui più volte citato, a favore della lettura qualitativa.

III CAPITOLO

dalla circostanza di doversi confrontare con un tipo solo di opere e di utilizzazioni coperte dal diritto esclusivo dell'autore. Ad ogni modo, tale valutazione sarebbe necessaria solo qualora l'eccezione non sia già giustificata in virtù dello scopo speciale perseguito²⁷⁶.

Secondo la tesi che qui si propone, un'eccezione prevista nella legislazione nazionale di uno Stato membro potrebbe dunque risultare speciale per lo scopo d'interesse pubblico perseguito (ad es., didattica, critica, ecc.), oppure per il ristretto campo di applicazione della stessa²⁷⁷, ad esempio grazie alla sua circoscritta formulazione. Basterebbe la soddisfazione nel caso concreto di una delle due accezioni di specialità²⁷⁸ perché l'esenzione prevista nella legislazione nazionale superi lo scoglio del primo gradino. Ciò non esclude tuttavia che un'eccezione nazionale possa soddisfare contemporaneamente

²⁷⁶ Molte delle difficoltà giustamente evidenziate da M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 141 ss. verrebbero dunque riassorbite. Nel caso di utilizzi didattici, il superamento del primo gradino dipenderebbe dallo scopo speciale perseguito, che trova direttamente riconoscimento nella Convenzione di Berna, e dunque non sarebbe necessario chiedersi, ad esempio, se “the number of reproductions of a poem in a school book might go beyond the number of reproductions made by the original publisher” (*ivi*, p. 143).

²⁷⁷ V. anche, testualmente, il Panel del WTO: “an exception or limitation must be limited in its field of application or exceptional in its scope”, par. 6.109.

²⁷⁸ Quanto si propone può apparire in contrasto con la chiara affermazione del WTO Panel in base alla quale “an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense”, par. 6.109, ripresa anche da M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 140. In realtà, mi pare, la frase appena riportata ha la funzione di esplicitare (la frase inizia appunto con “[I]n other words”, che l'A. appena citato non riporta) l'affermazione che “an exception or limitation must be limited in its field of application or exceptional in its scope” (corsivo mio). Il tenore di questa parte del *Report* è dunque tutt'altro che chiaro. Fra l'altro, la lettura alternativa (qualità oppure quantità) è del tutto in linea con l'affermazione del WTO Panel che “a limitation or exception may be compatible with the first condition even if it pursues a special purpose whose underlying legitimacy in a normative sense cannot be discerned” (par. 112), invece considerata incoerente da Martin Senftleben.

entrambe.

Non ci si può tuttavia nascondere che la soluzione proposta corre il rischio di cumulare molte delle palesi difficoltà applicative del criterio *sia* in chiave qualitativa *che* quantitativa. Con riguardo alla prima, l'identificazione di scopi d'interesse pubblico meritevoli di tutela, in particolare di scopi ulteriori rispetto a quelli chiaramente trasfusi nella Convenzione di Berna (insegnamento, critica, ecc.), può risultare particolarmente delicata e potenzialmente "open-ended". I riferimenti dottrinali a "*clear and sound political justification*"²⁷⁹ e "*specific and sound policy objective*"²⁸⁰ necessariamente incorporano giudizi sulla meritevolezza dello scopo perseguito, che paiono però difficilmente proponibili nel contesto di un procedimento volontaristico di risoluzione di controversie a livello internazionale, e forse poco opportune nel momento dell'applicazione del *three-step test* da parte di un giudice nazionale.

Fra le principali difficoltà applicative del requisito della specialità in un'accezione quantitativa, risulta evidente che, molto spesso, dati rilevanti affidabili non saranno agevolmente disponibili. Ad esempio, la valutazione della compatibilità con il test di un'eccezione come quella didattica dovrebbe essere fatta con riguardo a tutte le categorie di opere utilizzabili, e non solo di una categoria, così come è potuto invece avvenire con le opere musicali della decisione del Panel del WTO, ingenerando evidenti difficoltà di reperimento dei dati rilevanti. Nel calcolo si dovrebbe poi tenere conto dell'eventualità che l'eccezione nazionale, così come avviene con riguardo ad esempio all'art. 70 della legge italiana sul diritto d'autore, sulla quale ovviamente torneremo, esenti solo l'utilizzazione di parti dell'opera. Come quantificare dunque l'esatto numero delle utilizzazioni a fini di

²⁷⁹ M. FICSOR, *op. cit.*, p. 133, corsivo mio.

²⁸⁰ J. REINBOTHE, S. LEWINSKI VON, *op. cit.*, p.124, corsivo mio.

citazione rese possibili dall'esenzione nazionale? Inoltre, non solo diverse opere potrebbero sottostare ad un'esenzione, ma anche diverse combinazioni di diritti esclusivi, così come nel caso di un'eccezione didattica²⁸¹. In conclusione, se una seria determinazione in termini quantitativi appare poco realistica, ci si dovrebbe di regola accontentare di una valutazione solo approssimativa delle utilizzazioni coperte dall'esenzione.

Un risultato comunque apprezzabile della “terza via” proposta potrebbe essere quello di conciliare la sovranità dello Stato di decidere, nel rispetto delle obbligazioni internazionali, quali eccezioni e limitazioni introdurre nel proprio ordinamento per perseguire degli interessi pubblici considerati rilevanti, ma di obbligarlo ad una concretizzazione e limitazione dell'impatto delle stesse sui diritti esclusivi degli autori quando la rilevanza e fondatezza dell'interesse pubblico non appaiano evidenti. Si consideri poi che potrebbe attivarsi un interessante meccanismo: come indica indirettamente la decisione del Panel del WTO, più l'applicazione dell'eccezione e limitazione è ristretta (in termini di opere e diritti coinvolti), più è facile identificarne i potenziali utilizzatori. Di conseguenza, quando l'eccezione non persegue chiari e meritevoli obiettivi nel senso suddetto, potrebbe risultare nell'interesse dello Stato definirne in termini precisi e circoscritti il campo d'applicazione, di modo da risultare appunto “speciale” in termini quantitativi. Infine, l'impatto delle nuove tecnologie, e dunque la possibilità che l'ampliamento notevole degli utilizzi coperti dalla tecnologia faccia venire meno il carattere di specialità, dovrà essere tenuto in considerazione con riguardo ai casi speciali in senso quantitativo, ma non qualitativo²⁸².

²⁸¹ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 43.

²⁸² Così come in sostanza affermato dal WTO Panel, par. 6.153.

III.5.3.3. Eccezione a favore della didattica online come caso certo e speciale?

Riprendendo l'eccezione *ex art. 5. par. 3 lett. a* della Direttiva SocInfo, nell'ipotesi che un legislatore nazionale la riporti immutata nel proprio diritto interno, ma limitandola all'attività didattica online, oggetto del nostro studio, ci si pone il quesito del superamento del primo gradino del *three-step test*.

Ipotizziamo dunque che la legislazione di uno Stato membro preveda che sia lecito riprodurre e comunicare al pubblico opere coperte dal diritto d'autore "allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito". Come si è visto sopra, la disposizione *ex Dir. SocInfo* copre la didattica online, ed allo stesso modo viene intesa dal nostro ipotetico legislatore nazionale.

Prima di tutto, si tratta di verificare se la fattispecie racchiusa nell'eccezione costituisca un caso "certo" ai sensi del primo gradino del *three-step test*. Sulla base di quanto abbiamo visto sopra, tale requisito è soddisfatto se la fattispecie coperta dall'eccezione è chiaramente definita, nel senso che la sua portata sia nota e specifica. Non sarebbe invece necessario identificare espressamente ogni situazione possibile in cui l'eccezione risulti concretamente applicabile.

Gli utilizzi espressamente coperti dall'eccezione sono la riproduzione e la comunicazione al pubblico. Quegli utilizzi sono permessi se hanno esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico, e nei limiti dello scopo perseguito. Inoltre, lo scopo dell'attività didattica deve essere non commerciale. Se sopra abbiamo analizzato i singoli elementi dell'eccezione didattica dall'interno della *Dir. SocInfo*, cercando dunque di chiarire il significato e la portata dei termini

impiegati in quello specifico contesto, è invece con riguardo all'ordinamento nazionale che si dovrà verificare se il caso disciplinato nella norma di esenzione sia da considerare "certo" ai sensi del primo gradino del *three-step test*. Tuttavia, dato il carattere esaustivo della lista delle eccezioni e limitazioni *ex art. 5 Dir. SocInfo*, il margine di manovra del legislatore nazionale è limitato dalla necessità di una corretta implementazione della normativa comunitaria, sulla quale vegliano attentamente la Commissione e la Corte di giustizia delle Comunità europee.

La presenza nella normativa di diritto d'autore delle finalità didattiche dell'utilizzo è risalente, come abbiamo visto nel capitolo precedente²⁸³. Si ritrova anche nel giustamente celebrato *fair use* statunitense²⁸⁴, ed è stato oggetto di innumerevoli decisioni in tutti i più maturi ordinamenti nazionali. Pur offrendo il necessario margine di flessibilità, il termine ha sicuramente dato prova di offrire una sufficiente certezza giuridica.

Al fine di verificare se la definizione dell'eccezione didattica è sufficientemente chiara da superare il primo gradino del test si dovrà successivamente guardare ai diritti esclusivi che sono oggetto dell'eccezione²⁸⁵. La disposizione qui all'esame si applica sia al diritto di riproduzione che al diritto di comunicazione al pubblico, a loro volta armonizzati dalla *Dir. SocInfo*. Non vi possono dunque essere di regola dubbi in merito alle utilizzazioni oggetto dell'esenzione. Eventuali preoccupazioni in merito alla portata eccessivamente ampia della

²⁸³ Si ricorda che la finalità didattica fa la sua prima apparizione nella prima versione della Convenzione di Berna, del 1886, v. *supra*, nota 26.

²⁸⁴ *Section 107 Copyright Act*, "the purpose and character of the use, including whether such use is of commercial nature or is for nonprofit *educational purposes*" (corsivo mio).

²⁸⁵ Ci si rifà qui in part. allo schema di verifica impostato ed applicato da S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, cit., p. 67 ss. ad alcune disposizioni del diritto d'autore australiano.

disposizione verranno prese in considerazione dai passaggi successivamente imposti dal *three-step test*.

Per quanto attiene alle categorie di materiale coperte dall'esenzione ed alla misura dell'utilizzo permesso, la norma dispone che sono esentate solo le utilizzazioni a titolo illustrativo e coperte dallo scopo perseguito. Mancano, opportunamente, riferimenti a precise porzioni di opera utilizzabile, nonché a categorie di opere eventualmente escluse, limitazioni che difficilmente si adattano alla varietà di attività didattiche possibili. Se non si menzionano con precisione le istituzioni che possono richiamarsi all'eccezione, si specifica però che è solo nell'ambito di un'attività didattica non commerciale che gli utilizzi previsti dalla norma sono legittimi.

Si può dunque concludere che il "caso" oggetto dell'esenzione è sufficientemente certo ai sensi del primo passaggio del gradino all'esame. Ovviamente ciò non significa che l'applicazione della norma sarà automatica: la lettera della disposizione contempla, opportunamente, spazi di interpretazione e adattamento alle circostanze del caso concreto, senza per questo risultare radicalmente incerta²⁸⁶.

Potrebbe risultare più delicata la verifica se si tratti di un caso "speciale". Si è ricordato precedentemente che sull'interpretazione del requisito di specialità si confrontano un'accezione qualitativa ed un'altra quantitativa. La tesi che sopra si è proposta, e motivata, va nel senso di ritenere che il caso debba essere speciale in almeno una delle due accezioni. Per quanto attiene all'eccezione didattica, come si vedrà,

²⁸⁶ Considerazione in linea, mi pare, con quanto affermato nella recente Dichiarazione "A Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law" originariamente sottoscritta da numerosi esponenti del mondo accademico, disponibile da http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf, in part. a p. 4: "3. The Three-Step Test's restriction of limitations and exceptions to exclusive rights to certain special cases does not prevent ... legislatures from introducing open ended limitations and exceptions, so long as the scope of such limitations and exceptions is *reasonably foreseeable*" (corsivo mio).

III CAPITOLO

la soddisfazione del requisito in senso qualitativo è difficilmente negabile. Procederemo comunque all'accertamento della specialità anche in senso quantitativo.

In senso qualitativo, è la finalità dell'utilizzo privilegiato a dovere risultare speciale²⁸⁷. A parte la diretta previsione di un'eccezione a favore della didattica già dalla prima versione della Convenzione di Berna²⁸⁸, alcune di quelle finalità, ed in particolare l'istruzione, sono state direttamente menzionate in vari documenti internazionali. Così, nei lavori preparatori della Conferenza Diplomatica dell'OMPI del 1996 si afferma con riguardo al *three-step test* che

“(W)hen a high level of protection is proposed, there is reason to balance such protection against other important values in society. Among these values are the interests of education, scientific research, the need of the general public for information to be available in libraries and the interests of persons with a handicap that prevents them from using ordinary sources of information”²⁸⁹.

Un altro importante riconoscimento della rilevanza attribuita alla finalità educativa nel sistema internazionale del diritto d'autore lo si ritrova nello stesso Preambolo al WIPO *Copyright Treaty*, in cui si sottolinea:

“la necessità di un equilibrio fra i diritti degli autori e un superiore pubblico interesse, in particolare in materia di istruzione, ricerca e

²⁸⁷ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 144.

²⁸⁸ *Supra*, nota 26.

²⁸⁹ V. OMPI Doc. CRNR/DC/4, par. 12.09.

accesso all'informazione, quale si desume dalla Convenzione di Berna".

Senza particolari difficoltà, pare, la finalità educativa che caratterizza la disposizione all'esame è dunque da considerare speciale in senso qualitativo²⁹⁰. Passando ora alla verifica se si possa parlare di specialità (anche) in senso quantitativo, si è visto precedentemente che il "caso" deve avere una portata limitata ("narrow in its scope and reach")²⁹¹, e quella è sicuramente esclusa se la maggior parte degli utilizzatori potenziali di un diritto concesso in esclusiva all'autore possono beneficiare dell'eccezione in questione. Così, con riguardo al nostro specifico argomento, si dovrebbe guardare agli utilizzi possibili con finalità illustrativa a scopo didattico non commerciale delle opere coperte da diritto d'autore per poi chiedersi se quelli siano di portata tale da trasformare l'eccezione in regola.

Come sappiamo, l'eccezione copre sia il diritto di riproduzione che di comunicazione al pubblico. Non si operano distinzioni in merito alle modalità di riproduzione, e di comunicazione al pubblico, cui il docente può ricorrere nell'organizzare la propria attività di insegnamento. Tanto meno esistono esclusioni con riguardo a determinate categorie di opere, che possono dunque spaziare dal brano di musica pop al manuale scolastico, da opere cinematografiche ad articoli contenuti in riviste scientifiche. Inoltre, neppure si esclude l'utilizzo dell'opera nella sua integrità, se tale utilizzo è giustificato da finalità illustrative nell'ambito di attività di insegnamento.

Guardando più nel dettaglio alle quattro categorie di opere

²⁹⁰ Meno agevole è quella verifica in caso di obiettivi di politica pubblica non direttamente rapportabili agli ambiti chiaramente privilegiati, quali appunto l'istruzione, ma anche la ricerca, l'accesso all'informazione, la religione e pochi altri.

²⁹¹ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, cit., p. 29.

III CAPITOLO

sopra menzionate a titolo esemplificativo, si può verosimilmente escludere che una parte sostanziale dei potenziali utilizzatori dei diritti in questione, con riguardo a brani di musica pop, sarebbe in grado di beneficiare dell'esenzione, e lo stesso può forse dirsi per le opere cinematografiche. Neppure l'utilizzo di letteratura scientifica a scopo didattico sembrerebbe costituire una parte significativa degli utilizzi. Diversamente, con riguardo ai manuali scolastici, in relazione ai quali si potrebbe forse legittimamente argomentare che gli utilizzi didattici in senso ampio siano significativi. Così, come vedremo, l'eccezione didattica tedesca, sia con riguardo ad utilizzi frontali che online, esclude tale categoria di opere destinate alla scuola dal campo di applicazione della fattispecie²⁹².

Riassumendo questa prima parte, non sembra vi siano fondati motivi per ritenere che un'eccezione didattica prevista in una legislazione nazionale, equivalente a quella *ex art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo*, non superi agevolmente il primo gradino, se quest'ultimo viene inteso nel senso che l'eccezione deve essere certa e speciale in senso qualitativo. Se, diversamente, si intende la specialità (solo) in senso quantitativo, potrebbe forse rivelarsi opportuna un'esclusione dal campo di applicazione di alcune categorie di opere a vocazione eminentemente didattica²⁹³.

²⁹² Limitazioni sono previste anche in merito alle opere cinematografiche, come vedremo nel IV capitolo.

²⁹³ Si ribadirà questo specifico profilo della compatibilità della normativa italiana con il *three-step test* in part. nel V capitolo.

III.5.4. Secondo gradino: assenza di conflitto con il normale sfruttamento dell'opera

III.5.4.1. Due nozioni centrali: conflitto e normalità

Continuando nell'esame della disposizione, il secondo gradino tutela il "normale" sfruttamento dell'opera, con il quale l'utilizzo nei "certi casi speciali" di cui al primo gradino non dovrebbe entrare in conflitto.

Il "conflitto" con il normale sfruttamento dell'opera sta ad indicare, nel senso comune del termine, un'opposizione diretta fra due elementi incompatibili fra loro. Questo sembrerebbe essere il senso ultimo dell'ormai famoso passaggio dai lavori del *Main Committee I* alla Conferenza di Stoccolma:

"If it is considered that reproduction conflicts with the normal exploitation of the work, reproduction is not permitted at all. If it is considered that reproduction does not conflict with the normal exploitation of the work, the next step would be to consider whether it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. Only if such is not the case would it be possible in certain special cases to introduce a compulsory license, or to provide for use without payment. A practical example may be photocopying for various purposes. If it consists of producing a very large number of copies, it may not be permitted, as it conflicts with a normal exploitation of the work. If it implies a rather large number of copies for use in industrial undertakings, it may not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author, provided that, according to national legislation, an equitable remuneration is paid. If a small number of copies is made,

III CAPITOLO

photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use”²⁹⁴.

Come successivamente spiegato da Eugen Ulmer, che autorevolmente presiedeva il *Main Committee I*,

“La formulazione [scelta nell’art. 9, par. 2] chiarisce che eccezioni del diritto di riproduzione non sono consentite nell’area del normale sfruttamento dell’opera. Questo vale ad esempio per le riproduzioni tipografiche di opere letterarie o la realizzazione di una nuova edizione mediante riproduzione fotomeccanica. La produzione di singole fotocopie non costituisce invece uno sfruttamento normale”²⁹⁵.

Di conseguenza, un’eccezione o limitazione formulata nella legislazione di uno Stato supera il secondo gradino quando, pur comportando un pregiudizio agli interessi economici dell’autore, non privi quest’ultimo della possibilità “normale” di sfruttare l’opera in modo da garantirsi un profitto economico. Così, un’eccezione che dovesse consentire “la realizzazione di una nuova edizione mediante riproduzione fotomeccanica” vanificherebbe di regola la possibilità dell’autore di trarre profitto dalla vendita di esemplari dell’opera.

Il riferimento cruciale sembra essere alla *normalità* dello sfruttamento da parte dell’autore. Appare subito evidente che la situazione oggetto del secondo gradino non può però coincidere con il pieno sfruttamento di tutte le possibilità economiche potenzialmente garantite ai titolari di un diritto (d’autore) su un’opera, altrimenti non si potrebbe mai parlare di eccezioni e limitazioni compatibili con il *three-step test*. Di questo avviso è anche il WTO Panel nella più volte

²⁹⁴ Records 1967 (nota 34), p. 197.

²⁹⁵ V. D. REIMER, E. ULMER, *op. cit.*, p. 444, traduzione mia.

menzionata decisione, quando nota che

“... not every use of a work, which, in principle is covered by the scope of exclusive rights and involves commercial gain, necessarily conflicts with a normal exploitation of that work. If this were the case, hardly any exception or limitation could pass the test of the second condition”²⁹⁶.

III.5.4.2. Normalità: differenti accezioni

Emerge dunque la necessità di meglio qualificare la *normalità* dell'utilizzo. Un'utilizzazione di opere coperte dal diritto d'autore, secondo una prima interpretazione che è stata definita storica²⁹⁷, risulta in conflitto nel senso qualificato dalla norma se entra in concorrenza diretta con forme *tradizionali* di sfruttamento, così come la riproduzione di opere letterarie a stampa²⁹⁸.

La lettura storica del requisito della normalità si presta tuttavia ad evidenti critiche. La modalità tradizionalmente più redditizia di sfruttamento economico di un'opera può esserlo già molto meno nel presente e divenire del tutto secondaria in un futuro anche alquanto prossimo. Ad esempio, se fino a pochi anni addietro il diritto di riproduzione analogica (a stampa) rappresentava la fonte principale di reddito per l'autore di opere letterarie, Internet e le tecnologie di digitalizzazione hanno reso particolarmente rilevante anche lo sfruttamento attraverso la realizzazione di copie digitali e la loro comunicazione al pubblico. Il concetto storico mostra dunque i suoi più seri limiti nell'incapacità di tenere adeguatamente conto della

²⁹⁶ WTO Panel (nota 74), par. 6.182.

²⁹⁷ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 169 ss.

²⁹⁸ J. BORNKAMM, *op. cit.*, p. 34 ss.

III CAPITOLO

circostanza che la “normalità” dello sfruttamento, specialmente in epoche caratterizzate da rapidi avanzamenti tecnologici, è potenzialmente soggetta a continue, profonde revisioni. Significative modalità di controllo e di utilizzazione economica dell’opera vengono scoperte, mentre altre perdono di rilevanza, ed il legislatore deve essere in grado di indicare, ove necessario, nuovi bilanciamenti fra interessi contrapposti.

La definizione del concetto di normalità ai sensi del secondo gradino del *three-step test* non sembra possa sottrarsi, per quello che si è detto, a considerazioni che tengano conto della dinamica dei mercati interessati. Ma come individuare nel concreto il limite estrinseco alla normale utilizzazione dell’opera da parte dell’autore, dettato dalle concrete possibilità di sfruttamento in chiave economica? Si potrebbe ritenere riservato all’autore qualsiasi mercato presente o futuro, ad esclusione di quelli cui l’autore volontariamente rinunci, ad es. il mercato dell’utilizzazione delle opere a scopo di parodia o critica. Tutti i mercati aperti dagli avanzamenti tecnologici degli ultimi anni, soprattutto nel settore delle tecnologie dell’informazione, potrebbero dunque rientrare nel concetto di “normalità”; rimarrebbero spazi per eccezioni e limitazioni con riguardo alle modalità di sfruttamento analogiche, in cui varie imperfezioni impediscono (ancora?) la creazione di lucrativi mercati²⁹⁹.

Va tuttavia ricordato che la Convenzione di Berna stessa ha alla base delle considerazioni non puramente economiche. Infatti, pur mirando a “proteggere nel modo più efficace ed uniforme possibile i diritti degli autori sulle loro opere letterarie ed artistiche”, non lesina eccezioni e limitazioni al diritto esclusivo dell’autore. Un ulteriore elemento a supporto della rilevanza dell’elemento normativo non

²⁹⁹ Temono esattamente una tale evoluzione M. BUYDENS, S. DUSOLLIER, *Les exceptions au droit d’auteur dans l’environnement numérique : évolutions dangereuses*, in *Communication - Commerce électronique*, settembre 2001, p. 12 s.

economico si ritrova nei lavori preparatori alla Conferenza di Stoccolma, in cui si legge il commento “that it should not be forgotten that domestic laws already contained a series of exceptions in favor of various public and cultural interests and that it would be in vain to suppose that countries would be ready at this stage to abolish these exceptions to any appreciable extent”³⁰⁰.

Un’esigenza simile di individuazione di argini alla potenziale estendibilità delle “normali” aree di sfruttamento economico dell’opera è stata manifestata nell’ambito della Conferenza Diplomatica dell’OMPI del 1996:

“(W)hen a high level of protection is proposed, there is reason to balance such protection against other important values in society. Among these values are the interests of education, scientific research, the need of the general public for information to be available in libraries and the interests of persons with a handicap that prevents them from using ordinary sources of information”³⁰¹.

Nel Preambolo al WCT si menziona anche l’esigenza di “maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest”. La lettura “mercantilistica” del secondo gradino dovrebbe dunque venire temperata da valutazioni di carattere normativo non-economico³⁰².

Sulla base di una particolare concezione economico-normativa³⁰³ proposta in dottrina³⁰⁴, il secondo gradino dovrebbe venire

³⁰⁰ Records 1967, cit., p. 112.

³⁰¹ V. OMPI Doc. CRNR/DC/4, par. 12.09.

³⁰² M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 193 ss.

³⁰³ Nonostante utilizzi espressamente il termine “normativo”, il Panel del WTO si riferisce invece, come correttamente rilevato da J. GINSBURG, *Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, in *Revue internationale du droit d’auteur*, 2001, p. 17 ss. ad una lettura

III CAPITOLO

applicato in modo da isolare le ipotesi di utilizzazioni di un'opera che, adesso o in futuro, hanno od avranno "un'importanza economica o pratica considerevole"³⁰⁵, e che dovrebbero venire riservate agli autori. In altri termini, pur in presenza di una limitazione delle prerogative economiche di un autore, la contrazione di alcune modalità di utilizzo dell'opera, ma la salvaguardia di altre, fonti *principali* e *tipiche* di profitto, non inciderebbe sul normale sfruttamento. Le fonti di reddito secondarie³⁰⁶ costituirebbero dunque l'area normale di azione delle eccezioni e limitazioni, poi oggetto di bilanciamento ai sensi del terzo gradino. Il perseguimento di interessi pubblici di carattere educativo, di ricerca scientifica, ecc. troverebbe dunque un limite invalicabile nella salvaguardia del nucleo economico essenziale protetto dal diritto d'autore³⁰⁷.

Questa alternativa accezione di "normalità" ai sensi del secondo gradino del *three-step test* presenta degli indubbi vantaggi rispetto a quella storica precedentemente ripresa, che aveva come principale difetto il non essere sufficientemente flessibile ed aperta ai pressoché inevitabili cambiamenti nella relazione fra titolari del diritto

economica (chiamata "empirica") del secondo gradino in senso dinamico, che tenga conto, come si legge nel *Report*, di "those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance" (par. 6.180).

³⁰⁴ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 177 ss.

³⁰⁵ Espressione che si trova già nei lavori preparatori della Conferenza di Stoccolma del 1967: "(a)ll forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance, must be reserved to the author", v. Records 1967, cit., p. 112 (corsivo mio).

³⁰⁶ Questo sembra essere stato l'argomento presentato dal governo statunitense davanti al Panel del WTO: "the most important forms of exploitation of musical works, namely, "primary" performance and broadcasting, are not affected by either subparagraph of Section 110(5)", cfr. *Report* del WTO Panel (nota 74), par. 6.168.

³⁰⁷ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 189.

d'autore e soggetti che beneficiano di un'esenzione. L'individuazione delle utilizzazioni principali (e dunque *normali* ai sensi del secondo gradino), distinte dunque da quelle secondarie, rimane tuttavia un esercizio delicato, come si può facilmente intuire.

Sullo sfondo del complessivo fascio di diritti esclusivi che l'ordinamento garantisce ad un autore³⁰⁸, il ragionamento presuppone che l'interprete sia in grado di identificare le modalità di sfruttamento tipicamente più redditizie di una specifica categoria di opere, che verrebbero dunque assicurate all'autore sulla base del *three-step test*. Gli introiti da altre modalità di sfruttamento, se non tipici e/o poco sostanziosi, possono venire compromessi dalla previsione di un'eccezione o limitazione. Rispetto alla concezione neoclassica della proprietà intellettuale, la differenza principale consisterebbe dunque nel riservare agli autori *solo* i mercati in cui la commercializzazione dell'opera viene più agevolmente praticata e consente i maggiori profitti.

Guardando più nel dettaglio alle modalità con le quali un autore può venire privato di fonti maggiori di profitto, la prima ipotesi vede l'utilizzo coperto dall'eccezione entrare in concorrenza diretta con lo sfruttamento economico cui dà diritto la privativa riservata all'autore. Esattamente quella eventualità avevano in mente i delegati alla Conferenza di Stoccolma riferendosi alla realizzazione di riproduzioni integrali, tipografiche di opere letterarie, come ricordato sopra.

La seconda modalità riguarda una significativa riduzione dei profitti che l'autore deriva dallo sfruttamento economico principale dell'opera, a causa dello svolgimento da parte di terzi di un'attività di per sé diversa. Ad esempio, il Tribunale Federale elvetico in una recente decisione, ritenendo che il "normale sfruttamento di un giornale

³⁰⁸ Diversamente il WTO Panel, che considera i diritti esclusivi singolarmente, v. par. 6.173.

III CAPITOLO

consiste ... nella vendita e nell'utilizzo delle edizioni online e degli Electronic Papers", si è poi confrontato con l'interrogativo se, a causa della diffusione di rassegne stampa elettroniche interne all'azienda, realizzate da terzi, i giornali avessero subito un calo delle vendite ed una diminuzione dei lettori. Richiamando le valutazioni già espresse dal giudice di secondo grado, il Tribunale Federale esclude che tale effetto si sia prodotto³⁰⁹.

Altri in dottrina hanno proposto un'interpretazione dai toni normativi ancora più netti, che coinvolga l'interrogativo in merito a quali mercati debbano (*should*) essere riservati in modo esclusivo all'autore³¹⁰. Partendo dalla premessa che quasi tutti gli utilizzi rientrerebbero nel normale sfruttamento dell'opera, se quest'ultimo venisse inteso in termini strettamente economici, si propone di interpretare il secondo gradino anche sullo sfondo di considerazioni di carattere normativo, espressione di un chiaro interesse pubblico, di importanza paragonabile ad intenti già ritenuti accettabili ai sensi della Convenzione di Berna ed incorporati in eccezioni e limitazioni al diritto d'autore. Il contesto europeo, in particolare, si presterebbe a tenere in seria considerazione obiettivi di carattere culturale a largo raggio³¹¹.

³⁰⁹ "Elektronische Pressespiegel", del 16.06.2007, 4C.73/2007, in applicazione del *three-step test* ex convenzioni internazionali (Berna, TRIPs e WTO): "(N)ach den verbindlichen Feststellungen des Obergerichts ist die klägerische Behauptung, die Tätigkeit der Medienbeobachtungsunternehmen führe zu einem Rückgang der Auflagen und zum Verlust von Lesern, unbelegt und unsubstantiiert" (par. 6.2).

³¹⁰ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, cit., p. 36 s.

³¹¹ Cfr. C. GEIGER, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, in *UNESCO Copyright Bulletin*, 2007 (gennaio-marzo), p. 6.

III.5.4.3. Didattica online e concezione economico-normativa del secondo gradino

Riprendendo lo specifico utilizzo di opere coperte dal diritto d'autore cui questo contributo è dedicato, e superato il primo gradino, risulta di regola improbabile che l'ambito di sfruttamento economico "riservato" sia messo a rischio³¹². In primo luogo, l'incidenza dell'esenzione prevista dalla legislazione nazionale dovrà venire apprezzata con riguardo alle complessive possibilità di sfruttamento economico dell'opera. Seguendo tale impostazione, andrebbero in ogni caso riservati all'autore i mercati considerati più redditizi. Secondariamente, la valutazione andrebbe operata con riguardo alle diverse categorie di opere interessate dall'eccezione o limitazione della cui compatibilità con il test dei tre gradini si discute³¹³. Così, nel caso di un'eccezione a favore della didattica simile a quella *ex art. 10, par. 2* della Convenzione di Berna, la valutazione dovrà essere operata con riguardo a tutte le possibili categorie di opere utilizzabili a fini didattici, così articoli scientifici, poesie, brani musicali, ecc.

Ad esempio, avendo a mente le molteplici modalità di sfruttamento commerciale di un brano musicale, la privazione della fonte di reddito costituita dall'utilizzazione, normalmente di parti dell'opera, a fine didattico, appare poco significativa. L'utilizzazione di opere create espressamente a fini didattici, come dei manuali finalizzati all'apprendimento individuale di una determinata materia, risulterebbe invece in contrasto con il normale utilizzo dell'opera ai sensi *del three-step test*, pur dopo avere superato il primo gradino perché caso speciale in senso qualitativo. All'occorrenza, il legislatore nazionale dovrebbe dunque differenziare fra le diverse categorie di opere perché

³¹² Tale è la conclusione dello stesso M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 197 s.

³¹³ V. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 193.

l'eccezione o limitazione al diritto d'autore soddisfi il secondo gradino³¹⁴.

Apparentemente, minori sono le possibilità concrete di sfruttamento economico di un'opera, più arduo sembrerebbe il superamento del secondo gradino nel caso concreto. Così, se la poesia ha un mercato molto limitato, la sua riproduzione in un'antologia scolastica rischia di sottrarre all'autore un'importante fonte di reddito. Invece, più ampi sono i potenziali mercati in cui può avvenire lo sfruttamento dell'opera, tanto più probabile il superamento del secondo gradino. Tuttavia, secondo la particolare concezione economico-normativa qui richiamata, l'autore di una poesia che vede inserita la sua opera in un'antologia non verrebbe privato di una fonte sostanziale di reddito, perché su quella fonte non avrebbe comunque potuto fare affidamento come “typical, reliable potential source of royalty revenue”. Se l'opera viene selezionata per essere inserita in un'antologia scolastica, l'autore tuttalpiù riceverebbe un “welcome extra income”³¹⁵. Da prendere in considerazione ai fini della valutazione imposta dal secondo gradino sarebbero dunque le sole fonti di reddito non solo sostanziali, ma anche tipiche ed affidabili. In termini

³¹⁴ Con accenti diversi, eventualmente, all'interno della stessa categoria di opere. Riprendiamo l'esempio proposto nel testo, con riguardo alle opere musicali. Le potenziali modalità di fruizione sono l'ascolto individuale e l'esecuzione da parte di musicisti. Presupposto dell'ascolto è ancora la riproduzione del brano precedentemente inciso, mentre per l'esecuzione del brano durante un concerto è necessario che i musicisti ottengano il consenso dell'autore all'esercizio del relativo diritto. Se si considera la particolare categoria di opere religiose, l'ascolto individuale potrebbe non rappresentare la modalità di fruizione più richiesta, ed il mercato delle riproduzioni, analogiche e digitali, su qualsiasi supporto tangibile, risulterebbe dunque poco esteso. La domanda principale sarebbe invece costituita da musicisti che intendono eseguire l'opera nell'ambito di manifestazioni religiose. All'autore dovrebbe essere riservata la piena possibilità di sfruttare questa particolare domanda attraverso un'offerta potenzialmente in grado di incontrare i bisogni dei musicisti.

³¹⁵ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 197.

simili, un autore di un romanzo storico ragionevolmente non si aspetta di trarre un sostanziale profitto da utilizzazioni che non siano la riproduzione e la vendita di copie della sua opera; di conseguenza, l'utilizzo in un contesto didattico di parti dell'opera non darebbe luogo ad alcun conflitto con il normale sfruttamento ai sensi del secondo gradino del *three-step test*.

Riassumendo, l'utilizzazione di opere a fini d'insegnamento non costituirebbe una "fonte tipica di guadagno", tranne che per le opere specificatamente concepite per essere utilizzate in contesti didattici (ad es., i manuali). La particolare salvaguardia di cui la seconda accezione economico-normativa del secondo gradino, vista al paragrafo precedente, si fa espressione non dovrebbe dunque risultare concretamente sollecitata con riguardo all'uso didattico delle opere.

Tuttavia, la delimitazione di un nucleo economico essenziale, garantito all'autore dal secondo gradino, dipende criticamente dalla possibilità di individuare delle "tipiche" fonti di guadagno. Queste ultime, a loro volta, dipendono dal complessivo quadro di opportunità di sfruttamento economico offerte dalla legislazione vigente, con il palese rischio di "congelare" una determinata situazione in modo non dissimile da quanto ottenuto da chi intende la normalità in senso storico³¹⁶.

III.5.5. Terzo gradino: assenza di pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dei titolari

III.5.5.1. Sulla struttura del terzo gradino

Nel corso dei lavori preparatori alla Conferenza di Revisione di

³¹⁶ Cfr. K. KOELMAN, *Fixing the Three-Step Test*, in *European Intellectual Property Review*, 2006, *ivi*, nota 16.

III CAPITOLO

Stoccolma, quello che è oggi il terzo si presentava ancora come secondo gradino. L'ordine fu poi modificato dal *Main Committee I* con la seguente motivazione:

“The Committee also adopted a proposal by the Drafting Committee that the second condition should be placed before the first, as this would afford a more logical order for the interpretation of the rule. If it is considered that the reproduction does not conflict with the normal exploitation of the work, the next step would be to consider whether it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author”³¹⁷.

Si legge poi nel materiale di preparazione alla Conferenza della

“considerable difficulty of finding a formula capable of safeguarding the legitimate interests of the author while having a sufficient margin of freedom to the national legislation to satisfy important social or cultural needs”³¹⁸.

Va preliminarmente sottolineato che la formulazione scelta dal legislatore comunitario richiama quella dell'Accordo TRIPs e non della Convenzione di Berna. Non si parla infatti di autori, ma di titolari dei diritti. Se una delle ragioni della differente formulazione può essere fatta risalire alla circostanza che la Direttiva abbraccia sia il diritto d'autore che i diritti connessi³¹⁹, ciò non toglie che nell'ambito dell'Accordo TRIPs (e dunque anche nei confronti degli Stati membri della UE che vi si debbono attenere) quella differenza assuma una

³¹⁷ Records 1967, cit., p. 114.

³¹⁸ Records 1967, cit., p. 113.

³¹⁹ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, cit., p. 210.

rilevanza ben maggiore. Così, ad esempio, la previsione di un equo compenso a fronte della previsione di una determinata eccezione potrebbe anche compensare in modo ragionevole gli autori, ma non i titolari dei diritti di sfruttamento economico.

Due sono in particolare gli elementi del gradino qui all'esame su cui soffermarsi. In primo luogo, vanno presi in considerazione gli *interessi legittimi* dei titolari; in secondo luogo va accertato se il *pregiudizio* agli interessi legittimi sia o meno *giustificabile*.

III.5.5.2. La considerazione della legittimità degli interessi

La prima circostanza sulla quale è necessario interrogarsi riguarda il significato da attribuire al concetto di “interessi legittimi” del titolare. In una prima accezione, ci si potrebbe riferire a tutti gli interessi economici tutelati dall'insieme dei diritti riconosciuti dall'ordinamento all'autore. L'esercizio del diritto di proibire ad altri l'utilizzo della propria opera è, normalmente, lo strumento riconosciuto al titolare per ottenere la soddisfazione dei propri interessi.

L'aggettivo “legittimi” sembrerebbe tuttavia limitare in senso normativo l'ampiezza degli interessi valutabili con riguardo al terzo gradino del *three-step test*. In questo senso si è espresso il WTO Panel nella decisione più volte menzionata. Legittimo sarebbe quell'interesse (economico) dell'autore che trova giustificazione alla luce delle considerazioni culturali, economiche e sociali che motivano la concessione di diritti d'autore³²⁰. Di conseguenza, se per il tramite dello *ius excludendi* all'autore viene concesso un incentivo economico a stimolo della creazione di opere intellettuali per il benessere della collettività, in determinate situazioni quell'interesse potrebbe non essere più considerato legittimo. Ad esempio, non troverebbe

³²⁰ WTO Panel, (nota 74), par. 6.224.

giustificazione il controllo dell'autore sulle modalità di sfruttamento dell'opera a scopo di satira o parodia³²¹. L'autore è difficilmente interessato a concedere licenze per quelle particolari utilizzazioni delle proprie opere. Lo *ius excludendi* viene più spesso esercitato per impedire che utilizzazioni di quel genere abbiano luogo, non per assicurarsi una fonte di reddito ad incentivo di successive creazioni.

III.5.5.3. Sulla (in)giustificabilità del pregiudizio

Se la prima parte del terzo gradino ha la funzione di circoscrivere quelli che, fra gli interessi economici del titolare, vanno riconosciuti come legittimi in senso normativo, è lasciato alla seconda parte il compito di mediare fra i diversi interessi in gioco.

In primo luogo, l'esenzione, per essere giustificata, deve essere atta alla realizzazione dell'interesse dalla quale è mossa e non dovrebbero esistere mezzi meno penalizzanti a disposizione degli utilizzatori per raggiungere quell'obiettivo. Questo può significare, a seconda delle circostanze, sottoporre il campo di applicazione dell'esenzione a tutta una serie di condizioni che ne circoscrivano l'impatto negativo.

In secondo luogo, il pagamento di un equo compenso ai titolari dei diritti può rendere il pregiudizio economico, anche sostanziale³²², subito da questi ultimi giustificabile ai sensi dell'art. 5, par. 5 della Dir. SocInfo. Una remunerazione può fare rientrare il pregiudizio in una sfera accettabile, così come emerge dai lavori del *Main Committee I*:

³²¹ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, cit., p. 211.

³²² Cfr. S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 27.

“... a rather large number of copies for use in industrial undertakings ... may not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author, provided that, according to national legislation, an equitable remuneration is paid. If a small number of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use”³²³.

D'altra parte, come affermato nella parte finale del passaggio appena citato, anche in assenza di un equo compenso il pregiudizio può ancora venire considerato giustificabile.

Nell'ambito della concreta applicazione del terzo gradino, il bilanciamento richiesto può risultare complesso, soprattutto quando, come di regola accade, l'interesse di chi sfrutta economicamente l'opera non coincida con quello dell'autore. Si prendano ad esempio le rassegne stampa elettroniche realizzate da terzi per conto di determinati clienti, di regola imprese. Se interesse degli editori è esercitare il diritto di vietare l'utilizzo dei propri articoli da parte di chi realizza tali rassegne, l'interesse dei giornalisti, dunque gli autori che hanno ceduto i diritti patrimoniali al loro datore di lavoro, risiede, da una parte, nella circolazione più ampia possibile dei propri scritti, dall'altra nel riconoscimento di quel vantaggio economico che la partecipazione alla distribuzione dell'equo compenso assicura loro. Come nota il Tribunale federale elvetico in una pronuncia precedentemente richiamata, vi sarebbe, nel caso delle rassegne stampa elettroniche, una coincidenza fra l'interesse generale ad avere un servizio professionale che si proponga di mettere ordine nella massa di informazioni che giornalmente ci sommergono e quello degli autori³²⁴. In questo caso, dunque, non si porrebbero ostacoli al superamento del gradino

³²³ Records 1967, p. 1145 s.

³²⁴ *Elektronische Pressespiegel* (nota 309), punto 6.

all'esame, in quanto, a ben guardare, la limitazione risulterebbe nell'interesse dell'autore stesso, ed i titolari del diritto verrebbero adeguatamente compensati dalla previsione di un equo compenso³²⁵.

III.5.6. Conclusioni sul three-step test

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, è nel contesto specifico della Convenzione di Berna che il test appena analizzato ha trovato origine. Il *three-step test* aveva inizialmente una funzione paragonabile a quella del *fair use* statunitense, e dunque consentire agli Stati membri dell'Unione la previsione di eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzioni oltre a quelle specificamente disciplinate dalla Convenzione stessa. “Inaspettatamente”, il test ha assunto poi un ruolo centrale con riguardo al complessivo sistema delle eccezioni e limitazioni, sia internazionale che comunitario. L'importanza acquisita dal *three-step test* in questi ultimi anni si spiega soprattutto grazie alla flessibilità applicativa che esso permetterebbe. Letture “autorevoli”, pronunciate dal Panel del WTO e da giudici (nazionali e comunitari), nonché proposte da commentatori internazionalmente conosciuti e rispettati, riusciranno forse a dare consistenza a dei criteri volutamente informi.

L'utilità di un test di contenimento delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore previste nelle legislazioni nazionali non viene tuttavia discussa, anche per l'evidente superiorità rispetto all'alternativa possibile, e cioè la previsione, a livello internazionale, di una rigida lista di esenzioni. Su un piano di pura speculazione teorica si possono immaginare formulazioni del test più adeguate, così come quella recentemente proposta dal forse più autorevole commentatore del

³²⁵ V. anche la Dichiarazione *A Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law* (nota 286), p. 1 s.

sistema internazionale di diritto d'autore, Sam Ricketson. Quell'autore indica nella concreta formulazione di un nuovo test a *quattro o cinque gradini* una possibile strategia per rimediare alla complessità attuale, della quale sopra si è detto, e per promuovere uno sviluppo equilibrato del diritto d'autore³²⁶:

“Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works in specific and limited situations where:

1. there is a public interest justification for the limitation or exception in question, such as the needs of education, the making of criticism and review, the reporting of news, and the carrying out of research and study;
2. this public interest outweighs the economic interests of the author/rights owner;
3. the prejudice to the author/right holder's exploitation of their rights is not disproportionate because of the conditions governing the excepted use; and
4. there is appropriate and reasonable recognition and protection of the moral rights of the author”.

Sulla base della formulazione proposta, in situazioni specifiche e limitate, l'interesse pubblico che qualifica una specifica eccezione o limitazione prevarrebbe sugli interessi economici degli autori e dei titolari dei diritti. Le condizioni dell'utilizzo dovrebbero essere tali da contenere in un confine di “proporzionalità” il pregiudizio subito dall'autore/titolare nello sfruttamento dei relativi diritti. Riconoscimento e protezione in modo adeguato dovrebbero infine trovare i diritti

³²⁶ Cfr. S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO Information Session on Limitations and Exceptions, Ginevra 3-4 novembre 2008.

III CAPITOLO

morali degli autori.

Il pregio a mio avviso più significativo rispetto all'attuale *three-step test* risiede nella chiara asserzione del principio in base al quale, con tutte le cautele del caso, vi sono situazioni in cui gli interessi economici degli autori/titolari possono venire sacrificati a favore della promozione di interessi diffusi "superiori", quali appunto la ricerca e l'istruzione. La sede del bilanciamento è indicata nel terzo gradino (del "nuovo" test), e sono essenzialmente le condizioni dell'utilizzo coperto dall'esenzione a limitarne l'impatto negativo sugli autori/titolari. Si supererebbero così le difficoltà interpretative che attualmente investono soprattutto il secondo gradino (dunque, del "vecchio" test): il perseguimento di un interesse pubblico particolarmente qualificato potrebbe, in determinate circostanze, giustificare il sacrificio di alcune delle prerogative "normali" di sfruttamento economico dell'opera.

IV CAPITOLO

GLI UTILIZZI DIDATTICI ONLINE: ESPERIENZE STRANIERE

IV.1. Germania

IV.1.1. Il dibattito in occasione del recepimento della Direttiva SocInfo

Il legislatore tedesco ha varato nel 2003 un primo insieme di misure di attuazione della Direttiva SocInfo comprendente il recepimento delle parti obbligatorie della legislazione comunitaria³²⁷. Il secondo pacchetto è entrato in vigore il 1° gennaio 2008, rallentato nella sua approvazione sia da più ampie vicende politiche che hanno visto il passaggio alla c.d. “Grande Coalizione”³²⁸, sia dalla accresciuta percezione della sensibilità degli interessi in gioco. Una delle questioni controverse è stata appunto la limitazione del diritto dell’autore di comunicazione al pubblico *on demand* a favore della didattica e della ricerca. La disposizione sulla didattica online è stata introdotta³²⁹

³²⁷ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 11.04.2003.

³²⁸ Patto governativo fra i più grandi partiti tedeschi, CDU/CSU e SPD.

³²⁹ Si tratta sicuramente di una delle disposizioni maggiormente discusse in sede di recepimento della Direttiva comunitaria. Il testo presentato dal Ministero della Giustizia nel 2002 prevedeva un’esonazione priva della maggioranza delle limitazioni (es., parti di opera, puntuale elencazione dei soggetti beneficiari, ecc.) che caratterizzano il testo attuale. Offre una ricostruzione dettagliata dei passaggi della prima versione dell’articolo all’approvazione S. HAUPT, *Die EG-Richtlinie “Urheberrecht in der Informationsgesellschaft” und Konsequenzen für die Nutzung von Werken im Schulunterricht gemäß § 52 a UrhG*, in *ZUM*, 2004, p. 107 ss.

ancora con il primo pacchetto di recepimento della Direttiva SocInfo ma soggetta al limite temporale³³⁰ del 31.12.2006, in prima battuta esteso fino al 31 dicembre 2008, e successivamente al 31 dicembre 2012, ritenendo con ciò il legislatore la questione tutt'altro che risolta.

Nel prevedere la limitazione di cui all'art. 52a della legge tedesca sul diritto d'autore (di seguito, UrhG) sulla "Messa a disposizione del pubblico per l'insegnamento e la ricerca", il legislatore si rifà espressamente alle possibilità offerte dall'art. 5, comma 3, lettera a della Direttiva, che abbiamo esaminato nel terzo capitolo. Lo scopo della disposizione è di permettere l'impiego di nuove forme di comunicazione nell'insegnamento e nella ricerca scientifica³³¹. L'idea di fondo, che contraddistingue anche il *TEACH Act* della legislazione statunitense, del quale ci occuperemo più avanti, è che, poiché esistono eccezioni a favore della ricerca e dell'insegnamento nel mondo analogico, non dovrebbe essere preclusa la possibilità di prevedere eccezioni anche nel mondo digitale, adottando gli accorgimenti necessari ai fini del passaggio alla nuova realtà.

Nel dettaglio, l'art. 52a UrhG prevede che :

“(1) è lecito mettere a disposizione del pubblico, nella misura in cui sia necessario per quel determinato fine e per il perseguimento di scopi non commerciali

1. piccole parti di un'opera pubblicata, opere di ampiezza limitata, nonché singoli contributi da giornali o riviste per l'illustrazione a lezione nelle scuole e negli istituti di istruzione superiore, negli istituti non commerciali di istruzione e formazione continua, negli istituti di formazione professionale, esclusivamente per la limitata e definita cerchia di partecipanti alla lezione oppure

³³⁰ Si noti che si tratta dell'unico caso di c.d. *sunset-provision* nel diritto d'autore tedesco.

³³¹ V. Motivazione del Progetto di legge del Governo, BT-Drucks. 15/38, p. 20.

2. parti pubblicate di un'opera, opere di ampiezza limitata e singoli contributi da giornali o riviste per una cerchia limitata e definita di persone per la propria ricerca scientifica

(2) La comunicazione al pubblico di un'opera destinata all'uso didattico a scuola è possibile solo con il consenso del titolare del diritto. La comunicazione al pubblico di un'opera cinematografica, prima del passaggio di due anni dall'inizio del normale sfruttamento nelle sale cinematografiche nell'ambito di applicazione della presente legge, è possibile solo con il consenso del titolare del diritto.

(3) Nelle ipotesi di cui al comma 1 sono consentite anche le riproduzioni necessarie alla comunicazione al pubblico.

(4) Per la comunicazione al pubblico di cui al comma 1 è necessario il pagamento di un equo compenso. La pretesa può essere fatta valere solo da una società di gestione³³².

³³² La traduzione è dell'A. Per comodità dei lettori e delle lettrici si riporta il testo in lingua originale: § 52a Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

(1) Zulässig ist, 1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder

2. veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

(2) Die öffentliche Zugänglichmachung eines für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmten Werkes ist stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

Die öffentliche Zugänglichmachung eines Filmwerkes ist vor Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern im Geltungsbereich dieses Gesetzes stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

(3) Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen.

(4) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach Absatz 1 ist eine angemessene

IV CAPITOLO

La disposizione ha dunque ad oggetto un'eccezione soggetta a tutta una serie di precisazioni concernenti:

- (1) la finalità dell'utilizzo, limitato a quello illustrativo
- (2) le utilizzazioni esentate, che non riguardano il solo diritto di comunicazione al pubblico ma anche di riproduzione
- (3) i soggetti beneficiari dell'esenzione, dunque le scuole e le università, gli istituti non commerciali d'istruzione e formazione continua e gli istituti di formazione professionale
- (4) le opere esentate, con il riferimento a piccole parti di un'opera o ad opere brevi ed a regole particolari per le opere didattiche e cinematografiche
- (5) la necessità di previsione di un equo compenso al cui esame dettagliato ci dedicheremo nella parte direttamente seguente.

IV.1.2. Il contenuto dell'art. 52a UrhG

IV.1.2.1. La finalità dell'utilizzo

L'utilizzo delle opere coperte da diritto d'autore esentato dall'art. 52a UrhG deve avvenire per finalità illustrativa a lezione ("zur Veranschaulichung im Unterricht"). Tale formulazione riprende testualmente il tenore dell'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo.

Va tuttavia notata la particolarità della versione tedesca dell'eccezione didattica comunitaria ("a lezione"), che alcuni non esitano ad imputare ad un errore di traduzione, oppure ad una formulazione poco fortunata³³³. Ripresa tuttavia quell'esatta

Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

³³³ U. SIEBER, *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft, Die Anforderungen eines modernen Unterrichts*, in U. SIEBER, T. HOEREN (a cura di): *Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft*, Bonn, 2005 Hochschulrektorenkonferenz (Beiträge zur

espressione nell'art. 52a UrhG, secondo alcuni il legislatore tedesco avrebbe voluto limitare la portata applicativa dell'eccezione in questione ad utilizzi nell'ambito di una lezione frontale³³⁴. In altri termini, il docente potrebbe ad esempio permettere l'accesso online a fine illustrativo al materiale protetto (anche da singole postazioni), per poi bloccarlo una volta la (singola) lezione terminata, escludendone perciò l'utilizzo sia prima che dopo lo svolgimento della specifica unità didattica.

Tuttavia, varie osservazioni paiono opporsi ad una tale lettura restrittiva: il termine "lezione" di per sé non esclude modalità di insegnamento *on demand* oppure miste (*blended*), dunque in parte frontali ed in parte *on demand*; si può anche rilevare che, quando il legislatore tedesco ha voluto circoscrivere la portata applicativa "spaziale" delle esenzioni, non ha mancato di farlo con chiarezza, come ad esempio per la consultazione c.d. onsite, limitata ai locali ("in den Räumen") di biblioteche, musei ed archivi³³⁵. Inoltre, una tale interpretazione è difficilmente conciliabile con lo scopo ultimo della disposizione, intesa a permettere, appunto, "nuove forme di comunicazione nell'insegnamento"³³⁶. Infine, se si limitasse l'accesso online alla durata della lezione, non si tratterebbe più di un'eccezione al diritto di "messa a disposizione del pubblico" ai sensi dell'art. 19a UrhG ("nel tempo e dai luoghi di propria scelta") ma di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 22 UrhG, e di conseguenza l'art. 52a UrhG, che solo del primo rappresenta un'eccezione, sarebbe privato di

Hochschulpolitik), p. 24. Come sembrerebbe confermato anche da un raffronto con versioni in altre lingue: "illustration for teaching or scientific research", "illustration dans le cadre de l'enseignement", "finalità illustrativa per uso didattico".

³³⁴ Diversamente, l'art. 87 c UrhG in tema di banche dati parla di "utilizzo per l'illustrazione della lezione" ("Benutzung zur Veranschaulichung des Unterrichts").

³³⁵ Cfr. S. VEZZOSO, *Consultazione di opere digitali*, op. cit., p. 50 s.

³³⁶ V. Motivazione (nota 331), p. 20.

significato³³⁷.

La seconda parte della condizione esplicitata è che la messa a disposizione del materiale debba essere necessaria a fini illustrativi. Sono dunque coperti esclusivamente utilizzi che il docente ritiene possano rendere la materia insegnata più facilmente comprensibile. Vi deve essere evidentemente un collegamento fra il contenuto della lezione ed il materiale, che ne giustifichi l'utilizzo da parte del docente³³⁸, ma la decisione in merito all'efficacia dell'impiego nel contesto della lezione non può che spettare in ultima analisi a chi insegna³³⁹.

IV.1.2.2. *Le utilizzazioni esentate*

L'art. 52a UrhG si riferisce espressamente alla “messa a disposizione”, come sottospecie del più ampio diritto di comunicazione al pubblico. Il par. 3 dello stesso articolo esenta le riproduzioni necessarie a quella modalità di comunicazione.

Perché il materiale sia accessibile *on demand*, sarà prima di tutto indispensabile realizzare copie dell'opera, sia (normalmente) sul disco rigido del computer del docente, sul server della scuola, università, ecc. nonché sul disco rigido dei computer che permettono l'accesso all'opera da parte degli studenti. Come abbiamo già detto, anche gli atti di riproduzione temporanea rientrano nel diritto esclusivo dell'autore; tuttavia, le riproduzioni che sono accessorie o transitorie e

³³⁷ Cfr. M. BAGH, *On demand Anwendungen in Forschung und Lehre*, Berlino, 2007, p. 139, anche per ulteriori riferimenti dottrinali.

³³⁸ Cfr. T. HOEREN, N. KALBERG, *Der amerikanische TEACH Act und die deutsche Schrankenregelung zur “Öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung”* (§ 52a UrhG) im Vergleich, in *ZUM*, 2006, p. 603.

³³⁹ Cfr. G. GOUNALAKIS, *Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung*, Marburgo, 2003. Parere redatto su incarico del Börsenverein des Deutschen Buchhandels e. V., p. 40.

parte integrante ed essenziale ad un procedimento tecnologico, devono venire necessariamente esentate dal legislatore nazionale. Il legislatore tedesco ha recepito questa disposizione della Direttiva SocInfo attraverso la predisposizione dell'art. 44a UrhG. Per quanto riguarda le riproduzioni che non rientrano nel campo di applicazione di quest'ultima disposizione, e cioè in primo luogo le copie non più temporanee ma fisse ai fini della comunicazione *on demand*, quelle vengono invece coperte dal par. 3 dell'art. 52a UrhG.

Esentate vengono le riproduzioni necessarie alla comunicazione online con scopo didattico. Si può invece legittimamente dubitare che il par. 3 dell'art. 52a UrhG copra anche le riproduzioni realizzate ed archiviate dal docente con l'intenzione di utilizzarle successivamente così ad esempio la copia (analogica e/o digitale) di materiale³⁴⁰. Inoltre, si ritiene che il materiale possa essere messo a disposizione solo per la durata del corso³⁴¹.

La norma non limita l'utilizzo alle opere originariamente in formato digitale. Di conseguenza, si ritiene che siano coperti dall'art. 52a, par. 3 anche gli atti di digitalizzazione di opere originariamente in formato analogico, per permetterne la successiva comunicazione *on demand*³⁴².

A fruire della comunicazione *on demand* deve essere esclusivamente una limitata e definita cerchia di partecipanti alla lezione. Il materiale, coperto da diritto d'autore ed utilizzato dal docente a fine illustrativo, deve dunque essere accessibile solo da parte dei soggetti cui la lezione è destinata. Di conseguenza, si ritiene che debbano venire apprestate, da parte dell'istituzione, quelle modalità tecniche necessarie (es., parole chiave) affinché siano i soli effettivi

³⁴⁰ W. BERNUTH VON, *Streitpunkt – der Regelung Gehalt des § 52a UrhG*, in ZUM, p. 443.

³⁴¹ V. T. HOEREN, N. KALBERG, *op. cit.*, p. 604.

³⁴² Cfr. G. GOUNALAKIS, *op. cit.*, p. 42.

partecipanti al corso ad avere accesso al materiale protetto da diritto d'autore³⁴³.

IV.1.2.3. I soggetti beneficiari dell'eccezione

A differenza dell'omologo art. 5, par. 3, lett. a della Dir. SocInfo, la disposizione tedesca elenca i soggetti che possono beneficiare dell'eccezione, anche se in termini molto ampi³⁴⁴. Oltre alle scuole ed agli istituti di formazione superiore (Università, *Fachhochschulen* – Università di scienze applicate, Conservatori, Accademie delle belle arti, ecc.) beneficiano dell'esenzione anche istituti di istruzione e formazione continua purché non commerciali, ed istituti di formazione professionale³⁴⁵.

Nessuna rilevanza ha invece la natura privata o pubblica dell'istituzione, nonché l'ammontare dei costi sopportati dagli allievi e studenti per avere accesso all'offerta formativa³⁴⁶. Salvo che per il riferimento agli istituti di istruzione superiore, l'elenco *ex* art. 53 a UrhG coincide dunque con quello dell'art. 53, par. 3, n. 1 UrhG sulle eccezioni al diritto di riproduzione³⁴⁷.

³⁴³ U. LOEWENHEIM, *op. cit.*, p. 1066.

³⁴⁴ Il disegno di legge presentato dal governo nel 2002 non prevedeva invece, si è già ricordato, alcuna limitazione in ordine ai soggetti beneficiari.

³⁴⁵ Dunque, ad esempio, coperta è anche la formazione in seno ad ordini professionali, v. M. BAGH, *op. cit.*, p. 151.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 150.

³⁴⁷ L'esclusione degli istituti di istruzione superiore era stata motivata dal governo tedesco, in occasione della *Urhebergesetz-Novelle* del 1985, con la constatazione della difficoltà di identificare con chiarezza la cerchia di persone interessata dall'eccezione, anche a causa delle ampie possibilità di accedere a lezioni ed esercitazioni, con un troppo grave pregiudizio per gli autori; inoltre si sottolineava che studenti universitari avrebbero potuto, se necessario, realizzare da soli delle copie. Di altro avviso il Consiglio Federale (Bundesrat), che aveva sottolineato l'interesse pubblico a permettere quelle utilizzazioni anche presso istituti di istruzione superiore, bollando quell'affermazione del governo in merito alla possibilità da parte degli studenti di

IV.1.2.4. Le opere utilizzabili

Il primo paragrafo, n. 1 dell'art. 52a UrhG si riferisce a "piccole parti di un'opera pubblicata"³⁴⁸, opere di ampiezza limitata, nonché singoli contributi da giornali o riviste"³⁴⁹. Nell'eccezione a favore della ricerca scientifica di cui al n. 2 del par. 1 dell'art. 52a UrhG si menzionano "parti di un'opera", senza l'aggiunta dell'aggettivo qualificativo.

Il riferimento alle "piccole parti" richiama la lettera dell'art. 53, par. 3 UrhG, al quale ci si dovrebbe rifare per chiarirne il contenuto. Con riguardo a quest'ultimo articolo, la determinazione quantitativa dell'utilizzazione consentita si è rilevata tuttavia non del tutto agevole. Nella giurisprudenza tedesca ci si è talvolta riferiti al limite del 10%³⁵⁰, mentre in dottrina si menzionano limiti anche più generosi, fino al 20% dell'opera³⁵¹. Si è posto il quesito, in particolare con riguardo all'art. 53, par. 3 UrhG, se la riproduzione successiva di piccole parti sia ancora coperta dall'eccezione. Difficile tuttavia non ritenere che la volontà del legislatore di limitare l'intensità dell'utilizzo dell'opera sarebbe, in caso di riproduzioni successive di parti diverse dell'opera, non rispettata³⁵². La messa a disposizione del pubblico di opere intere è consentita solo se di ampiezza ridotta. Gli esempi più correnti sono

realizzare da soli delle copie come "irrealistica", v. la ricostruzione dell'iter legislativo in OLG Karlsruhe 27.05.1987 6 u, in *GRUR* 1987, p. 820. Tali perplessità sono state poi "agevolmente" superate al momento dell'introduzione dell'art. 52a UrhG, v. H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 220 s.

³⁴⁸ Ai sensi dell'art. 6, par. 1 UrhG l'opera è pubblicata quando, con il consenso dell'autore, è resa accessibile al pubblico ai sensi dell'art. 15, par. 3 UrhG, ad esempio la recitazione di una poesia in pubblico oppure l'esposizione di un quadro.

³⁴⁹ In una precedente disegno di legge non erano invece contenute limitazioni in merito all'utilizzo di parti dell'opera.

³⁵⁰ V. OLG Karlsruhe (nota 344), p. 220.

³⁵¹ V. S. HAUPT, *op. cit.*, p. 110.

³⁵² V. G. GOUNALAKIS, *op. cit.*, p. 34.

poesie, testi di canzoni, fotografie, pubblicazioni monografiche con un basso numero di pagine. Per quanto riguarda gli articoli di riviste e giornali, si deve trattare di “singoli contributi”, essendo esclusa la comunicazione al pubblico di intere annate o fascicoli³⁵³.

Esistono poi delle limitazioni aggiuntive con riguardo a determinate categorie di opere. In primo luogo, ai sensi del par. 2 è espressamente esclusa dal campo di applicazione dell'art. 52a UrhG la comunicazione al pubblico delle opere (libri cartacei, ma anche CD-Rom, DVD, ecc.) destinate all'uso didattico a scuola. La destinazione dell'opera a quel particolare utilizzo si desume dalle caratteristiche oggettive della stessa, nonché, eventualmente, da determinati indizi, quali un impiego di quel tipo nel passato, oppure l'autorizzazione ufficiale a fini di distribuzione ed impiego a scuola³⁵⁴. Non dovrebbero invece fare parte di questo “territorio protetto” le opere utilizzate nell'ambito di istituzioni diverse dalle scuole, quali, ad esempio, i manuali universitari, nonché altri materiali concepiti per lo studio individuale.

È esclusa anche la comunicazione al pubblico di un'opera cinematografica, prima del decorso del termine di due anni dall'inizio del normale sfruttamento nelle sale cinematografiche in Germania. Scaduto quel termine, la comunicazione al pubblico esentata potrà riguardare solo piccole parti dell'opera (singole sequenze) oppure l'intera opera, se di ampiezza limitata (es., videoclip). Si pone però un problema relativamente ad opere cinematografiche in merito alle quali non è previsto un passaggio in sale, ma che vengono commercializzate principalmente tramite la vendite e/o il noleggio di dvd, mostrate per la prima volta in televisione, in chiaro oppure a pagamento, oppure visionabili per la prima volta a partire da siti Internet quali ad esempio

³⁵³ Cfr. S. HAUPT, *op. cit.*, p. 110.

³⁵⁴ M. BAGH, *op. cit.*, p. 248.

YouTube. Nella misura in cui lo scopo della limitazione è la tutela dell'industria cinematografica con riguardo al primo sfruttamento in sala, non sembrerebbe tuttavia difficile concludere nel senso dell'utilizzabilità immediata di tali opere per scopi illustrativi a lezione³⁵⁵.

IV.1.2.5. La previsione dell'equo compenso

Per la comunicazione al pubblico, nonché per i necessari atti di riproduzione, è dovuto il pagamento di un equo compenso. La relativa pretesa può essere fatta valere solo da una società di gestione collettiva. Forse non sorprendentemente, la definizione di un tariffario per gli utilizzi didattici si è rivelata particolarmente conflittuale.

Dopo anni di trattative, è stato firmato il 28 settembre 2007 un contratto generale fra i Länder ed una serie di società collettive. Tale accordo interessa evidentemente le sole istituzioni di istruzione pubblica, ma non comprende l'importantissima categoria delle opere letterarie (dunque, articoli scientifici, ecc.).

Per il periodo introduttivo (fino a tutto il 2008) è previsto il pagamento di una somma a titolo forfettario, successivamente quanto dovuto viene stabilito sulla base dell'utilizzo concreto a scopo didattico e di un tariffario. Pur se di impatto molto circoscritto, data l'esclusione dell'essenziale categoria delle opere letterarie, va sottolineato il consenso raggiunto dalle parti in merito a termini dal significato non univoco impiegati nell'art. 52a UrhG, sui quali ci siamo sopra soffermati. Così, ad esempio, per piccole parti di un'opera si intende un massimo del 15%, per la categoria delle opere cinematografiche una durata di massimo cinque minuti.

La necessità della comunicazione del materiale per fini

³⁵⁵ Cfr. H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 251 s.

illustrativi viene assoggettata ad un test restrittivo, che richiama implicitamente la lettera dell'art. 52b UrhG in tema di *document delivery*, introdotto con il *zweiter Korb*. Di necessità della comunicazione al pubblico non si può parlare se l'opera viene offerta dai titolari esclusivi dei diritti in forma digitale per l'utilizzo nella rete della rispettiva istituzione. Inoltre, l'offerta da parte dei titolari dei diritti deve risultare "non irragionevole"³⁵⁶.

La tariffa cambia a seconda del numero di partecipanti alla lezione, e si estende al periodo di insegnamento (semestre o trimestre). Le informazioni relative agli utilizzi *ex art. 52a UrhG* vanno comunicate alle società di gestione al più tardi terminato il relativo periodo di insegnamento. Si specifica che sono esonerate da obblighi di pagamento e di comunicazione le opere che l'autore ha concesso in utilizzo senza corrispettivo, dunque le c.d. opere "open access". Si menzionano infine "misure tecniche" che devono impedire l'accesso da parte di soggetti esterni alla cerchia limitata e definita dei partecipanti alla lezione, senza però definirle nel dettaglio.

La fase più recente si caratterizza per un vivace confronto fra il governo tedesco, da una parte, e rappresentanti di editori e di istituzioni universitarie, dall'altra, in merito alla definizione dell'equo compenso per le opere letterarie, appunto escluse dall'accordo generale del 2007³⁵⁷. Nello specifico, la società VG-Wort, demandata in Germania alla gestione collettiva di tali opere, aveva pubblicato nel 2005 un tariffario per i singoli utilizzi *ex art. 52a UrhG*, cui si era opposta la Conferenza dei ministri tedeschi della cultura e dell'istruzione, che propugnava l'introduzione di un modello di pagamento annuale forfettario. La proposta di conciliazione avanzata dal Collegio Arbitrale presso l'Ufficio Brevetti e Marchi tedesco, che prevedeva un sistema di

³⁵⁶ "Nicht unzumutbar" in originale.

³⁵⁷ V. il comunicato stampa congiunto del Börsenverein e del Deutscher Hochschulverband, 30.01.2009.

remunerazione per opera ed utilizzo, è stata anch'essa rifiutata dai ministri competenti dei Länder.

IV.2. Francia

IV.2.1. La DADVSI: oltre il recepimento della Direttiva SocInfo

Il recepimento della Direttiva SocInfo in Francia è stato particolarmente travagliato, giunto in porto solo nell'agosto del 2006, dunque con svariati anni di ritardo rispetto ai termini fissati dal legislatore comunitario³⁵⁸. Le modifiche apportate alla disciplina francese vanno ben oltre quanto richiesto dagli obblighi nei confronti dell'Unione europea, anche perché negli ultimi anni si sono imposte all'attenzione alcune problematiche ancora sconosciute o poco rilevanti al tempo dell'adozione sia dei Trattati WIPO (1996) che della Direttiva SocInfo (2001), come quella del c.d. *peer-to-peer*.

L'elaborazione del testo di riforma del diritto d'autore in sede parlamentare è stata complessa ed ha avuto un'eco molto forte nella società civile. Particolarmente vivace è stata la discussione in tema di misure tecnologiche di protezione e di compatibilità fra strumenti di riproduzione e lettura di opere coperte da diritto d'autore in formato digitale. Anche il tema della c.d. *exception d'usage pédagogique*, che qui più direttamente interessa, è stato oggetto di grandi attenzioni³⁵⁹. In particolare dal mondo della scuola e dell'università giungevano numerose pressioni a favore della previsione nell'ordinamento francese

³⁵⁸ Il termine ultimo previsto, si ricorda, era il 22.12.02.

³⁵⁹ Fra le varie eccezioni introdotte, si tratta sicuramente della più discussa, v. A. LUCAS-SCHLOETTER, *Das französische Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 1. August 2006*, in *GRUR Int.*, 2007, p. 662.

di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore nell'interesse della didattica e della ricerca. La stessa Conferenza dei rettori delle università francesi aveva pubblicamente preso posizione a favore dell'introduzione nella legge francese sul diritto d'autore di una disposizione "permettant d'exonérer de droits d'auteur les oeuvres numériques utilisées dans le cadre des activités d'enseignement et de recherche"³⁶⁰.

Il risultato raggiunto con la nuova normativa, meglio nota sotto l'acronimo DADVSI³⁶¹, è ritenuto, quasi unanimemente, poco soddisfacente³⁶². Si sarebbe persa un'importante occasione per creare un quadro legislativo atto a promuovere uno sviluppo armonioso della società dell'informazione. L'ultima fase legislativa, massivamente influenzata dall'azione di vari gruppi di pressione³⁶³, non è stata neppure priva di colpi di scena degni di ben altri palchi. Per quello che qui più direttamente interessa, appena a due giorni dall'inizio dei dibattiti parlamentari, venivano sottoscritti dal competente ministero francese e dalle relative società di gestione collettiva degli accordi collettivi per l'utilizzo nell'ambito della didattica e della ricerca di varie categorie di opere, quali libri e musica stampata, opere cinematografiche e audiovisive, registrazioni sonore di opere musicali e video musicali, opere delle arti figurative. Questi accordi si aggiungevano a quelli già stipulati, ad esempio tra la Conferenza dei rettori e le società di gestione in materia di reprografia³⁶⁴.

³⁶⁰ Cfr. <http://www.cpu.fr/ActU/Actu.asp?Id=1081&Inst=CPU>.

³⁶¹ Loi n. 2006-961 du 1 août 2006 relative au Droit d'Auteur et aux Droits Voisins dans la Société de l'Information, Journal Officiel del 3.08.2006.

³⁶² Per ampi commenti v. C. GEIGER, *The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006- An Adaptation to the Needs of the Information Society?*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2007, p. 401 ss.

³⁶³ Parla apertamente di "unparalleled influence of lobbies on the legislative outcome" C. GEIGER, *The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006*, cit., p. 403, *ivi*, nota 4.

³⁶⁴ Rinvenibile al sito: http://www.cfcopies.com/V2/cop/pdf/contrats/contrat_

L'introduzione nell'ordinamento francese di un'esenzione a favore della ricerca e della didattica, è stata conseguentemente posticipata al 1° gennaio 2009, data alla quale gli accordi stipulati nel 2006 non sono più applicabili³⁶⁵.

IV.2.2. L'eccezione ad uso pedagogico

La disposizione a favore degli scopi educativi fa parte di un insieme di regole che hanno complessivamente ristrutturato il sistema delle eccezioni al diritto d'autore in Francia. In particolare, si sono introdotte eccezioni fra l'altro a beneficio delle biblioteche (Art. L. 122-5-8), per scopi d'informazione immediata (Art. L. 122-5-9) ed a favore di portatori di handicap (Art. L. 122-5-7).

L'eccezione che più direttamente interessa abbraccia sia la didattica che la ricerca ed è entrata in vigore, come si diceva, il 1° gennaio 2009. La formulazione concreta dell'eccezione ha evidentemente risentito delle forti pressioni di cui è stata oggetto durante il suo iter formativo. L'art. L. 122-5-3°, lett. e, prevede che, una volta l'opera divulgata, l'autore³⁶⁶ non possa impedire:

“e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des œuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants,

univ.pdf.

³⁶⁵ Il costo totale previsto, fino alla fine del 2008, è di circa quattro milioni di euro.

³⁶⁶ Esiste una disposizione parallela per i diritti connessi, Art. L. 211-3, par. 3, quarto trattino.

IV CAPITOLO

d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10".

IV.2.2.1. La finalità dell'utilizzo

I fini menzionati dal legislatore francese sono quelli esclusivi di illustrazione, nel quadro dell'insegnamento, ad esclusione di ogni attività ludica o ricreativa. La precisazione non sarebbe stata forse necessaria, in quanto l'attività ludica o ricreativa è automaticamente esclusa se l'utilizzo avviene nel quadro dell'insegnamento e per fini illustrativi. Come osservato, l'aggiunta esprime tutt'al più una qualche riserva del legislatore nei confronti della capacità da parte dei giudici di applicare l'eccezione correttamente³⁶⁷.

Le utilizzazioni esentate sono la comunicazione al pubblico e la riproduzione, che non devono dare però luogo ad uno sfruttamento commerciale. Il pubblico cui la comunicazione o la riproduzione sono destinate deve essere composto per la maggior parte da allievi e studenti³⁶⁸ direttamente interessati. È chiaro che l'applicazione di questa parte della disposizione pone delle serie difficoltà nella misura in cui l'accesso alle lezioni sia di regola non controllato, si pensi ad esempio ai corsi universitari.

A differenza della legge tedesca, ed avvicinandosi in questo al tenore dell'art. 5, par. 3, lett. a della Dir. SocInfo, i soggetti beneficiari dell'eccezione non vengono menzionati espressamente. Si può dunque

³⁶⁷ Cfr. A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 663.

³⁶⁸ La menzione di insegnanti e ricercatori si riferisce più specificatamente all'eccezione per la ricerca.

ritenere che l'attività didattica possa essere esercitata nell'ambito di scuole, università, ma anche istituti di formazione continua e professionale. Per quanto attiene alle opere utilizzabili, l'eccezione fa riferimento ad "estratti d'opera". Il legislatore, opportunamente, non indica la misura esatta dell'utilizzo, che diventa una questione sulla quale i giudici saranno chiamati a pronunciarsi caso per caso³⁶⁹. D'altra parte, si impedisce la riproduzione e la comunicazione di opere intere, con la conseguenza che opere d'arte o brevi poesie non potranno venire ricomprese nella portata applicativa dell'esenzione³⁷⁰. A questo proposito si ricorda che il legislatore tedesco ha opportunamente previsto un utilizzo dell'opera nella sua completezza, se di ampiezza limitata, nonché di singoli contributi da giornali e riviste³⁷¹.

Ad ogni modo, determinate categorie di opere sono escluse dal campo di applicazione dell'eccezione. Queste sono le opere concepite a fini pedagogici, gli spartiti musicali e le opere "realizzate per una edizione digitale dello scritto". Per quanto riguarda le prime, l'opportunità dell'esclusione per opere dell'editoria scolastica era fra l'altro già stata colta dal legislatore tedesco. Potrebbero però nascere dei dubbi in merito alla finalità pedagogica nel caso concreto, con il tentativo di ricomprendere non solo opere utilizzate per l'uso didattico a scuola ma, ad esempio, manuali universitari.

Restrittiva è in ogni caso l'esclusione di opere create per l'edizione digitale, anche se la sua interpretazione è poco chiara. Secondo una lettura restrittiva, non si potrebbero utilizzare estratti di articoli di pubblicazioni scientifiche in forma digitale (sia "originali" che realizzate da copie analogiche). Questa lettura risulterebbe però in

³⁶⁹ Va ricordata qui la giurisprudenza francese in tema di citazioni brevi, che esclude la riproduzione completa di un'opera.

³⁷⁰ Molto critico nei confronti di questa soluzione C. GEIGER, *The New French Law on Copyright*, cit., p. 414.

³⁷¹ V. *supra*, p. 149.

evidente contrasto con lo scopo ultimo della riforma, che era appunto quello di adattare il diritto d'autore alla società dell'informazione³⁷².

Così come avvenuto in Germania, è previsto infine un equo compenso a favore degli autori, e dunque un sistema di licenza legale. La definizione della remunerazione si preannuncia tuttavia non agevole, tanto che, decorsi alcuni mesi dell'entrata in vigore della disposizione, essa, mi pare, non è stata ancora perfezionata.

IV.2.3. *L'inserimento del three-step test*

Al penultimo paragrafo dell'art. L. 122-5 il legislatore ha introdotto il *three-step test* nel diritto d'autore francese. A ben guardare, si tratta tuttavia di un test dai *due* gradini, infatti si afferma che:

“le eccezioni elencate nel presente articolo non possono recare danno allo sfruttamento normale dell'opera né causare un pregiudizio ingiustificato agli interessi legittimi dell'autore”.

Si è ritenuto infatti che non fosse necessario riprendere il primo gradino sui casi certi e speciali perché il test fa già riferimento a delle ipotesi precisamente individuate dall'art. L. 122-5³⁷³.

La necessità di inserire il test nel testo della legge nazionale era stata oggetto di ampie discussioni. Sulla questione si è pronunciato in senso affermativo il *Conseil constitutionnel*³⁷⁴. Come abbiamo già avuto modo di vedere, altri paesi, come la Germania, il Belgio ed i Paesi Bassi hanno ritenuto che l'obbligo di applicare il test fosse rivolto non tanto ai giudici quanto al legislatore, anche se non sono mancate

³⁷² Cfr. C. GEIGER, *The New French Law on Copyright*, cit., p. 414.

³⁷³ Diversamente il legislatore comunitario, v. *supra* a p. 107 s.

³⁷⁴ Decisione No. 2006-540 DC del 27 luglio 2006.

occasioni di applicazione diretta da parte dei giudici. Vedremo oltre che la soluzione sposata dal legislatore italiano è invece allineata su quella francese.

Di per sé, la presenza del test nella disciplina nazionale di diritto d'autore sembrerebbe introdurre un livello superiore di difficoltà e dunque di incertezza giuridica nell'applicazione delle eccezioni, questo almeno fino a quando l'interpretazione dei due gradini non si sia in qualche modo consolidata³⁷⁵. D'altra parte, il *three/two-step test* nel suo complesso può invece essere visto come un insieme di principi guida nella risoluzione di questioni di interpretazione di singole eccezioni, resi particolarmente difficili (anche) a causa di una non sempre felice formulazione da parte del legislatore. Vero è che alcune pronunce da parte di giudici francesi che hanno fatto ricorso al test non si sono (finora) contraddistinte per la ricerca equilibrata di mediazioni fra posizioni contrapposte, dando invece una lettura "estremista" in senso economico del secondo gradino³⁷⁶.

IV.2.4. Gli accordi in vigore nel triennio 2006-2008

Gli accordi stipulati appena prima dell'inizio dei dibattiti parlamentari si aprivano con un richiamo alla Dichiarazione Comune del 14 gennaio 2005 e con un'affermazione del principio contrattuale. Per quanto qui più direttamente rilevante, gli accordi espressamente permettevano la riproduzione digitale e la messa a disposizione delle opere relativamente disciplinate sia sulla rete interna delle istituzioni didattiche (e di ricerca), nonché direttamente in Internet, a condizione

³⁷⁵ V. A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, p. 665.

³⁷⁶ Riferimento è in particolare alla sentenza della *Cour de Cassation* n. 549 del 28.02.2006 "Mulholland Drive". I margini di azione per un'interpretazione diversa sembrano comunque essere pochi, come sopra evidenziato, v. p. 123 ss.

che l'accesso fosse limitato³⁷⁷. Le opere dovevano essere state regolarmente acquistate ed era necessaria la menzione dell'autore e dell'opera. Vietato era in ogni caso l'utilizzo a fini commerciali, nonché la distribuzione delle riproduzioni integrali o parziali delle opere agli allievi o studenti. Da notare era poi la disposizione che escludeva la possibilità di indicizzazione delle opere che figuravano nei lavori pedagogici. L'utilizzo delle opere doveva essere fatto al fine di illustrazione di un'attività di insegnamento o di ricerca, che presupponeva che l'opera utilizzata servisse “uniquement à éclairer ou étayer une discussion, un développement ou une argumentation formant la matière principale du cours des enseignants, des travaux pédagogiques des élèves et des étudiants ou des travaux de recherche”.

A seconda della categoria di opere, erano previsti dei limiti differenziati con riguardo ai relativi utilizzi. Così, ad esempio, per quanto attiene ai libri, si potevano utilizzare al massimo cinque pagine consecutive, che dovevano poi corrispondere ad un massimo del 20% dell'opera pedagogica o di ricerca. Nel caso di un manuale scolastico, l'utilizzo non poteva eccedere le quattro pagine consecutive, e rappresentare al massimo il 5% del lavoro pedagogico e di ricerca. Tale disposizione non si applicava comunque ad opere fissate su supporto digitale. Per le riviste, era consentito riprendere integralmente un articolo, senza tuttavia eccedere il 10% della totalità delle pagine della pubblicazione. Come questi pochi riferimenti denotano, le utilizzazioni possibili, sulla base degli accordi stipulati, erano comunque piuttosto circoscritte.

³⁷⁷ Si parla in questo caso di *Extranet*: «réseau informatique d'un même établissement d'enseignement ou de recherche, accessible gratuitement par les enseignants, les chercheurs, les élèves ou les étudiants dudit établissement à partir de postes informatiques distants, via des réseaux de communications électroniques externes, et dont l'accès est protégé par des procédures d'identification (code d'accès et mot de passe) qui en limitent l'usage audit public».

IV.3. Regno Unito

IV.3.1. Nessuna eccezione ad hoc ed importanza attuale delle blanket licence

Neppure nel Regno Unito il recepimento della Dir. SocInfo è stato agevole³⁷⁸. Come rilevato dalla Royal Society,

“(i)t is clearly a challenging task to implement the Copyright Directive in the UK in a way that will maximise the benefits for rightholders and users in the information society. It is likely that access to exceptions, which has been of benefit to society, will become more difficult where there is digital delivery. It is therefore important that every opportunity is taken to ensure that fair dealing exceptions can be used without delay or difficulty”³⁷⁹.

Ad ogni modo, la scelta fatta dal legislatore è stata quella di preservare le eccezioni previste e, ove necessario, renderle compatibili con la Dir. SocInfo. Si è così deciso di non introdurre alcuna eccezione specifica a favore della didattica a distanza. Come vedremo sotto, si è preferito invece continuare a stimolare la soluzione negoziale attraverso la previsione di *blanket licence*.

Alcune disposizioni della legge sul diritto d'autore britannico considerano scopi educativi, ma dalla portata limitata. La Sec. 29 del *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (di seguito CDPA) prevede una c.d. *fair dealing defence* a favore della ricerca e dello studio privato.

³⁷⁸ Tuttavia formalizzato in termini relativamente celeri, il 31.10.03.

³⁷⁹ Cfr. la lettera inviata al Patent Office il 28.10.02, <http://www.royalsoc.ac.uk/displaypagedoc.asp?id=11300>.

Ai sensi del primo paragrafo

“Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of research for a non-commercial purpose does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement”.

A seguito del recepimento della Dir. SocInfo è stata aggiunta la necessità che gli scopi siano non commerciali³⁸⁰. Per utilizzazioni che rientrano nel campo di applicazione di questa norma non è previsto alcun compenso a favore dei titolari dei diritti. Il terzo paragrafo, lett. b, restringe però notevolmente il campo d’applicazione della disposizione. Infatti, l’eccezione per *fair dealing* non si applica se

“the person doing the copying knows or has reason to believe that it will result in copies of substantially the same material being provided to more than one person at substantially the same time and for substantially the same purpose”³⁸¹.

La Sec. 30 CDPA si riferisce invece a “criticism, review and news reporting”:

“(1) (F)air dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement and provided that the work has been made available to the public”.

³⁸⁰ Cfr. T. APLIN, *Copyright Law in the Digital Society*, Oxford, 2005, p. 191.

³⁸¹ Precisazione che mira ad escludere le fotocopie multiple, introdotta dal legislatore nel 1988 dopo un decennio di discussioni e lobbying.

“Made available” si intende con qualsiasi mezzo, fra gli altri “making the work available by means of an electronic retrieval system” e la “communication to the public of the work” (1A). La disposizione potrebbe dunque coprire buona parte dell’attività didattica. In dottrina si ritiene comunque che l’applicazione dell’eccezione per *fair dealing* potrebbe riguardare solo brevi estratti, e risulterebbe comunque difficoltosa.

In effetti, l’esatta portata dell’eccezione legislativa di *fair dealing* applicata alla reprografia in ambito educativo è una questione dibattuta già dagli anni settanta³⁸², con il risultato, da una parte, di restringere la portata applicativa dell’eccezione di modo da escludere la “systematic copying of the same material”³⁸³ e dall’altra di incentivare la negoziazione di licenze generali per le fotocopie.

Il CDPA prevede inoltre una specifica eccezione, la Sec. 36, par. 2, a favore delle reprografie realizzate da “educational establishments” di opere letterarie, drammatiche e di opere musicali, nella misura dell’1% per trimestre, ma solo nell’ipotesi in cui non vi sia la possibilità di ricorrere a delle licenze. Ad ogni modo, questa disposizione legislativa rappresenta un tetto minimo, al di sotto del quale i termini delle licenze predisposte a fini di insegnamento (“for the purposes of instruction”) non possono scendere³⁸⁴.

³⁸² Riferimento è al *Copyright Act 1956*, Sec. 6.

³⁸³ V. il *Green Paper Reform of the Law Relating to Copyright, Designs and Performers’ Protection*, p. 47. Così Sec. 29, par. 3, lett. b, riferita alla riproduzione realizzata da persona diversa dal ricercatore o lo studente, che non è *fair dealing* se “the person doing the copying knows or has reason to believe that it will result in copies of substantially the same material being provided to more than one person at substantially the same time and for substantially the same purpose”. V. anche il divieto per il personale della biblioteca: (“a) in the case of a librarian, or a person acting on behalf of a librarian, he does anything which regulations under section 40 would not permit to be done under section 38 or 39 (articles or parts of published works: restriction on multiple copies of same material”).

³⁸⁴ Cfr. Sec. 36, par. 4 CDPA.

Da segnalare (in negativo, come subito si dirà) è anche la Sec. 35 CDPA, in base alla quale

“(1) A recording of a broadcast, or a copy of such a recording, may be made by or on behalf of an educational establishment for the educational purposes of that establishment without thereby infringing the copyright in the broadcast, or in any work included in it, provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement of the broadcast and that the educational purposes are non-commercial”.

La norma è dunque riferita alla radiodiffusione. Al par. 1 A si precisa inoltre che la comunicazione della registrazione, ad esempio di un programma televisivo, non può essere ricevuta da soggetti che si trovano al di fuori dei locali dell’istituzione didattica. La precisazione mira proprio ad *escludere* l’applicazione dell’eccezione all’educazione a distanza, pur lasciando agli studenti (presenti *in situ*) la scelta del momento in cui usufruire dell’opera. Inoltre, ai sensi della Sec. 35, par. 2, l’eccezione non si applica nell’ipotesi in cui sia disponibile uno “schema di licenza certificato”.

Se nessuna eccezione specifica a favore della didattica online è dunque prevista nella legislazione del Regno Unito, la maggior parte degli utilizzi didattici presso scuole ed università sono comunque potenzialmente coperti da licenze. Il sistema preferito dal legislatore britannico è dunque quello delle soluzioni negoziate direttamente dalle parti, con la possibilità, in caso di dissenso, di rivolgersi ad un’autorità giudiziaria, che detiene i poteri per definire il contenuto di un ragionevole (“reasonable in the circumstances”) compromesso³⁸⁵. Si tratta però in ogni caso, e nonostante l’eventuale intervento dell’autorità giudiziaria, di uno schema volontario di licenza. Come ben

³⁸⁵ Cfr. Sec. 118 e Sec. 119 CDPA.

esemplificato dal lungo conflitto avente ad oggetto le dispense universitarie (“course packs”) e terminato solo con la pronuncia del *Copyright Tribunal* del 2001³⁸⁶, le negoziazioni di regola sono assai difficoltose. In particolare può sussistere, come puntualmente notato, “a big gap between the expectations of owners and the willingness to pay of users”³⁸⁷.

IV.3.2. Proposte in discussione

L’influente *Gowers Review of Intellectual Property*³⁸⁸, commissionata dal governo britannico, ritiene tuttavia che la situazione giuridica attuale, con riguardo alla didattica a distanza, sia poco soddisfacente. Al punto 4.15 si legge che

“education exceptions set out in the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) are too limited for the digital age, where information is no longer confined to textbooks but can be shared over electronic whiteboards and computer networks. The exceptions also do not apply to secure virtual learning environments (VLEs) or networked computers or ‘intelligent whiteboards’ within educational establishments”.

La *Review* fa proprio a questo proposito il parere espresso dalla Open University, secondo la quale le eccezioni a scopi educativi andrebbero definite sulla base “dell’intenzione, della categoria di utilizzo ed attività” e non “dei mezzi di comunicazione o

³⁸⁶ Sentenza del 13.12.2001, *Universities UK v. The Copyright Licensing Agency*.

³⁸⁷ V. S. PICCIOTTO, *Copyright Licensing: The Case of Higher Education Photocopying in the UK*, in *European Intellectual Property Review*, 2002, p. 445.

³⁸⁸ Dal nome di Andrew Gowers, già editore del *Financial Times*, scaricabile da http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf.

dell'ubicazione"³⁸⁹. Con riguardo al sistema delle licenze applicate al settore educativo al momento dell'elaborazione della *Review*, l'Open University ne lamenta in particolare l'incapacità ad adattarsi al progresso tecnologico. Per una maggiore efficacia, a parere di quella importante università³⁹⁰, dovrebbero prevedersi delle *blanket licence* che coprano la didattica online. In assenza di una licenza generale, i costi della *clearance* individuale, sia in termini di costi di transazione che del corrispettivo richiesto dai titolari dei diritti, sarebbe troppo elevato.

Appare utile soffermarsi brevemente sulle proposte avanzate dalla *Review*, anche perché offrono una fra le interpretazioni possibili dei margini d'azione offerti dalla Dir. SocInfo. In primo luogo, per non penalizzare insensatamente l'insegnamento a distanza, si propone una modifica della Sec. 35 *CDPA*, che estenda la possibilità di comunicazione delle registrazioni delle emissioni radiofoniche e televisive a studenti che si trovano al di fuori dei locali dell'istituzione didattica. La *Review* ritiene che una tale estensione sarebbe coperta dall'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo (sull'eccezione didattica). Allo stesso tempo, si propone di mantenere in vigore il par. 2 della Sec. 35, in base al quale l'applicabilità dell'eccezione è subordinata alla mancanza di uno schema di licenza che copra tali utilizzi. Ad ogni modo, solo gli effettivi studenti a distanza dovrebbero potere accedere all'opera.

Altra proposta riguarda la già menzionata Sec. 36 *CDPA*. Come ricorda la *Review*, ed abbiamo detto sopra, una tale disposizione trova applicazione solo ove non sia predisposto uno schema di licenza. Poiché questo è stato in effetti predisposto dalla *Copyright Licensing Agency*, il campo d'applicazione della norma è ridotto. L'eccezione non

³⁸⁹ Scaricabile da http://www.hm-treasury.gov.uk/media/A/A/open_university_301_22kb.pdf.

³⁹⁰ V. *supra*, alla n. 5.

contempla la possibilità che brevi estratti dell'opera vengano messi a disposizione di studenti a distanza nell'ambito di un c.d. ambiente educativo virtuale (*virtual learning environment – VLE*) od inviati agli stessi tramite email³⁹¹. Di conseguenza, al fine di non discriminare gli studenti a distanza rispetto a quelli stanziali o portatori di handicap, si chiede una modifica della Sec. 36 di modo da permettere tali utilizzi, con la riserva di disapplicazione dell'eccezione in presenza di uno schema di licenza³⁹².

È seguito più recentemente uno studio³⁹³ del UK Intellectual Property Office che analizza le questioni poste dalle raccomandazioni emerse dalla *Gowers Review* in merito alle modifiche nel concreto da apportare alla legislazione nazionale³⁹⁴, e lancia una consultazione generale in proposito. Per quello che qui interessa, il *consultation paper* dell'ufficio britannico prende prima di tutto atto della circostanza che “the education sector has embraced digital technology as a way of enhancing the learning environment for students including the use of secure networks known as virtual learning environments (VLE's)” e

³⁹¹ In quanto l'eccezione copre la riproduzione ma non la comunicazione al pubblico di tale copia.

³⁹² Interessante è infine gettare un rapido sguardo d'insieme sulle esigenze manifestate dalle varie università ed altri istituti di istruzione in occasione dei lavori di preparazione della *Review*. La lista delle proposte presentate si trova alla pagina http://www.hm-treasury.gov.uk/independent_reviews/gowers_review_intellectual_property/gowersreview_responses_organisations.cfm. In molti denunciano la mancanza di certezza con riguardo al campo di applicazione delle eccezioni previste dal CDPA nell'ambiente digitale. Se il nostro interesse in questa sede si limita alle eccezioni al diritto d'autore, una lettura più ampia è sicuramente istruttiva per rendersi conto sia della rilevanza della proprietà intellettuale nel suo complesso per le università (brevetti, know-how, marchi, ecc.).

³⁹³ “Taking Forward the Gowers Review of Intellectual Property. Proposed Changes to Copyright Exceptions”, da <http://www.ipo.gov.uk/consult-copyrightexceptions.pdf>.

³⁹⁴ Precedentemente, il governo britannico aveva annunciato l'intenzione di continuare nel cammino indicato dal rapporto Gowers.

che questo, di conseguenza, “has created a population of distance learners who access learning materials away from the class room at a place and time of their own choosing”.

Si ricorda che, ad esempio, le scuole primarie e secondarie, nel solo anno 2005, hanno investito 252 milioni di sterline in tecnologia dell'informazione e delle comunicazioni e che ben il 99% delle scuole secondarie (e 83% delle primarie) dispongono di una connessione ad alta velocità (broadband); tuttavia, la potente infrastruttura a disposizione non sarebbe sufficientemente sfruttata, e questo anche a causa delle restrizioni imposte dalla disciplina di diritto d'autore.

A seguito delle modifiche che hanno caratterizzato l'ambiente educativo degli ultimi anni, sarebbe dunque necessario un adattamento normativo delle eccezioni rilevanti nella legislazione nazionale.

Con riguardo alla proposta di modifica della Sec. 35 CDPA a favore di studenti *off-site*, si fa notare che essa potrebbe risultare insufficiente, in quanto limitata alla tradizionale radiodiffusione, e dunque escludente le più recenti e popolari tecnologie c.d. *web-based*. Si fa presente a questo proposito che anche organismi tradizionali di radiodiffusione fanno in misura via via crescente ricorso ad Internet come piattaforma distributiva del proprio contenuto, sia *streaming* (*web-cast*) che *on demand* (ricomprendente il c.d. *catch-up*). Nella misura in cui i servizi *on demand* sostituiscono o fanno da complemento, al tradizionale servizio di radiodiffusione, ad avviso del UK Intellectual Property Office, dovrebbe risultare opportuno che gli istituti d'istruzione registrino e mostrino tali programmi al momento da questi ultimi scelto. Il problema si porrebbe in particolare per quelle opere mai trasmesse attraverso la normale radiodiffusione ma solo *on demand*. Per quanto attiene alla categoria di soggetti *off-site* ai quali dovrebbe venire consentita la visione, quella dovrebbe venire ristretta a “teachers and pupils at an educational establishment and other persons directly connected with the activities of the establishment”. Inoltre,

l'accesso dovrebbe venire subordinato all'utilizzo di una parola chiave.

Muovendo poi all'esame delle proposte di estensione della Sec. 36 alla comunicazione al pubblico, l'ufficio britannico per la proprietà intellettuale solleva delle perplessità nella misura in cui essa dovesse permettere la comunicazione tramite email al di fuori di un VLE, perché sarebbe in quel caso difficile controllare l'accesso al materiale inviato. Si raccomanda dunque che l'invio di email avvenga all'interno di un ambiente educativo virtuale protetto da misure di sicurezza. Inoltre, si dovrebbe rivedere la formula che solo "teachers and pupils at an educational establishment and other persons directly connected with the activities of the establishment" possono accedere al materiale protetto.

Si fa cenno a un altro tema, di sicura rilevanza e spinosità, che attiene al livello di responsabilità dell'istituzione con riguardo al rispetto dell'obbligo di non divulgazione a terzi del materiale inviato. Ci si domanda se sia necessario ottenere impegni espliciti in questo senso, la cui osservanza dovrà essere attivamente vigilata dall'istituzione, oppure se sia sufficiente, da parte dell'istituzione, un comportamento diligente ("take all reasonable steps") affinché solo le persone accreditate dalla legge abbiano accesso al materiale protetto.

L'UK Intellectual Property Office non è invece favorevole all'estensione delle possibilità di riproduzione *ex* Sec. 36 a registrazioni fonografiche e film, in relazione alle quali si teme un impatto negativo nei confronti di tradizionali (intesi come "established") modelli di business. Neanche stringenti limiti quantitativi riescono a fugare tali preoccupazioni; anzi, la presenza di tali limiti diventa argomento a favore della inopportunità dell'estensione dell'eccezione a registrazioni fonografiche e film.

Interessante è anche la pur sintetica applicazione del *three-step test* alle revisioni suggerite. Con riguardo al primo gradino ("certi casi speciali"), si ritiene agevolmente superato considerando che sia con

riguardo alle modifiche proposte alla Sec. 35 che Sec. 36, si identificano in modo chiaro un numero limitato di beneficiari e di attività. Con riguardo al secondo gradino (“assenza di conflitto con il normale sfruttamento dell’opera”) si ricorda l’esistenza di schemi di licenza, la cui importanza non verrà meno a seguito delle modifiche proposte, dunque non impediscono il normale sfruttamento dell’opera. Per la stessa ragione (non interrotto ricorso alle licenze da parte dei titolari del diritto d’autore) il superamento del terzo gradino (“assenza di pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dei titolari”) non pone alcuna specifica difficoltà.

Una significativa raccomandazione chiude le osservazioni dell’ufficio IP britannico in merito all’insegnamento a distanza. I rimedi attualmente richiamabili³⁹⁵ nel caso di misure tecnologiche di protezione che impediscano la realizzazione di atti permessi dalle Sec. 35 Sec. 36 dovrebbe continuare ad essere applicabili nell’ipotesi in cui vengano apportate le modifiche discusse.

IV.3.3. Le nuove licenze nel settore educativo

La lamentata assenza di licenze *blanket* che coprissero utilizzi didattici online è stata almeno parzialmente colmata attraverso la recente predisposizione di una specifica licenza da parte della Copyright Licensing Agency e destinata alle istituzioni di istruzione superiore³⁹⁶.

La *Comprehensive Higher Education Licence* (2008) permette la fotocopia, la scansione ed il riutilizzo digitale di estratti limitati di libri, riviste ed altri periodici in forma sia cartacea che digitale (cd. *digital-to-digital*). In particolare, permessa è la riproduzione di, ad

³⁹⁵ V. Sec. 296ZE e *Schedule 5A CDPA*.

³⁹⁶ V. http://www.cla.co.uk/assets/357/he_uuk_comprehensive_licence.pdf.

esempio, un singolo capitolo di un libro, un singolo articolo per fascicolo di rivista, una poesia presa da un'antologia di non più di 10 pagine, ed in ogni caso del 5% di quelle opere.

La distribuzione agli studenti e membri dell'istituzione di fotocopie e copie digitali deve avvenire in diretta relazione con uno specifico corso di studi. Si specifica che l'uso del materiale da parte degli studenti può avvenire anche a fini di studio individuale. Per quanto attiene alla scansione e alla distribuzione di copie digitali, è necessaria l'autorizzazione da una "persona designata", appartenente al personale amministrativo o docente dell'istituzione.

Il materiale in forma digitale (originariamente analogico o digitale) può dunque venire mantenuto in un *course repository* accessibile dagli studenti *on demand*, scaricato e stampato. Tutta una serie di condizioni, limitazioni ed esclusioni accompagnano la distribuzione di materiale digitale³⁹⁷. Interessante notare in particolare che gli studenti a distanza, anche se residenti al di fuori del Regno Unito, hanno esattamente gli stessi diritti degli studenti stanziali. Inoltre, anche le attività di ricerca e consulenza commerciali possono beneficiare della licenza, ad un costo maggiorato rispetto ad utilizzi non commerciali.

La categoria di materiali esclusi dall'accordo di licenza comprende fra l'altro la musica a stampa, ed ogni altro materiale in relazione al quale il titolare del diritto d'autore abbia espressamente e chiaramente stipulato che non può essere riprodotto sulla base di una licenza CLA.

Se in un'ottica europea continentale gli utilizzi contemplati dalla *Comprehensive Higher Education Licence* appaiono piuttosto generosi, non manca chi nel mondo anglosassone sostiene che, a causa

³⁹⁷ Per i dettagli v. http://www.cla.co.uk/assets/169/uukguildhe_userguidelines.pdf.

delle ampie esclusioni previste³⁹⁸, tale licenza comunque sia ben lontana dal soddisfare le esigenze del mondo dell'istruzione superiore nell'ambiente digitale³⁹⁹.

Un ulteriore schema di licenza⁴⁰⁰, anch'esso recente, è stato introdotto dalla Educational Recording Agency e permette l'accesso online alle registrazioni per scopi educativi, e si estende alle scuole primarie, secondarie ed università.

IV.4. Altre esperienze europee in breve

IV.4.1. Austria

L'Austria ha dato esecuzione alla Dir. SocInfo con la *Urheberrechtsgesetz-Novelle 2003*⁴⁰¹, entrata in vigore il 1° luglio 2003⁴⁰². Diversamente da quanto avvenuto in altri ordinamenti, il legislatore austriaco non ha considerato necessario rivedere il sistema delle eccezioni già previste⁴⁰³. Alle riproduzioni ad uso personale e privato sono dedicati gli artt. 42, 42a e 42b; gli artt. 43-50, 51-53, 54-55 trattano rispettivamente delle libere utilizzazioni di opere letterarie, di opere musicali e delle arti figurative. Rilevante ai nostri fini è poi l'art. 56 c sulla comunicazione al pubblico a lezione.

³⁹⁸ Limitazioni sia in merito alle opere coperte dalla licenza, che alla rilevanza degli editori scientifici coinvolti, v. <http://www.cla.co.uk>.

³⁹⁹ Cfr. in part. la Risposta della British Library al Libro Verde sul Diritto d'Autore nella Economia della conoscenza, http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/consultation_copyright/british_library_pdf/_EN_1.0_&a=d.

⁴⁰⁰ Cfr. http://www.era.org.uk/ERA_plus_lic&terms.html.

⁴⁰¹ BGBl. I Nr. 32/2003.

⁴⁰² La modifica alla legge austriaca sul diritto d'autore del 2006 completa il recepimento della Direttiva 2004/48/CE, in GUCE L 157/45 del 30.04.2004.

⁴⁰³ Cfr. H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 202.

Eccezioni espressamente formulate a fini alla didattici sono contenute all'art. 42, par. 6 e all'art. 56c UrhG. Scuole e università possono realizzare a scopi didattici delle riproduzioni in un numero proporzionale al numero dei partecipanti, su supporto sia analogico che digitale. Tuttavia, il supporto dovrà essere analogico se lo scopo perseguito è commerciale. Ai sensi dell'art. 42, par. 6 non possono comunque venire riprodotti libri e riviste per intero, ed il divieto vale anche per gli spartiti musicali. L'art. 56c si occupa esclusivamente della comunicazione al pubblico per finalità didattiche, da parte di scuole e università, di opere dell'arte cinematografica e delle opere musicali ad esse collegate; per queste specifiche utilizzazioni è previsto che all'autore sia riconosciuta la pretesa ad un equo compenso, da fare valere obbligatoriamente per il tramite di una società di gestione. L'accordo firmato tra la V.A.M. (*Verwertungsgesellschaft für audiovisuelle Medien*, nonché altre società di gestione) ed i competenti Ministeri austriaci con riguardo in particolare all'utilizzo in scuole pubbliche federali riguardano il solo diritto di comunicazione inteso come diritto di esecuzione delle suddette opere⁴⁰⁴. Non esiste nell'ordinamento austriaco alcuna disposizione paragonabile al sopra esaminato art. 52a della l.d.a. tedesca⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Visionabile in rete (<http://www.vam.cc/ImportDateien/Vertrag%20Bund%20VerwG%20Schule.pdf>). L'accordo vale per le opere cinematografiche e le connesse opere musicali, nonché "für vorbestehende Sprachwerke (Romanvorlagen, verfilmte Erzählungen und Novellen, Drehbücher, Dialoge etc.) und für Werke der bildenden Kunst sowie für choreographische Werke, denen Filmwerke oder Laufbilder zu Grunde liegen oder die in Filmwerke oder Laufbilder aufgenommen werden" (punto 2.2). Si tratta esclusivamente di esecuzione pubblica "an den ... genannten Einrichtungen im Rahmen des lehrplanmäßigen Unterrichts und/oder im Rahmen des universitären Lehr- und Studienbetriebs" (2.3). Non sono invece oggetto dell'accordo "Veranstaltungen, die in keinem Zusammenhang mit dem schulischen Unterricht oder dem universitären Lehr- und Studienbetrieb stehen" come ad esempio feste scolastiche, ecc.

⁴⁰⁵ V. diffusamente H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, in part. p. 286 ss., che si interroga appunto sulla necessità di adottare una disciplina simile a quella tedesca. Questione non

IV CAPITOLO

Rilevante ai nostri fini sono poi gli artt. 46 ss. dell'austriaca l.d.a., che disciplinano l'utilizzo di opere ai fini di citazione. Gli utilizzi esentati sono la riproduzione, la distribuzione, l'esecuzione in pubblico, l'emissione di radiodiffusione e la messa a disposizione del pubblico. Così come nell'ordinamento tedesco, la legge austriaca sul diritto d'autore distingue fra la piccola e la grande citazione. La prima è la citazione di singoli brani di opere letterarie pubblicate in un'opera autonoma. Si coprono perciò sia opere letterarie, che scientifiche, articoli di giornali, ecc. La citazione deve essere inserita in un "prodotto" a sua volta coperto da diritto d'autore, come non sarebbe, ad esempio, una semplice raccolta di citazioni⁴⁰⁶. La valutazione di che cosa si intenda per "singoli brani" deve essere fatta caso per caso, e la giurisprudenza ha ritenuto ad esempio che non rientrasse nel concetto di piccola citazione la riproduzione di un passaggio di più pagine, ricomprensivo delle annotazioni⁴⁰⁷. La citazione deve essere infine riconoscibile come tale⁴⁰⁸.

La grande citazione riguarda opere letterarie ed opere scientifiche o didattiche che consistono in rappresentazioni figurative bidimensionali o tridimensionali che non appartengano alle arti figurative. L'ampiezza della citazione deve essere conforme allo scopo e deve figurare in un'opera essenzialmente scientifica. Anche la grande citazione deve essere riconoscibile come tale, e deve sussistere un collegamento interno fra quanto citato e l'opera scientifica che riporta la citazione⁴⁰⁹. Libera è anche la riproduzione, distribuzione e messa a disposizione di singole opere delle arti figurative inserite in un'opera

dissimile a quella che ci porremo più avanti con riguardo all'ordinamento italiano.

⁴⁰⁶ Cfr. H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁰⁷ *Ivi*, p. 172.

⁴⁰⁸ OGH 29.9.1987 – Schneefilm I – MR 1987, 13.

⁴⁰⁹ OGH 31.1.1995 – Friedrich Heer II – MR 1995, 179.

scientifico, a scopo di illustrazione dei contenuti illustrati (art. 54, par. 3a).

Di rilevanza qui è poi la cosiddetta citazione scolastica, regolata in varie disposizioni della l.d.a. austriaca. Ai sensi dell'art. 45, par. 2 opere letterarie possono, dopo la loro pubblicazione (nel senso di *Erscheinen*) venire utilizzate per emissioni di radiodiffusione, il cui utilizzo a fine scolastico sia stato dichiarato legittimo dall'autorità didattica e che possa essere definita radio educativa. In questo caso all'autore spetta un equo compenso, da fare valere esclusivamente da una società di gestione collettiva. Tale eccezione non copre tuttavia la comunicazione tramite Internet⁴¹⁰. Regole particolari, e meno significative ai nostri fini, sono previste dalla l.d.a. austriaca, ad esempio per la citazione musicale (art. 52, par. 1).

IV.4.2. Spagna

La breve rassegna sulla didattica online in alcuni paesi europei qui proposta si conclude con un veloce riferimento alla situazione spagnola. L'art. 32 della *Ley de la Propiedad Intelectual* dedicato alla "Cita e ilustración de la enseñanza" è il frutto della revisione imposta dalla Ley 23/2006 del 7 luglio 2006 di recepimento della Dir. SocInfo, dunque quasi in contemporanea al legislatore francese⁴¹¹. Il testo attuale dell'articolato disposto prevede una nuova eccezione per l'illustrazione a fini educativi:

"2) No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras

⁴¹⁰ H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 170.

⁴¹¹ Si ricorda che anche la Spagna, come la Francia, era stata, a causa del ritardo, oggetto di condanna da parte della Corte di giustizia CE.

IV CAPITULO

aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”

Il fine dell’eccezione è solo quello dell’illustrazione dell’attività educativa nelle aule, dunque ad esclusione della didattica online.

Si possono richiamare all’eccezione solo gli insegnanti della “educación reglada”; tale precisazione potrebbe escludere percorsi di studio non formalizzati, non miranti all’ottenimento di un titolo di studio riconosciuto, come ad esempio l’educazione continua per adulti, nel corso della loro vita professionale.

Gli utilizzi consentiti sono la riproduzione, la distribuzione e la comunicazione al pubblico, nella misura giustificata dalla finalità non commerciale perseguita. Salvo in caso di impossibilità è poi necessaria la menzione dell’autore e della fonte.

Gli utilizzi riguardano piccoli frammenti di opere o di opere isolate di carattere plastico o fotografico figurativo, ad esclusione dei libri di testo e dei manuali universitari e delle compilazioni o raccolte di frammenti di opere o di opere isolate di carattere. Le opere devono essere state preventivamente divulgate. Infine, non è previsto il pagamento di un equo compenso.

Il CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, in un contesto legislativo non certo favorevole agli usi didattici online, ha

apprestato una licenza (“licencia de usos digitales”), che può essere sottoscritta da varie istituzioni di istruzione, la quale permette di a) realizzare una scansione (dunque solo *analogical to digital*) del 10% dell’opera, e dell’intero articolo od altro lavoro contenuto in una pubblicazione periodica; b) di mantenere la riproduzione scansionata temporaneamente su un server; c) di mettere a disposizione degli utilizzatori il materiale digitalizzato tramite intranet; d) di visualizzare la riproduzione su schermo; e) di stampare la copia da parte dell’utilizzatore autorizzato; f) di inviare il materiale digitalizzato agli utilizzatori utilizzati tramite posta elettronica. Hanno già sottoscritto una tale licenza varie università in Spagna, fra le quali la Universidad Oberta de Catalunya e la Universidad de Malaga.

IV.5. Stati Uniti

Che le questioni trattate nel presente contributo non si prestino a facili soluzioni è ben testimoniato (anche) dalle esperienze d’oltre oceano⁴¹². Il diritto statunitense, in aggiunta alla generale *fair use exception ex Sec. 107* del *Copyright Act*, prevede nella Sec. 110 articolate eccezioni a fini di insegnamento, ulteriormente ampliate a seguito dell’emanazione nel 2002 del *Technology, Education, and Copyright Harmonization Act*⁴¹³ (di seguito, *TEACH Act*). La modifica alla legislazione statunitense di diritto d’autore così introdotta mira a disciplinare e agevolare l’attività di insegnamento nel contesto digitale⁴¹⁴. Si è ritenuto infatti che l’eccezione di *fair use ex Sec. 107*,

⁴¹² Ci dedicheremo più avanti alla situazione canadese.

⁴¹³ Adottato il 2.11.2002, Public Law 107-273.

⁴¹⁴ Anteriormente alla modifica intervenuta si riteneva comunque che la Sec. 110(2), opportunamente interpretata, avrebbe potuto trovare una qualche applicazione anche nei contesti di didattica a distanza, cfr. K. CREWS, *Copyright and*

che più avanti riprenderemo, pur astrattamente applicabile alla fattispecie della didattica online, non fosse in grado di garantire un sufficiente grado di certezza agli istituti di istruzione ed ai docenti.

Il sopra menzionato adattamento della legislazione statunitense sul diritto d'autore al fine di permettere utilizzi a scopi di insegnamento nell'era digitale offre un sintetico e quasi esaustivo panorama delle più significative questioni coinvolte, particolarmente istruttivo anche ai fini della presente indagine. Il primo paragrafo della Sec. 110 disciplina l'eccezione a favore della didattica frontale. Il secondo paragrafo, nella versione precedente la modifica del 2002, copriva sì la comunicazione al pubblico, ma aveva come riferimento più che altro la televisione a circuito chiuso e le trasmissioni radiofoniche⁴¹⁵. La necessità di "aggiornare" quella disposizione, altrimenti "inapplicabile ai metodi di trasmissione di istruzione sistematica più avanzati"⁴¹⁶, ha portato ad una modifica sia della lettera della Sec. 110, par. 2, che della Sec. 112 del *Copyright Act*.

In estrema sintesi, la revisione legislativa ha ampliato la categoria del materiale utilizzabile a fini didattici, ha permesso la digitalizzazione e la riproduzione necessarie alla comunicazione tramite Internet, ed ha esteso il concetto dell'aula eliminando la necessità della presenza degli studenti nello stesso luogo fisico. Va subito sottolineato che le modifiche introdotte, delle quali ci occuperemo sotto, riguardano utilizzazioni nel contesto dell'insegnamento a distanza per le quali non è previsto il pagamento di alcun compenso, si tratta di vere e proprie "libere utilizzazioni".

Distance Education: Displays, Performances, and the Limitations of Current Law, in L. GASAWAY (a cura di) *Growing Pains: Adapting Copyright for Libraries, Education, and Society*, Littleton, 2007, p. 383 ss.

⁴¹⁵ Cfr. *Report on Copyright and Digital Distance Education* (nota 3). Per altri elementi della Sec. 110 che rendevano tale disposizione non adatta a ricoprire l'insegnamento online, v. R. XALABARDER, *op. cit.*, p. 112 s.

⁴¹⁶ V. *Report on Copyright and Digital Distance Education* (nota 3), p. xv.

L'adozione del *TEACH Act* è stata particolarmente sofferta. Nell'ambito delle lunghe ed approfondite discussioni che hanno preceduto la sua emanazione, e che hanno visto il coinvolgimento attivo di educatori, titolari di diritto d'autore e bibliotecari⁴¹⁷, sono emerse con chiarezza le caratteristiche, anche tecnologiche, dell'insegnamento a distanza online, nonché l'esigenza di una chiara delimitazione del campo di applicazione dell'eccezione a favore dell'insegnamento⁴¹⁸ rispetto ad attività normalmente realizzate dalle biblioteche, in particolare quelle universitarie⁴¹⁹. Si voleva da una parte assicurare che l'esecuzione e la diffusione delle opere fossero analoghe all'esecuzione ed alla diffusione che avvenivano nell'aula fisica. Dall'altra, che tali utilizzi non diventassero delle allettanti alternative all'acquisizione delle riproduzioni, in particolari di testi ed altro materiale per lo studio personale. Una questione estremamente dibattuta ha riguardato, come è agevole immaginarsi, il ruolo delle misure tecnologiche di protezione, cui veniva da alcuni imputato di rompere, a tutto vantaggio dei titolari dei diritti, l'equilibrio fra interessi contrapposti di cui la dottrina del *fair use* e le eccezioni legislativamente previste avrebbero invece dovuto rimanere espressione.

Rispetto alla disciplina della didattica frontale, le regole sulla didattica a distanza nell'era digitale introdotte dal legislatore

⁴¹⁷ Come notato da B. CARSON, *The Law of Libraries and Archives*, Lanham, 2007, p. 115, "(E)ducators had one perspective; publisher had another. As with most copyright situations, librarians were caught in the middle".

⁴¹⁸ Le nuove tecnologie dell'informazione hanno messo fra l'altro in discussione il concetto stesso di lezione frontale ("face-to-face"), in quanto vi è la possibilità che il docente e gli studenti si ascoltino e si vedano in modo interattivo senza che siano nello stesso luogo fisico, cfr. K. IRWIN, *Copyright Law: Librarians who Teach: Expanding the Distance Education Rights of Libraries by Applying the Technology Education and Harmonization Act of 2002*, in *Western New England Law Review*, 2007, p. 881.

⁴¹⁹ Così secondo il House Committee Report "student use of supplemental or research materials ... such as ... e-reserves, and digital library resources" non sono utilizzi coperti dal *TEACH Act*, cfr. ancora K. IRWIN, *op. cit.*, p. 886.

IV CAPITOLO

statunitense appaiono tuttavia limitative e complesse, frutto di una laboriosa ed estenuante opera di mediazione fra interessi diversi. Il risultato si è essenzialmente trasfuso nella previsione di una ventina (!) di puntualizzazioni dell'eccezione per l'insegnamento a distanza, delle quali, daremo brevemente conto⁴²⁰.

IV.5.1. L'educazione a distanza ai sensi della Sec. 110 (2) Copyright Act

In primo luogo l'esecuzione o l'illustrazione devono risultare “parte integrante di una lezione in aula offerta come una parte regolare delle sistematiche attività di istruzione mediate”. Queste ultime vengono definite alla Sec. 110 come

“activities that use such work [materiale coperto dal diritto d'autore, S.V.] as an integral part of the class experience, controlled by or under the actual supervision of the instructor and analogous to the type of performance or display that would take place in a live classroom setting”.

In altri termini, si replicherebbe la lezione frontale nell'idea che lo studente accede al materiale educativo per il tempo delle lezioni.

In secondo luogo, il materiale deve essere “direttamente connesso e di supporto al contenuto didattico della trasmissione”, e dunque non di puro intrattenimento né utilizzato a fini comunque diversi da quello didattico, né attività di ricerca condotta al di fuori delle lezioni.

L'eccezione copre la digitalizzazione di opere cartacee, sempre

⁴²⁰ L'eccezione è tuttavia molto più complessa ed articolata di quanto qui riusciremo a riferire.

che non siano già disponibili in forma digitale, e libere da misure tecnologiche di protezione. Pur in assenza di una menzione diretta, si ritiene che anche l'attività svolta dalle biblioteche in ausilio alla lezione, quali digitalizzazione di opere utilizzate dal docente a lezione, rientri nel campo di applicazione dell'eccezione⁴²¹.

La trasmissione “deve essere realizzata sotto la direzione o la concreta supervisione del docente”. Si può intendere con ciò, ad esempio, che il docente assume il ruolo di amministrazione del sito dedicato al corso. Per quanto riguarda più specificatamente la trasmissione, quella deve essere, nei limiti di quanto tecnologicamente possibile, ricevuta solamente da “studenti ufficialmente immatricolati al corso per cui la trasmissione è realizzata”. I riceventi devono dunque essere identificati, e l'accesso deve essere permesso esclusivamente a questi ultimi, ad esempio tramite parola chiave.

A questo proposito, le istituzioni sono tenute ad impiegare delle misure di controllo tecnologico che limitino la comunicazione ai soli studenti effettivamente iscritti a quel determinato corso; che limitino l'accesso all'opera (alle opere) da parte degli studenti per la sessione in classe (“class session”). Agli studenti non viene dunque data la possibilità di realizzare delle copie delle opere da utilizzare oltre il periodo delle lezioni. Il significato di quest'ultima precisazione non è tuttavia limpido. Si discute se il materiale inserito la prima settimana di lezione, ad esempio, possa venire visionato più avanti, quando il corso tratta ormai di argomenti differenti, nonché in merito alla legittimità di brevi dispense (handouts) digitali⁴²².

Un'ulteriore condizione limita notevolmente la portata

⁴²¹ Cfr. K. IRWIN, *op. cit.*, p. 886.

⁴²² Su quest'ultima questione cfr. K. CREWS, *New Copyright Law for Distance Education: The Meaning and Importance of the TEACH Act*, Studio preparato per la American Library Association, 2002, p. 7, scaricabile da <http://www.ala.org/ala/aboutala/offices/oitp/publications/issuebriefs/Teach%20Act%20Summary.pdf>.

applicativa dell'eccezione pedagogica statunitense. Le misure tecnologiche di controllo utilizzate dall'istituzione didattica non devono interferire con le misure tecnologiche già applicate alle opere al fine di impedirne il "mantenimento e la distribuzione". Così, ad esempio, se una misura tecnologica di protezione limita i numeri di ascolti di un brano musicale, tali controlli incorporati nell'opera non possono venire elusi.

Quale ulteriore condizione per potere invocare una tale eccezione, le istituzioni che vi si richiamano devono predisporre delle politiche di tutela del diritto d'autore, fornendo informazioni al personale docente, amministrativo e agli studenti, ed avvisando questi ultimi che il materiale utilizzato nel corso potrebbe essere soggetto alla tutela di diritto d'autore.

Per quanto attiene ai soggetti beneficiari dell'eccezione, il legislatore individua espressamente gli istituti accreditati d'istruzione senza scopo di lucro⁴²³. Si voleva escludere dal beneficio dell'eccezione istituzioni ritenute poco serie ed affidabili, quali i c.d. "diploma mills", ma si è finito per escludere istituzioni a fini di lucro più che rispettabili, ed anche associazioni professionali che offrono corsi ai propri membri ma non sono accreditate, come ad esempio la American Association of Law Libraries⁴²⁴.

Altre limitazioni attengono alle categorie di opere utilizzabili nell'ambito dell'attività didattica online. Il primo paragrafo della Sec. 110, dedicato alla didattica frontale on-site, non pone particolari vincoli con riguardo alla tipologia di opere utilizzabili, né all'intensità dell'utilizzo, permettendo ad esempio che un film sia mostrato nella sua integralità. Non così generoso è il legislatore nei confronti della didattica online. In primo luogo, non tutte le opere utilizzate a scopo

⁴²³ Altri beneficiari sono i "government bodies".

⁴²⁴ Cfr. K. IRWIN, *op. cit.*, p. 883.

didattico si qualificano per un'eccezione ai sensi della disposizione all'esame: escluse sono le opere "prodotte o commercializzate primariamente per l'esecuzione o l'esposizione come parte di attività di istruzione mediate trasmesse tramite reti digitali".

Secondo, l'esecuzione deve riguardare "porzioni ragionevoli e limitate" e l'esposizione realizzata "in una misura paragonabile a quanto è tipicamente esposto nel corso di una lezione dal vivo in classe", dunque con l'esclusione di materiale per ulteriori approfondimenti. Tale limitazione non riguarda invece le opere letterarie e musicali "non drammatiche".

Inoltre, non rientrano nell'eccezione utilizzazioni che riguardano materiali che sono "tipicamente acquistati od acquisiti da studenti universitari per il loro uso e ritenzione indipendente o che sono tipicamente acquistati od acquisiti da studenti elementari o secondari per il loro possesso ed uso indipendente".

Infine, limitazione generale, comune all'eccezione a favore della didattica tradizionale, è che non possano venire utilizzate opere la cui copia che "non è stata prodotta od acquisita legalmente", se "l'istituzione trasmittente sapeva o aveva ragione di credere che non era stata prodotta od acquisita legalmente".

IV.5.2. Usi educativi e fair use

Se le critiche nei confronti del *Teach Act* non sono mancate⁴²⁵, un ruolo salvifico⁴²⁶ viene attribuito da molti nell'ordinamento statuni-

⁴²⁵ Può venire letta come misura dell'incertezza che accompagna l'applicazione delle soluzioni individuate dal *TEACH Act*, nonché della loro possibile insufficienza, la creazione di un *Copyright Clearance Center* per l'istruzione universitaria, cfr. <http://www.copyright.com/ccc/viewPage.do?pageCode=au143>.

⁴²⁶ Per un'analisi combinata *fair use/TEACH Act*, in particolare nell'interesse delle biblioteche, v. K. IRWIN, *op. cit.*, p. 898 ss.

tense alla clausola di *fair use*, dalle flessibilità non di rado confermate da una giurisprudenza più che centenaria, codificata dal legislatore statunitense nel 1976. L'art. 107 del *Copyright Act* prevede che

“the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords ... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

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

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

Se un'analisi approfondita delle potenzialità di applicazione della dottrina del *fair use* a contesti educativi online non è qui possibile⁴²⁷, è interessante evidenziare il ruolo di rilievo attribuito alle attività di insegnamento nella lettera stessa della Section 107. In primo luogo “teaching (including multiple copies for classroom use)” è ripreso espressamente nel preambolo come potenziale esempio di *fair*

⁴²⁷ L'esperienza delle *Distance-Learning Guidelines*, predisposte prima della modifica del 2002 proprio con il fine di fare luce sul rapporto fra il *fair use* e la didattica online ha dato peraltro dei risultati poco soddisfacenti, cfr. K. CREWS, *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines*, in *Ohio State Law Journal*, 2001, p. 632.

use; in secondo luogo, nel valutare lo scopo dell'utilizzo (primo elemento), si oppone l'utilizzo commerciale a fini educativi *nonprofit*, sottintendendo che questi ultimi molto probabilmente soddisfano il primo requisito di *fair use*.

Sono proprio le ragioni di incertezza nell'applicazione della dottrina di *fair use* alla didattica online ad offrire un interessante panorama di molte delle questioni ancora irrisolte, molte delle quali, come abbiamo visto sopra, sono familiari anche a giuristi europei⁴²⁸. Così, un'interpretazione ampia data all'uso commerciale di cui al primo elemento lascia pochi spazi alle finalità *nonprofit*, in particolare se ogni beneficio che si trae dall'attività viene assimilato ad un vantaggio monetario. Simili difficoltà interpretative si incontrano cercando di individuare uno scopo non commerciale nell'analisi dell'art. 5, par. 3 lett. a della Direttiva SocInfo⁴²⁹. Sempre con riguardo al primo fattore, una questione rilevante riguarda la possibilità di ritenere gli utilizzi educativi come *transformative*. In questo senso, un uso didattico a fini illustrativi sembrerebbe avere meno chance di passare il test, e questo potrebbe risultare discriminatorio con riguardo ai gradi di istruzione primaria, in cui l'apporto di critica e discussione è ancora limitato. D'altra parte, se un diverso intento informativo bastasse a ritenere l'uso *transformative* il test potrebbe dirsi superato.

Varie difficoltà presenta anche l'applicazione del quarto elemento, con riguardo all'impatto di mercato dell'utilizzo. Se la dottrina del *fair use* viene interpretata in modo tale da garantire agli autori lo sfruttamento di tutte le fonti di profitto, anche potenziali, si

⁴²⁸ Propone una lettura evolutiva del *fair use* al fine di assicurare la sopravvivenza di utilizzi educativi nella società dell'informazione C. SILBERBERG, *Preserving Educational Fair Use in the Twenty-First Century*, in *Southern California Law Review*, 2001, p. 645 ss.

⁴²⁹ V. *supra*, p. 62 ss.

capisce che gli spazi applicativi non possono che ridursi significativamente⁴³⁰.

IV.6. Canada

IV.6.1. Fair dealing e revisione del Copyright Act

L'ultima fra le esperienze straniere brevemente riportate è quella che avrebbe potuto concludersi con una revisione profonda del *Canadian Copyright Act*, fortemente voluta dal governo⁴³¹, ma bloccata da più ampie vicende politiche che hanno portato al termine anticipato della legislatura. Fra gli scopi principali della proposta di modifica si menzionava espressamente quello di “permit certain uses for educational and research purposes of Internet and other digital technologies to facilitate technology-enhanced learning, inter-library loans, the delivery of educational material and access to publicly available material on the Internet”⁴³².

Il problema dell'accesso alle risorse educative tramite Internet è molto sentito in Canada, in particolare al fine di agevolare studenti dislocati in ambienti rurali o altrimenti distanti fisicamente da istituti di

⁴³⁰ Un importante banco di prova per la “tenuta” del *fair use* con riguardo ad utilizzi didattici è la causa, attualmente trattata dalla District Court del Northern District della Georgia, intentata dalla Cambridge University Press nei confronti della Georgia State University per violazione del diritto d'autore, *Cambridge University Press et al. v. Patton et al.* (vicenda giudiziaria che si può seguire attentamente, in tutte le sue fasi, su <http://news.justia.com/cases/featured/georgia/gandce/1:2008cv01425/150651>. Viene contestata dagli editori in part. la messa a disposizione da parte di alcuni docenti di estratti di opere coperte dal diritto d'autore ai propri studenti per il mezzo di c.d. *electronic reserves*).

⁴³¹ Bill C-61, *An Act to amend the Copyright Act*, introdotto dal ministro dell'industria il 12 giugno 2008.

⁴³² *Ivi*, punto c. del *Summary*.

istruzione superiore. Inoltre, si ritiene che l'utilizzo delle risorse online a fini sia di istruzione che di apprendimento individuale costituisca di per sé un esercizio imprescindibile per gli studenti⁴³³.

Al centro delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore vi è il concetto di *fair dealing*. Diversamente dalla Section 107 della legislazione statunitense, non si tratterebbe però di una clausola *open-ended*, ma di un'elencazione esaustiva di eccezioni, in un modo più vicino dunque al sistema comunitario. Tuttavia, la Corte Suprema canadese si è autorevolmente pronunciata sulla necessità di non interpretare l'eccezione di *fair dealing* (nel suo complesso) in modo restrittivo, di modo da mantenere un equilibrio appropriato fra i diritti dell'autore e gli interessi degli utilizzatori⁴³⁴.

IV.6.2. In discussione nella precedente legislatura: eccezione a favore dell'utilizzo educativo di opere "pubblicamente disponibili"

Tra le modifiche alla legge canadese di diritto d'autore avanzate nella precedente legislatura, si proponeva di introdurre una disposizione in base alla quale opere "pubblicamente disponibili" avrebbero potuto venire utilizzate liberamente a fini educativi⁴³⁵. Le opere soggette a tale regime particolare sarebbero state in particolare quelle comunicate al pubblico tramite Internet, con il consenso dell'autore, senza aspettativa di remunerazione, e senza che tali opere

⁴³³ Cfr. la Submission dell'Associazione delle Università e dei Collèges del Canada del dicembre 2007, p. 5: "When students use the Internet in their learning they benefit not only from the vast wealth of information, available on the Internet, but also from the judgment they must exercise in finding relevant information sources, assessing their credibility, adapting the information to new and innovative uses such as inclusion in multimedia projects, and utilizing and developing new and innovative Internet-related technologies".

⁴³⁴ *CCH v. Law Society of Upper Canada* 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339.

⁴³⁵ Art. 30.04, di nuova formulazione.

fossero protette da misure tecnologiche quali password, criptazione, oppure tecniche simili volte a limitare l'accesso o la distribuzione del lavoro. Inoltre, sul sito nel quale si reperiva l'opera, oppure sull'opera stessa, non avrebbe dovuto trovarsi alcun avviso chiaramente visibile che proibiva un tale utilizzo, diverso dal comune "c" racchiuso in un cerchio. Tale eccezione non avrebbe trovato applicazione ove il docente, o lo studente, avessero saputo, oppure avesse avuto ragioni di ritenere, che il lavoro era stato messo in Internet senza il consenso dell'autore.

Tale nuova eccezione si sarebbe basata sulla presunzione in base alla quale, se il lavoro viene messo in Internet da un individuo oppure un'organizzazione senza apporre alcuna misura tecnologica di protezione, tali soggetti non avrebbero l'intenzione di sfruttarlo commercialmente. In altri termini, si potrebbero identificare delle opere, quelle appunto "pubblicamente disponibili", in relazione alle quali l'incentivo economico diretto non giocherebbe un ruolo determinante ai fini della loro creazione, e dunque la cui libera utilizzazione a fini didattici non priverebbe la comunità di incentivi alla creatività. Grazie a tale ragionamento i sostenitori della disposizione ne affermano anche la compatibilità con il *three-step test ex* Convenzione di Berna e WCT.

Con riguardo all'avanzata eccezione a fini educativi di cui sopra si è brevemente detto, si era comunque ben lontani da un sostegno unanime, neppure all'interno del mondo della scuola e dell'università. Molti vedevano nella previsione di un'eccezione ad hoc (solo) per tali utilizzazioni educative uno sostanziale svuotamento delle capacità di incidenza della clausola generale di "fair dealing".

IV.6.3. (Segue) dalla lezione frontale a quella elettronica

Inoltre, sempre durante la precedente legislatura, si era proposta

l'introduzione di un'eccezione dedicata agli utilizzi di opere coperte dal diritto d'autore nell'ambito di lezioni trasmesse elettronicamente. Ai sensi dell'art. 29.4 del *Copyright Act*, l'utilizzazione di opere coperte dal diritto d'autore nell'ambito dell'attività didattica frontale, in situ, è coperta da *fair dealing* e dunque lecita, soggetta al pagamento di royalties agli autori⁴³⁶. La riforma proposta introduceva la possibilità che la lezione venisse comunicata al pubblico tramite telecomunicazione, sempre che il pubblico in questione fosse formato solo dagli studenti iscritti al corso di cui la lezione costituiva una parte⁴³⁷. Sempre secondo la proposta avanzata, non avrebbe costituito una violazione del diritto d'autore la riproduzione necessaria alla comunicazione, ma ogni fissazione dell'opera avrebbe dovuto venire distrutta entro trenta giorni dal giorno in cui lo studente avesse ricevuto gli esiti finali del corso. Inoltre, l'istituzione di istruzione avrebbe dovuto prendere le misure che si reputavano ragionevolmente atte ad evitare che gli studenti riproducessero a loro volta la lezione, oppure la comunicassero ad altri.

⁴³⁶ La normativa è particolarmente dettagliata.

⁴³⁷ Oppure pubblico composto da altre persone sotto la supervisione dell'istituzione di istruzione.

V CAPITOLO

E-LEARNING E DIRITTO D'AUTORE NAZIONALE

V.1. Introduzione: didattica, società dell'informazione e diritto d'autore

Come si è visto nel terzo capitolo di questo lavoro, la Dir. SocInfo riconosce apertamente l'importanza della didattica, compreso l'insegnamento a distanza, e prevede che gli Stati membri possano agevolare lo svolgimento attraverso la previsione di eccezioni o limitazioni al diritto d'autore⁴³⁸. I legislatori nazionali, muovendosi nel rispetto dei vincoli imposti dalla legislazione comunitaria ed internazionale, possono dunque elaborare soluzioni articolate per la disciplina dell'insegnamento online nel loro ordinamento⁴³⁹.

La Direttiva SocInfo è stata, non di rado faticosamente, attuata in tutti i paesi della Comunità⁴⁴⁰. Con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68 di

⁴³⁸ Cfr. anche il recente Libro Verde sul "Diritto d'autore nell'economia della conoscenza" (nota 1), p. 16: "The Directive has thus given to the Member States a large amount of freedom in implementation, allowing them to determine the boundaries of permissible use under the exception".

⁴³⁹ Per un'interpretazione in senso restrittivo dell'art. 5, par. 3, lett. a) nella nostra dottrina cfr. tuttavia D. GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in *AIDA*, 2002, p. 186, il quale sembra limitare la portata applicativa dell'esenzione alla riproduzione, da parte dei ricercatori, di opere altrui "nei propri lavori".

⁴⁴⁰ Cfr. in part. *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC*, cit. Si ricorda che gli Stati membri avrebbero dovuto recepire la Direttiva SocInfo entro il 22 dicembre 2002. Specificatamente dedicato all'implementazione dell'eccezione didattica è lo studio di S. ERNST, D. HAEUSERMANN, *Teaching Exceptions in European Copyright Law - Important*

recepimento della Dir. SocInfo, il legislatore nazionale ha fatto un uso particolarmente parsimonioso delle aperture offerte dalla legislazione comunitaria in materia di eccezioni e limitazioni⁴⁴¹. Nella relazione illustrativa al d.lgs. 2003, n. 68 si era tuttavia affermata la volontà del legislatore nazionale di introdurre “quelle eccezioni che sembrano corrispondere ad esigenze particolarmente rilevanti sotto il profilo culturale, e sociale”⁴⁴².

Il presente capitolo è dedicato all’analisi della legislazione nazionale di diritto d’autore (di seguito, l.d.a.) nelle parti rilevanti ai fini della nostra indagine sulla disciplina giuridica dell’insegnamento online. Un particolare rilievo ai nostri fini assume l’art. 70 l.d.a., il quale dispone al primo comma che

“il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all’utilizzazione economica dell’opera”.

Il legislatore specifica che “se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l’utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali”.

Recente è poi l’aggiunta del comma 1-*bis* all’art. 70 l.d.a.⁴⁴³, in base al quale

Policy Questions Remain, Berkman Center Research Publication No. 2006-10, scaricabile da <http://ssrn.com/abstract=925950>.

⁴⁴¹ V. M. FABIANI, *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei paesi della Comunità*, in *Rivista Dir. Autore*, 2005, p. 146.

⁴⁴² Relazione illustrativa al d.lgs. 2003, n. 68, p.4.

⁴⁴³ V. art. 2 della L. 9 gennaio 2008, n.2, “Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori”.

“è consentita la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro”.

I limiti all'uso didattico o scientifico di cui al comma 1-*bis* andrebbero definiti da un ulteriore, e non ancora emanato, decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentito il Ministro della pubblica istruzione e il Ministro dell'università e della ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti.

Mentre il secondo comma è espressamente dedicato alle antologie ad uso scolastico⁴⁴⁴, il terzo comma contiene l'obbligo di accompagnare “(I)l riassunto, la citazione o la riproduzione” con la “menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta”⁴⁴⁵.

Nel corso del presente capitolo cercheremo prima di tutto (V. 2) di verificare i margini di applicabilità dell'art. 70 l.d.a. alla didattica online. Nella misura in cui quest'ultima eccezione risulti coprire l'utilizzo che qui interessa, dovrà poi venire assoggettata al *three-step test* (V. 3). Faremo poi cenno ad almeno alcuni dei problemi legati alla tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione (V. 4), chiudendo con una riflessione in merito alla necessità di rivedere l'art. 70 l.d.a. al fine di prevedere una disciplina espressamente ritagliata sulle problematiche poste dall'*E-Learning* (V. 5).

⁴⁴⁴ Specificando che “(N)elle antologie ad uso scolastico la riproduzione non può superare la misura determinata dal regolamento, il quale fissa la modalità per la determinazione dell'equo compenso”.

⁴⁴⁵ Si noti che l'obbligo di indicare la fonte, compreso il nome dell'autore, sorge rispetto al riassunto, alla citazione ed alla riproduzione, ma non, almeno espressamente, in relazione agli atti di comunicazione al pubblico.

V.2. Eccezione a fine di insegnamento ex art. 70 l.d.a. e didattica online

V.2.1. Introduzione

Da una lettura preliminare dei commi 1, 1-*bis* e 3 dell'art. 70 l.d.a. appare evidente come il legislatore italiano abbia integrato elementi della disposizione, sopra analizzata, specificatamente dedicata dalla Direttiva SocInfo ad utilizzi di opere nell'insegnamento, dunque l'art. 5, par. 3 lett. a, in quella che si presentava come un'eccezione a favore essenzialmente della citazione⁴⁴⁶. Dal raffronto testuale fra, da una parte, l'art. 70, commi 1, 1-*bis* e 3 l.d.a. e, dall'altra, l'art. 5, par. 3, lett. a della Dir. SocInfo, emergono almeno quattro significative differenze.

(1) L'art. 70 si riferisce a “riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico” (comma 1) e “pubblicazione attraverso la rete internet” (comma 1-*bis*), mentre l'art. 5, par. 3, lett. a, menziona la riproduzione e la comunicazione al pubblico. Rispetto al disposto comunitario, il legislatore italiano esenta espressamente gli utilizzi ulteriori del riassunto e della citazione.

(2) L'utilizzo a fini di insegnamento è esentato dalla disposizione comunitaria nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito, mentre il legislatore italiano aggiunge la condizione dell'assenza di “concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera”.

⁴⁴⁶ Così C. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in *AIDA*, 2002, p. 145. Non ritiene di doversi soffermare sulla ricerca di un significato autonomo da attribuire agli utilizzi didattici *ex art. 70*, comma 1 S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della Direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, 2004, p. 293, per la quale “(I) limiti dell'eccezione per scopo didattico *meglio si comprendono* in relazione al comma 2 dell'art. 70” (corsivo mio).

(3) Il comma 1-*bis* dell'art. 70 introduce una disciplina particolare per le “immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate” pubblicate “attraverso la rete Internet” per uso didattico, sconosciuta alla disciplina comunitaria.

(4) Con riguardo alla particolare categoria delle “immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate”, la comunicazione al pubblico permessa non deve caratterizzarsi per l'assenza dello scopo commerciale, concetto cui si rifà il legislatore comunitario con riguardo a tutte le opere, ma per la gratuità e l'assenza dello scopo di lucro.

V.2.2. La finalità dell'utilizzo

Anteriormente alle modifiche apportate dal legislatore in occasione del recepimento della Dir. SocInfo, l'art. 70, c. 1 l.d.a. non faceva menzione della ricerca scientifica. Inoltre, sempre *ante* riforma del 2003, il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera erano liberi nei limiti giustificati dalle finalità di critica, discussione ed insegnamento, senza ulteriori specificazioni. Nel vigore della precedente disciplina la giurisprudenza aveva avuto modo di precisare come lo “scopo di critica, di discussione ed anche di insegnamento” andasse oltre una mera finalità culturale⁴⁴⁷ o divulgativa⁴⁴⁸. La discussione critica di opere musicali altrui è stata ad esempio definita come la “approfondita disamina delle qualità estetiche e dei motivi ispiratori di un'opera”⁴⁴⁹. I tre scopi menzionati sono stati

⁴⁴⁷ Trib. Milano, 25.02.1997, in *Dir. Autore*, 1998, 346.

⁴⁴⁸ Trib. Milano, 13-05-1980. *Riv. dir. ind.*, 1980, II, 292, confermata da App. Milano, 10-11-1995, *AIDA*, 1996, 628 e Cass., sez. I, 19-12-1996, n. 11343. *Foro it.*, 1997, I, 2555. Ai cataloghi di mostre d'arte la giurisprudenza nega finalità critico-didattiche, v. Trib. Torino, 15-07-1996, *AIDA*, 1997, p. 762; App. Milano, 25-02-1997, in *AIDA*, 1997, p. 887. V. anche A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, 2007, Santarcangelo di Romagna, p. 109.

⁴⁴⁹ Trib. Milano, 13-05-1980. *Riv. dir. ind.*, 1980, II, 292.

comunemente intesi in senso tassativo e si sono di regola scartate interpretazioni della norma ritenute estensive, negando ad esempio che la selezione di materiale a fini di illustrazione di un'opera rientrasse nello scopo di critica, pur considerandosi quella selezione manifestazione di "un preciso orientamento critico degli autori"⁴⁵⁰.

Rispetto alla situazione *ante* riforma del 2003, l'utilizzo didattico esentato ai sensi dell'art. 70, comma 1 l.d.a. è ora quello "per finalità illustrative"⁴⁵¹. L'art. 5, par. 3, lett. a della Direttiva SocInfo, che a sua volta si rifà alla Convenzione di Berna, richiede in effetti un'esclusiva finalità illustrativa per l'uso didattico, giustificando così l'adattamento da parte del legislatore italiano. Solo con riguardo a fini di insegnamento e di ricerca scientifica, ma non di critica e di discussione, si pone poi l'ulteriore limitazione agli scopi non commerciali, in conformità al disposto comunitario.

La versione attuale dell'art. 70 l.d.a. identifica dunque diverse possibili finalità delle utilizzazioni esentate. In primo luogo, il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico possono avvenire per uso di critica o di discussione. In secondo luogo, a fini di insegnamento e di ricerca scientifica. In questa seconda ipotesi, l'utilizzo di opere protette dal diritto d'autore, per essere oggetto dell'esenzione, deve essere mosso da finalità illustrative. In altri termini, non risulterebbe sufficiente lo scopo didattico o di ricerca scientifica per rientrare nel campo di applicazione della norma, ma lo scopo in questione va ulteriormente qualificato sulla base della finalità illustrativa perseguita. Infine, gli usi didattici e scientifici, ma non quelli di critica e discussione, vengono ripresi anche al comma 1-*bis* dell'art. 70 l.d.a. L'utilizzazione coperta dall'esenzione è qui la sola "pubblicazione attraverso la rete internet ... di immagini a

⁴⁵⁰ Cass., sez. I, 07-03-1997, n. 2089.

⁴⁵¹ Il regime attuale sarebbe dunque per certi versi «più rigoroso» rispetto al precedente.

bassa risoluzione o degradate". Non si ribadisce invece, al comma 1-*bis*, la finalità illustrativa cui l'uso didattico o scientifico, sulla base del primo comma, deve essere mosso.

Ci si può dunque chiedere se il legislatore non abbia così introdotto una nuova tipologia, ricomprendente "fini di insegnamento e di ricerca scientifica", ma senza "finalità illustrative", in relazione alla quale si potrebbe legittimamente dubitare del corretto recepimento della Direttiva SocInfo nell'ordinamento italiano.

Come si è visto sopra analizzando la genesi dell'art. 10 (2) della Convenzione di Berna e l'eccezione didattica di cui all'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo, non risulta tuttavia del tutto agevole riconoscere alla specificazione del "titolo illustrativo" una qualche proprietà qualificativa autonoma degli utilizzi didattici. Per quanto riguarda in particolare il testo unionista, la formulazione nel suo complesso, che comprende, oltre al titolo illustrativo, la conformità ai buoni usi e la misura giustificata dal suo scopo, espleta la funzione di indicare dei limiti sì quantitativi, ma non rigidi⁴⁵².

In termini simili ci si è poi espressi sul "titolo illustrativo" di cui all'eccezione comunitaria⁴⁵³, concludendo che il confine fra l'illustrazione, da una parte, e la critica, e discussione, dall'altra, è molto spesso definito dalla materia stessa insegnata. L'espressione "finalità illustrativa per uso didattico"⁴⁵⁴ della legislazione comunitaria, è frutto, come si è visto nei precedenti capitoli del presente lavoro, di una lunga elaborazione in sede internazionale. Opportunamente interpretata, rivela una sufficiente flessibilità per assecondare i bisogni dell'insegnamento, senza mortificare le legittime esigenze dei titolari dei diritti, e senza che risultino perciò necessarie ulteriori specificazioni

⁴⁵² V. in part. *supra*, a p. 17 s.

⁴⁵³ *Supra*, p. 69 s.

⁴⁵⁴ Formulazione incontestabilmente più elegante dei "fini di insegnamento ... per finalità illustrative" della l.d.a. nazionale.

in merito alla natura dell'attività didattica⁴⁵⁵.

Il “trasferimento” della conoscenza dall'insegnante all'allievo necessita molto spesso di un confronto con passaggi, parti di opere che va necessariamente oltre la semplice illustrazione. Non più giustificato è l'utilizzo didattico di opere coperte dal diritto d'autore nel momento in cui manchi il collegamento con la materia insegnata, oppure si vada oltre quanto ragionevolmente necessario per spiegarla. Nel rispetto del testo unionista, quest'ultima precisazione significa, credo, che non dovrebbe più risultare coperto dall'eccezione l'utilizzo per intero di un'opera di dimensioni non piccole, quando invece sarebbe stato sufficiente, ai fini di un'efficace spiegazione, il richiamo di parti della stessa.

Ancora commentando il testo dell'eccezione didattica comunitaria, e le stesse considerazioni sono a mio avviso riproponibili con riguardo all'analisi del testo nazionale, è parso che la “finalità illustrativa” acquistasse un significato per certi versi più nitido proprio nell'ambito dell'insegnamento online. In quel contesto, infatti, senza le limitazioni “naturali” della lezione frontale, il rischio di un utilizzo di opere più esteso di quanto giustificato dallo scopo perseguito risulta maggiormente concreto.

Per quanto si è visto, pare ragionevole concludere che il requisito della finalità illustrativa impone un collegamento diretto con la materia insegnata e si traduce concretamente nella definizione di un limite quantitativo dell'utilizzo che tenga conto delle circostanze del caso concreto. Si è detto anche che è soprattutto nell'ambito della didattica online che tale requisito appare assumere un'importanza non trascurabile. Di conseguenza, la mancata indicazione della “finalità illustrativa” proprio con riguardo ad utilizzi “attraverso la rete Internet”

⁴⁵⁵ Di diverso avviso invece il legislatore francese, il quale, come si è visto, ha ritenuto opportuno specificare “à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative”, *supra*, p. 155.

sembrerebbe ancora più censurabile. Ad ogni modo, la scelta del legislatore nazionale di introdurre nella legislazione di diritto d'autore un uso didattico *ex art. 70, c. 1-bis* non limitato quantitativamente nel modo indicato risulterebbe difficilmente compatibile con il già più volte menzionato *three-step test*.

Una qualche forza non può tuttavia venire negata alla possibile, diversa argomentazione secondo la quale, mentre al primo comma dell'art. 70 l.d.a. si parla di “fini [*sic*] di insegnamento ... per finalità illustrative”, la menzione dell'uso didattico di cui al comma 1-*bis* dello stesso articolo andrebbe intesa come un agile richiamo alla nozione precedentemente proposta. Allo stesso modo, l'uso scientifico di cui al comma 1-*bis* richiamerebbe il fine di ricerca scientifica del comma 1. Una buona tecnica legislativa imporrebbe tuttavia una certa coerenza di utilizzo terminologico, se non a livello di intero sistema, almeno all'interno dello stesso articolo.

Va infine ricordato che l'utilizzo nell'ambito di un'attività in senso lato didattica (e di ricerca) di opere coperte da diritto d'autore a scopo di critica e di discussione delle stesse, e dunque non solo di illustrazione degli argomenti trattati a lezione, potrà eventualmente rientrare nella prima parte dell'art. 70, comma 1⁴⁵⁶. Per nulla rigido è infatti, come si è visto, il confine fra la finalità meramente illustrativa e lo scopo di critica e discussione⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Evidentemente, ciò dipenderà dall'interpretazione dell'eccezione a favore della citazione nell'ordinamento interno, verifica che va oltre i limitati obiettivi del presente lavoro. In una prima accezione, si potrebbe ritenere che la citazione debba necessariamente fare parte in una diversa opera coperta dal diritto d'autore. L'art. 70 legittimerebbe le citazioni solo nella misura in cui il “contenente” assurga alla dignità di opera ai sensi della legislazione di diritto d'autore. In un'accezione meno severa, si tratterebbe di pretendere che con la citazione si eserciti puramente una funzione autonoma e diversa da quella conoscitiva dell'opera, assolta dalla pubblicazione stessa.

⁴⁵⁷ *Supra*, p. 93 ss.

V.2.3. *Le utilizzazioni esentate*

Alla base del sistema dei diritti patrimoniali esclusivi dell'autore (i c.d. "diritti di utilizzazione economica") nell'ordinamento giuridico italiano si colloca l'art. 12, c. 2 l.d.a., in base al quale l'autore ha "il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti". Gli articoli cui fa riferimento la norma appena ricordata sanciscono un insieme non esaustivo ("in particolare") di diritti: riproduzione (art. 13), trascrizione (art. 14), esecuzione, rappresentazione e recitazione (art. 15), comunicazione al pubblico (art. 16), distribuzione (art. 17), traduzione (art. 18) e noleggio (art. 18-*bis*). Ai sensi dell'art. 19 l.d.a. i singoli diritti patrimoniali sono fra loro indipendenti, possono venire esercitati separatamente e trasferiti a soggetti distinti a condizioni diverse.

L'art. 70, comma 1 l.d.a. menziona espressamente, quali utilizzazioni esentate, se effettuate a fini di insegnamento, "(i) riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico". L'eccezione di cui all'art. 70 l.d.a. è dunque tale, contemporaneamente, sia del diritto di riproduzione *ex* art. 13 l.d.a., che del diritto di comunicazione al pubblico *ex* art. 16 l.d.a.⁴⁵⁸. Inoltre, la menzione del riassunto potrebbe contemplare una limitata eccezione al diritto esclusivo di rielaborazione dell'autore.

L'eccezione di cui all'art. 70 l.d.a. comma 1-*bis* copre invece, ricorrendo ad un'espressione poco tecnica, la "pubblicazione attraverso la rete Internet". Il legislatore si riferisce dunque, verosimilmente, alla "messa disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente",

⁴⁵⁸ Cfr. L. CHIMENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano, 2004, p. 272.

di cui all'art. 16 l.d.a. (trasmissione *on demand*). Non si menziona invece il diritto di riproduzione. Tuttavia, un richiamo implicito a tale diritto può venire letto nella menzione delle "immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate", la cui messa a disposizione del pubblico "per uso didattico o scientifico" implica, di regola, una modifica del formato (*format-shifting*) e dunque un atto di riproduzione.

Venendo a considerare nello specifico l'attività didattica online, si è già detto che, affinché il materiale richiamato a fine illustrativo nell'ambito di una lezione sia accessibile *on demand*, la copia caricata deve ovviamente essere in forma digitale. Il materiale digitale viene "caricato" (*uploading*) sul server dell'università, o di un altro istituto di istruzione che si richiami all'eccezione in questione, di modo che gli studenti possano successivamente "scaricarlo" (*downloading*). Una tale attività comporta, come ormai ben sappiamo, varie riproduzioni: sia (normalmente) sul disco rigido del computer del docente, sul server della scuola, università, ecc., nonché sul disco rigido dei computer che permettono l'accesso all'opera da parte degli studenti.

Con riguardo al diritto di riproduzione, il legislatore italiano non specifica la realizzazione di quali copie sia consentita a fini di insegnamento. Di conseguenza, sembra corretto concludere che sono esentate riproduzioni su qualsiasi supporto, cioè sia analogiche che digitali. Non vi sono neppure limitazioni relative alla comunicazione al pubblico, che comprende dunque anche la comunicazione interattiva *on demand*. Nell'ambito di una lezione frontale tradizionale, caratterizzata dalla presenza contemporanea dell'insegnante e gli allievi nello stesso luogo fisico, le attività rilevanti ai fini del diritto d'autore sono invece in primo luogo l'esecuzione, la rappresentazione e la recitazione, si pensi ad es. alla visione di un'opera cinematografica o alla recitazione di una poesia. Si consideri anche che ai sensi dell'art. 15 l.d.a. non si ritenga pubblica tale esecuzione, rappresentazione o esecuzione se avviene "entro la cerchia ordinaria

della famiglia, del convitto, della scuola o dell'istituto di ricovero, purché non effettuata a scopo di lucro”.

Emergono comunque, in particolare con riguardo alla portata dell'esenzione accordata, svariate domande, cui un'eccezione espressamente dedicata alla didattica online dovrebbe trovare delle esplicite e, nella migliore delle ipotesi, convincenti risposte.

Da chiarire in primo luogo è se lo studente cui l'attività didattica è rivolta possa legittimamente realizzare copie delle “lezioni online” sul proprio computer sul disco duro del computer, su altro supporto digitale (es., un USB pen drive o lettore di file audio/video), oppure cartaceo (stampa) per la consultazione off-line dell'opera fissa. A favore di tali riproduzioni non può ovviamente valere l'eccezione per copie temporanee *ex art. 68-bis* l.d.a. Si tratta dunque di capire se una tale riproduzione permanente rientri nel disposto dell'art. 70 l.d.a. L'ampio tenore della disposizione, come si è visto, copre chiaramente *tutti* gli atti di riproduzione. Di conseguenza, non vi sono ragioni apparenti per non ricomprendere le copie permanenti, realizzate dagli studenti, del materiale utilizzato dal docente a “fine illustrativo per fine didattico”⁴⁵⁹.

D'altra parte, credo utile porsi la questione se tali riproduzioni permanenti realizzate dagli studenti per la consultazione *off-line* della lezione, possano eventualmente rientrare (anche) nell'eccezione delle riproduzioni per uso privato. L'art. 71-*sexies* dispone al primo comma che è consentita

“la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o

⁴⁵⁹ Così anche R. XALABARDER, *op. cit.*, p. 139, con riguardo all'ampia lettera della disposizione comunitaria.

indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater”.

L'eccezione in questione prevede dunque l'esonero delle riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso esclusivamente personale, senza scopo di lucro e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali, a condizione che ai titolari dei diritti vada l'equo compenso disciplinato agli artt. 71-*septies* e 71-*octies*. Sono dunque chiaramente coperte le riproduzioni digitali, senza limitazioni in ordine alla natura ed all'ampiezza delle opere riproducibili.

L'identificazione dell'uso “esclusivamente personale”, nel senso di “privato”, distinto da quello solo “personale” (art. 68 l.d.a.) o collettivo non è sempre agevole. Con riguardo al tema che qui interessa, va preliminarmente osservato che, nell'ambito della lezione frontale tradizionale, la riproduzione effettuata dal docente per essere distribuita agli allievi può difficilmente considerarsi privata. Si tratta infatti di copie che vengono distribuite a soggetti (gli allievi) che si trovano al di fuori della sfera strettamente personale del docente. L'utilizzo non è più per uso “esclusivamente personale” (del docente che ha realizzato le copie ed, eventualmente, dei membri della sua sfera personale di relazioni), ma collettivo.

Nel caso dello scaricamento della lezione online da parte dello studente e della realizzazione di copie fisse, la fattispecie potrebbe invece apparire sotto una luce diversa. Non è infatti la docente a realizzare le copie ed a distribuirle ai suoi allievi, ma sono gli allievi stessi a realizzarle attraverso il *download* di una copia permanente sul loro computer oppure su altro supporto. Alla base di ognuna delle riproduzioni singolarmente realizzate potrebbe dunque venire identificato un uso privato del singolo studente. Diversa, e sicuramente non più coperta dall'esonero, è invece la realizzazione da parte dello

studente di copie ulteriori e la loro distribuzione ad altri, al di fuori della sua cerchia strettamente personale⁴⁶⁰.

Altra questione riguarda l'eventuale digitalizzazione di opere in formato analogico, per permetterne il caricamento sul server dell'università. La realizzazione di una copia digitale partendo dal formato analogico è, come si è già avuto occasione di dire, un atto di riproduzione. La Direttiva, si è visto sopra, non si esprime circa la possibilità di ricomprendere tale specifica riproduzione nell'esenzione di cui all'art. 5, par. 3, lett. a, ed altrettanto silente è il legislatore nazionale.

Molto più preciso sul punto è il già menzionato *TEACH Act*, che espressamente esclude la digitalizzazione, salvo in particolare nell'ipotesi in cui non sia disponibile alcuna versione digitale del materiale che si vuole utilizzare a scopo didattico. In quelle circoscritte ipotesi, è possibile una digitalizzazione della parte del lavoro che sarà utilizzata ad uso didattico e nell'osservanza delle altre condizioni poste alla Sec. 110 (2)⁴⁶¹.

Tornando alla situazione italiana, se l'ampia lettera dell'art. 70 l.d.a. sembrerebbe coprire tali riproduzioni, la necessità, per ogni eccezione o limitazione per la didattica prevista in una legislazione nazionale, di superare il test in tre fasi potrebbe suggerire qui una limitazione in termini simili a quelli identificati nel *TEACH Act*, tali da

⁴⁶⁰ Una questione collegata attiene alla necessità che la copia scaricata sia stata o meno messa legittimamente a disposizione. In un'ipotesi di non applicazione dell'art. 70 ad una specifica attività di didattica online per una delle svariate ragioni immaginabili, l'interrogativo potrebbe risultare cruciale per lo studente che avesse scaricato il relativo file. Come ben noto, questa è una delle questioni al centro del dibattito in materia di *peer-to-peer*. Il legislatore tedesco ha così specificato, all'art. 53, par. 1 UrhG il requisito della necessità che la fonte "non sia illegale in modo ovvio", ed una soluzione equivalente la si ritrova da poco nel diritto spagnolo, all'art. 31, par. 2 *Ley de la Propiedad Intelectual*.

⁴⁶¹ In particolare, che non si tratta di costituire una *e-reserve*.

controbilanciare gli interessi dell'autore con le esigenze della didattica.

Neppure la portata del diritto di comunicazione al pubblico appare del tutto chiara, e tale margine di incertezza si riflette evidentemente sull'applicazione dall'art. 70 alla didattica online. Si pensi ad esempio ad un docente il quale invii personalmente ai partecipanti al suo corso, dunque tramite posta elettronica od altro trasferimento c.d. *point-to-point*, del materiale a fine di illustrazione didattica. In questo caso, l'opera viene ugualmente riprodotta nella memoria RAM del server ma difficilmente si tratterà di comunicazione al *pubblico* ai sensi dell'art. 3 della Dir. SocInfo. In realtà, la distinzione fra comunicazione al pubblico, oppure ad una cerchia ampia ma determinata di persone, od ancora una trasmissione fra persone chiaramente identificate e legate da rapporti personali (e privati?), pur centrale alla nozione di "comunicazione al pubblico", ha dei contorni piuttosto vaghi, in particolare quando la trasmissione avvenga ricorrendo a dei procedimenti "misti", quali, ad esempio, tramite caricamento di una determinata opera su un server-ftp e comunicazione della parola chiave in un messaggio di posta elettronica destinato all'utente, il quale solo potrà scaricarlo⁴⁶², oppure un invio di email in serie ma che contengono degli elementi "personalizzanti". La Direttiva SocInfo non chiarisce il concetto di "pubblico", demandando ai legislatori ed alle Corti nazionali il compito di stabilire dei confini fra "comunicazione pubblica" e "comunicazione privata"⁴⁶³.

In ogni caso, il concetto di pubblico va interpretato in modo conforme alla Direttive, nell'osservanza della giurisprudenza della Corte di giustizia CE in merito ad un efficace recepimento della Direttiva (*effet utile*). La questione incide fra l'altro sulla qualificazione

⁴⁶² Tranne, ovviamente, che l'utente non comunichi poi la parola chiave ad altri, sempre che lo scaricamento dal server-ftp non comporti la pressoché totale rimozione dell'opera stessa dal server.

⁴⁶³ Così anche J. REINBOTHE, *op. cit.*, p. 736.

dei sistemi *Intranet*, che siano di un'impresa o di un'università. Il caricamento di un'opera sul server dell'università perché questa sia visionabile solo da chi ha il diritto di accedere alla rete interna, dà luogo ad una comunicazione al pubblico? La questione è forse poco rilevante ai nostri immediati fini perché la comunicazione al pubblico, in ogni caso, rientra nell'eccezione prevista dal legislatore nazionale. Esentata è dunque anche qualsiasi forma di comunicazione che sia "pubblica" anche, ad esempio, messaggi di posta elettronica inviati al di fuori della propria cerchia personale. La questione tornerebbe ad essere rilevante per quelle legislazioni nazionali che dovessero limitare l'eccezione didattica al solo diritto di riproduzione.

Si ricorda infine che l'utilizzazione è esentata "nei limiti giustificati" dal fine di insegnamento perseguito. Solo la didattica online strutturata in modo che essa risulti fruibile esclusivamente dalla cerchia determinata di persone cui è diretta sembrerebbe dunque in grado di rientrare nell'esenzione.

V.2.4. I soggetti beneficiari

Il legislatore italiano non identifica con precisione quali soggetti possano richiamarsi all'eccezione *ex art. 70 l.d.a.* a giustificazione di utilizzazione di opere in violazione ai diritti esclusivi dei titolari. Va inoltre notato che il legislatore neppure esplicita la nozione di insegnamento ai sensi dell'art. 70 l.d.a. In altre due norme della legge nazionale sul diritto d'autore si trovano riferimenti all'attività di insegnamento e ricerca (art. 17; art. 64-*sexies*), o solo all'insegnamento (art. 73, comma 3). In assenza di indicazione diversa da parte del legislatore, la norma va dunque intesa nel senso di coprire l'insegnamento a tutti i livelli, dalla scuola materna alla formazione post-dottorato, ad inclusione quindi di conservatori musicali, istituti di

formazione professionale, ecc.⁴⁶⁴. Non sarebbero invece ricompresi i corsi di formazione per adulti impartiti nel contesto dell'ambiente lavorativo ed in generale le varie attività di c.d. *edutainment*⁴⁶⁵.

Il primo comma dell'art. 70 dispone che "(I)l riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico" effettuati a "fini di insegnamento" non devono costituire concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera e devono avvenire per fini non commerciali. Il secondo comma, relativo alla "pubblicazione attraverso la rete internet di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico" specifica che tale utilizzazione deve avvenire a titolo gratuito e senza scopo di lucro.

Se la condizione del perseguimento dello "scopo non commerciale" è comune all'eccezione didattica comunitaria, l'assenza di "concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera" richiama piuttosto la seconda fase del *three-step test*. Invece, con riguardo alle "immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate", il legislatore pretende la gratuità e l'assenza dello scopo di lucro.

Sull'assenza di scopo commerciale dell'attività didattica si è detto con riguardo all'interpretazione dell'art. 5, par. 3, lett. a Dir. SocInfo, cui si rimanda⁴⁶⁶. Bisogna ora chiedersi quando si può ritenere che l'utilizzo dell'opera per finalità didattiche risulti in concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera. La prossimità con la seconda fase del *three-step test* è data dall'ampia convergenza semantica fra "normale sfruttamento dell'opera" e "conflitto" da una parte e "utilizzazione economica dell'opera" e "concorrenza" dall'altra.

⁴⁶⁴ In modo simile si interpreta la nozione di insegnamento a sensi dell'art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna, *supra*, a p. 16, al quale si richiama l'art. 5, par. 3, lett. a della Direttiva SocInfo, *supra*, a p. 55.

⁴⁶⁵ Riferimento va fatto ancora all'interpretazione dell'art. 10, par. 2 della Convenzione di Berna, in relazione alla quale *supra*, a p. 16, La legislazione spagnola, si è visto, fa opportunamente riferimento alla "educación reglada", *supra*, p. 175.

⁴⁶⁶ *Supra*, p. 61 ss.

Vanno però notate alcune sfumature nelle scelte terminologiche fatte dal legislatore nazionale rispetto al tenore del *test* nei trattati internazionali così come ripreso dal legislatore comunitario. In primo luogo, per conflitto si intende un'opposizione diretta fra elementi incompatibili fra loro. La connotazione della concorrenza sembrerebbe indicare un rapporto sì di confronto, ma meno forte di una vera e propria incompatibilità.

D'altra parte, il conflitto di cui al secondo gradino del *three-step test* è con il *normale* sfruttamento dell'opera, e tale puntualizzazione è stata intesa nel senso che vi sarebbe un'ampia area di sfruttamento economico dell'opera riservata al titolare del diritto, ma che a quest'ultimo non spettino tutte le prerogative di utilizzazione economica. Un pregiudizio agli interessi economici dell'autore non osta dunque al superamento del secondo gradino nel momento in cui il titolare non sia privato della "normale" possibilità di sfruttamento dell'opera. L'identificazione del perimetro della normalità risulta tuttavia compito poco agevole, come abbiamo avuto modo di rilevare.

Non specificando che si debba trattare di concorrenza o conflitto con la "normale" utilizzazione economica dell'opera, il legislatore italiano sembra invece avere potenzialmente ristretto l'area di operatività dell'eccezione *ex art. 70*, comma 1 l.d.a. oltre a quanto richiesto dall'applicazione del *three-step test*. Considerando tuttavia che l'utilizzazione dell'opera di regola è potenzialmente in grado di produrre un vantaggio economico, un'interpretazione letterale di questa parte dell'*art. 70*, comma 1 l.d.a. porterebbe ad una sostanziale disapplicazione della disposizione, in violazione anche, per quanto riguarda l'eccezione a favore della citazione, dell'obbligazione internazionale di prevederla nella legislazione nazionale con riguardo alle opere straniere tutelate ai sensi della Convenzione di Berna. Sembra dunque preferibile leggere nell'espressione utilizzata dal legislatore italiano un pur impreciso richiamo al criterio centrale del

three-step test, ed al patrimonio di interpretazioni ad esso collegato.

La gratuità e l'assenza dello scopo di lucro devono invece caratterizzare la “pubblicazione attraverso la rete internet ... di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico”. L'interpretazione di questa parte dell'art. 70 l.d.a. è resa poco agevole dalla mancata predisposizione del decreto ministeriale che avrebbe dovuto definire i limiti all'uso didattico consentito dalla norma. Poiché l'attività didattica online realizzata da università ed altri istituti di istruzione normalmente comporta un corrispettivo, gli ambiti di applicazione del comma 1-*bis* alla fattispecie che qui interessa sarebbero comunque limitati.

V.2.5. *Le opere utilizzabili*

L'art. 70, comma 1 l.d.a. specifica che utilizzazioni consentite a fini di insegnamento sono il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico. Mentre il significato da attribuire al termine “riassunto” è abbastanza chiaro, implicando anche una parziale rielaborazione dell'opera, risulta necessario soffermarsi brevemente sulla “citazione” rispetto alla “riproduzione di brani di parti di opera”.

Interessante ricordare che ai tempi della Conferenza del 1885, che avrebbe portato all'elaborazione dell'art. 8 della Convenzione di Berna sugli estratti da opere letterarie od artistiche per pubblicazioni destinate all'insegnamento, si era convenuto che la norma in preparazione avrebbe dovuto coprire anche le citazioni, e che solo dal tempo della Conferenza di Bruxelles del 1967, è prevista un'eccezione per citazioni da qualsiasi tipo di opera. Se la citazione molto spesso implica la riproduzione dell'opera, essa può però realizzarsi anche attraverso modalità non materiali, quali ad esempio la recitazione pubblica. Di conseguenza, la citazione può avvenire tramite la ripresa,

nel senso di riproduzione, di opere, ma non si esaurisce in essa.

A differenza del testo comunitario, che menziona la critica e la rassegna come semplici esemplificazioni delle finalità cui può essere mossa la citazione, in conformità peraltro allo spirito della Convenzione di Berna che aveva consapevolmente rinunciato ad una tassativa elencazione degli scopi di tale utilizzo, il legislatore nazionale menziona espressamente “l’uso di critica e discussione” e “uso didattico o scientifico”.

Per quanto attiene all’attività didattica online, coinvolti, come sappiamo, sono essenzialmente il diritto di riproduzione e il diritto di comunicazione al pubblico. In relazione ad essi, il legislatore circoscrive la ripresa consentita di opere tutelate a brani o parti. Tale limitazione non è propria della legislazione comunitaria ma corrisponde a scelte operate da altri legislatori nazionali, come abbiamo visto. In particolare si è detto che l’art. 52a della legge tedesca sul diritto d’autore limita l’utilizzo a “piccole parti di un’opera pubblicata, opere di ampiezza limitata, nonché singoli contributi da giornali o riviste”, mentre legislatore statunitense parla di “porzioni ragionevoli e limitate”.

Il termine “brani” viene spesso utilizzato, anche dal nostro legislatore⁴⁶⁷, riferendosi a parti di opere musicali. Il termine “parte” non è altrimenti qualificato, a differenza di quanto fatto ad esempio dal legislatore tedesco, che menziona “piccole parti” dell’opera. È dunque esclusa dall’esenzione la riproduzione e la comunicazione al pubblico di un’opera nella sua interezza⁴⁶⁸, ma si può trattare di parti anche sostanziali.

Il legislatore nazionale non esclude invece determinate categorie di opere dall’applicazione dell’eccezione per finalità didatti-

⁴⁶⁷ Ma non in modo coerente: cfr. l’art. 71 l.d.a. che parla di «brani musicali», con l’art. 67 e 68, comma 1 l.d.a., che menzionano invece «opere o brani di opere».

⁴⁶⁸ Così S. ERCOLANI, *op. cit.*, p. 292.

ca. Tale limitazione sarebbe invece apparsa opportuna, specialmente con riguardo alle opere essenzialmente didattiche, in relazione alle quali il superamento del *three-step test* appare comunque improbabile, come vedremo a breve.

V.3. Eccezione didattica e superamento del *three-step test*

V.3.1. Il *three-step test* e la legge italiana

Si è visto sopra che l'art. 70, comma 1 l.d.a. contiene un rinvio implicito al secondo gradino del *three-step test*. Lo stesso può dirsi dell'art. 68, comma 6, in materia di riproduzioni per uso personale e dell'art. 71-*sexies*, comma 4.

La sezione III del capo V della legge sul diritto d'autore dedicato alle "Disposizioni comuni" a tutte le eccezioni e limitazioni, apre con l'art. 71-*nonies*, il quale dispone che

“(L)e eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari”.

Si tratta perciò di un test esplicitamente a *due* fasi che si applica al solo diritto di comunicazione al pubblico *on demand*. Per quello attiene alla didattica online, il test non si applica dunque al diritto di riproduzione. Abbiamo però visto precedentemente che al diritto di riproduzione sarà comunque applicabile il secondo gradino del *three-*

step test.

La scelta di prevedere nell'ordinamento un test non a tre ma a due fasi è comune ad altri ordinamenti, si è già menzionato l'art. L. 122-5 della legge francese. La vera particolarità della soluzione italiana consiste piuttosto nella circostanza che il test si applichi solo con riguardo alle eccezioni e limitazioni del diritto di comunicazione *on demand*, quasi a volere creare un anello di sicurezza nei confronti di un diritto ritenuto sempre più rilevante in termini economici⁴⁶⁹.

Ciò significa che i giudici italiani, con riguardo alle sole eccezioni e limitazioni del diritto di comunicazione al pubblico *on demand*, saranno direttamente chiamati ad applicare il test a due fasi *ex art. 71-nonies* l.d.a. La questione della compatibilità con il *three-step test* *ex art. 5, par. 5* della Dir. SocInfo si pone comunque con riguardo all'art. 70 l.d.a. nel suo complesso. Spetta infatti al legislatore nazionale fare in modo che le eccezioni previste nella legislazione nazionale lo superino, per non incorrere fra l'altro nella violazione dell'obbligo di corretto recepimento della normativa comunitaria, sanzionato dalla Corte di giustizia⁴⁷⁰.

Nella parte che segue ci occuperemo dunque di verificare se l'art. 70 l.d.a., nella misura in cui si applica alla fattispecie della didattica online, superi il test in tre fasi *ex art. 5, par. 5* della Dir. SocInfo.

⁴⁶⁹ Si ricordi che il test così come concepito all'interno della Convenzione di Berna si applicava invece al solo diritto di riproduzione, ma aveva una funzione assimilabile al *fair-use* statunitense.

⁴⁷⁰ Di avviso diverso è M. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, in *AIDA*, 2007, p. 199. Sulla discussione in merito alla necessità di assoggettare le esenzioni *ex art. 5* Dir. SocInfo al *three-step test* v. *supra*, p. 101 ss.

V.3.2. *Primo gradino: casi certi e speciali*

Il test *ex art. 71-nonies* l.d.a., si è visto, è monco del primo gradino. Di conseguenza, la preoccupazione che l'art. 70 l.d.a. così come applicabile alla didattica online costituisca un "caso certo e speciale" è rilevante solo in relazione alla compatibilità con l'art. 5, par. 5 Dir. SocInfo, che a sua volta, come sappiamo, esprime obbligazioni internazionali degli Stati membri della CE.

Sull'interpretazione degli aggettivi "certi" e "speciali" ci siamo lungamente soffermati quando abbiamo analizzato l'art. 5, par. 5 della Dir. SocInfo⁴⁷¹. In quell'occasione abbiamo anche applicato il *three-step test* ad un'ipotetica eccezione nazionale dal tenore identico all'art. 5, par. 3, lett. a.

Volgendo ora la nostra attenzione all'art. 70 l.d.a. per quanto applicabile alla didattica online, sulla soddisfazione del requisito della specialità in senso qualitativo, abbiamo già rilevato in merito alla nostra ipotetica eccezione, non dovrebbero sussistere dubbi⁴⁷². Lo stesso può evidentemente affermarsi con riguardo all'art. 70 l.d.a.

In senso quantitativo, perplessità in merito alla specialità dell'eccezione così come applicabile alla didattica online potrebbero invece sorgere, come abbiamo visto, in particolare con riguardo alla mancata esclusione dei manuali scolastici dal campo di applicazione dell'eccezione⁴⁷³.

Per quanto attiene al requisito della certezza del caso, nel senso di fattispecie chiaramente definita, la cui portata sia nota e specifica, si rammenti che l'art. 70, comma 1, così come applicato alla didattica online, prevede un'eccezione sia del diritto di riproduzione che di comunicazione al pubblico. Gli utilizzi effettuati a scopo di

⁴⁷¹ *Supra*, p. 123 ss.

⁴⁷² *Supra*, p. 120 s.

⁴⁷³ *Supra*, p. 124 s.

insegnamento devono avvenire “per finalità illustrative e per fini non commerciali”. Inoltre, tali utilizzi non devono costituire concorrenza all’utilizzazione economica dell’opera.

Abbiamo precedentemente visto che gli scopi di insegnamento erano presenti nella legislazione italiana di diritto d’autore anteriormente alla modifica legislativa del 2003, necessaria al fine del recepimento della Direttiva SocInfo, e non vi sono particolari ragioni per dubitare della sua sufficiente concretezza applicativa.

I diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico, pur ampiamente definiti, sono comunque individuati con relativa chiarezza a seguito dell’armonizzazione avvenuta a livello comunitario. Lo stesso può dirsi delle opere utilizzabili, così come individuate al primo comma, della misura dell’utilizzo permesso, nonché dei soggetti che vi si possono richiamare. Si ricordi poi che la certezza di cui al primo gradino del *three-step test* non va intesa nel senso di automatismo, ma “tollera” un margine di flessibilità e discussione nella sua applicazione, anche per adattarsi alle circostanze del caso concreto.

Qualche perplessità in più può sorgere con riguardo al secondo comma dell’art. 70. La questione è forse meno rilevante ai nostri immediati fini, vista la scarsa applicazione che tale disposizione può comunque trovare nei confronti della didattica online realizzata da istituzioni tradizionali di insegnamento, quali ad esempio le università. La categoria delle opere nei confronti delle quali può operare l’eccezione, cioè le “immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate”, è tutt’altro che identificata in modo chiaro. Lo stesso può dirsi dei diritti implicati, che vanno probabilmente oltre il diritto di riproduzione.

V.3.3. Secondo gradino: assenza di conflitto con il normale sfruttamento dell'opera

Difficoltà maggiori pone all'interprete la lettura del secondo gradino, come abbiamo visto nella parte di commento alla Dir. SocInfo⁴⁷⁴. Soprattutto il concetto di "normalità" si rivela di comprensione tutt'altro che agevole. Benché i risultati prodotti dai coraggiosi tentativi teorici di isolare le fonti di reddito che vanno in ogni caso garantite ai titolari, e non compensabili sulla base del terzo gradino, non risultino del tutto convincenti, ne vengono difficilmente in mente di migliori. Probabilmente, ma è un commento poco confortante, l'ambiguità al cuore del *three-step test* non è del tutto estranea al successo che a quest'ultimo è stato tributato nell'ambito del sistema della proprietà intellettuale.

La lettura più adatta, come si è detto, è comunque quella che riserva all'autore le fonti potenziali di introiti tipiche e sicure, sulle quali il titolare del diritto possa fare affidamento⁴⁷⁵. Riprendendo delle valutazioni precedentemente proposte, si può concludere che solo per determinate categorie di opere espressamente concepite a fini didattici, l'utilizzazione *ex art. 70*, comma 1 costituirebbe una fonte di introiti tipica e sulla quale l'autore fa affidamento, in relazione alle quali si porrebbe un problema di sbarramento *ex three-step test*.

⁴⁷⁴ *Supra*, p. 123 ss. Si ricorda che l'analisi proposta nel testo potrebbe avere una doppia rilevanza: sia al fine di verificare il corretto recepimento della Dir. SocInfo da parte del legislatore nazionale che nel contesto dell'applicazione del test a due fasi *ex art. 71-nonies* l.d.a. da parte del giudice nazionale.

⁴⁷⁵ *Supra*, p. 131 ss.

V.3.4. Terzo gradino: assenza di pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dei titolari

L'analisi del terzo gradino svolta precedentemente ha fatto emergere due distinti profili di ingiustificabilità. Da una parte, non dovrebbero esistere delle modalità di utilizzazione dell'opera potenzialmente meno penalizzanti i legittimi interessi dei titolari, e che permettono comunque di realizzare la finalità cui l'esenzione è volta, qui quella di insegnamento. Sotto questo profilo, e con riguardo specificatamente alla didattica online, dovrebbe risultare necessaria la predisposizione di tutta una serie di misure, più che altro tecnologiche, per limitare le possibilità accesso e fruizione alle opere riprodotte e comunicate. In particolare, parole chiave ed altri strumenti di controllo dovrebbero permettere l'accesso ai soli studenti cui quella specifica formazione è diretta e solo per il tempo della stessa. Inoltre, misure tecnologiche di protezione dovrebbero impedire una successiva distribuzione non autorizzata⁴⁷⁶, nonché eventualmente circoscriverne le concrete possibilità di utilizzazione (es., *read only*).

D'altra parte, la previsione di un equo compenso potrebbe risultare necessaria per fare rientrare il pregiudizio, anche sostanziale, subito dai titolari dei diritti in una sfera di tollerabilità⁴⁷⁷. Tale è la scelta, si è visto, operata dal legislatore tedesco. Non così invece il

⁴⁷⁶ Un obbligo di questo si trova alla Sec. 110 (2) (D) (ii) del *Copyright Act* statunitense, così come modificato dal *TEACH Act*.

⁴⁷⁷ Alla stessa conclusione rispetto all'eccezione comunitaria giunge M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 277. Ritiene che perplessità in merito al superamento del terzo step possano toccare varie eccezioni previste nell'ordinamento interno A. TATAFIORE, *Le utilizzazioni libere nella nuova disciplina del diritto d'autore*, 2007, Teramo, p. 35. Con riguardo all'eccezione *ex art. 70 l.d.a* si potrebbe forse affermare la necessità dell'equo compenso anche per via giudiziale, per analogia con l'obbligo di equo compenso già previsto per le fotocopie.

legislatore statunitense, pur soggetto all'applicazione del *three-step test* ex TRIPs e Trattati OMPI.

V.4. Rapporto fra tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione ed eccezioni nell'ordinamento italiano: conseguenze per la didattica online

Quando il materiale utilizzato dal docente a lezione si presenta in forma digitale, si pongono degli interrogativi ulteriori rispetto a quelli inerenti all'applicabilità di un'eventuale eccezione a favore della didattica online, che richiederebbero tutte approfondite riflessioni, non più sviluppabili nell'ambito del presente lavoro⁴⁷⁸. Esemplificando, mettiamo che il docente, finalmente risolti i vari quesiti interpretativi ai quali finora ci siamo dedicati, possa legittimamente richiamarsi ad un'eccezione per utilizzare opere coperte dal diritto d'autore a fini didattici. Un altro ostacolo può a questo punto impedirne l'utilizzo. Ci si riferisce alla tutt'altro che remota eventualità che l'autore abbia fatto ricorso a delle misure tecnologiche a protezione dell'opera.

Le opere utili anche a fini didattici, e dunque non solo di intrattenimento o divulgazione, sono infatti sempre più spesso in forma digitale, e l'apposizione di misure tecnologiche di protezione è ormai prassi comune. A causa della presenza di misure tecnologiche di protezione, il docente potrebbe venire ostacolato nell'esercizio delle

⁴⁷⁸ Per i necessari approfondimenti si segnalano in part. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, Bruxelles, 2005; S. BECHTOLD, *Vom Urheber- zum Informationsrecht - Implikationen des Digital Rights Management*, Monaco di Baviera, 2002; R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004 (ristampa digitale Trento 2006, scaricabile da http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/DRM/Roberto.Caso_DRM.pdf).

prerogative a fini didattici concesse dalla legislazione sul diritto d'autore⁴⁷⁹. In termini generali, i sistemi tecnici di protezione possono prima di tutto controllare l'accesso (es., fruibilità di contenuto coperto da parola chiave, assoggettato a licenza) all'opera e sono particolarmente importanti nel contesto della fruibilità online delle opere; in secondo luogo, i sistemi tecnici possono controllare le modalità di utilizzo⁴⁸⁰ delle opere (ad es., limitano le possibilità di riproduzione). Nella prassi, tuttavia, lo stesso sistema molto spesso adempie ad entrambe le funzioni.

Si pensi concretamente all'acquisto da parte della biblioteca di un'università di materiale su dvd, dal quale il docente vuole estrapolare dei brani da utilizzare a scopi didattici. Mostrare delle *clip* di quel dvd nel corso di una lezione può necessitare l'aggiramento di una misura tecnica di protezione, eventualmente vietata dalla legislazione applicabile alla fattispecie. Di conseguenza, nonostante la presenza di un'eccezione didattica, l'opera potrebbe non risultare utilizzabile dal docente nel modo desiderato, né nell'ambito della tradizionale lezione frontale, né della lezione *on demand*.

L'apposizione di misure tecnologiche per la protezione di opere coperte da diritto d'autore è ormai da considerarsi risalente, e all'origine motivata con la manifestata necessità da parte degli autori di predisporre degli strumenti di autotutela contro le ampie possibilità di contraffazione nell'era digitale, che davano luogo ad un fenomeno

⁴⁷⁹ Ridimensiona l'impatto negativo delle misure tecnologiche di protezione P. AUTERI, *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in M. L. MONTAGNANI, M. BORGHI (a cura di), *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano, 2006, p. 48 s., proponendo delle argomentazioni che mi paiono tuttavia solo parzialmente applicabili alla fattispecie oggetto del presente studio.

⁴⁸⁰ Regole di utilizzo vengono "attaccate" al contenuto in modo permanente come parte del metadata che definisce il contenuto o incorporando le regole di utilizzo nel pacchetto criptato nel quale risiede il contenuto.

considerato non più contenibile attraverso i normali mezzi di protezione previsti dal legislatore. Relativamente più recente è l'ampia tutela che l'ordinamento ha previsto di tali misure, questa a sua volta ricollegabile alla constatazione che le misure tecnologiche di protezione sono facilmente aggirabili. Si è ritenuto di dovere rimediare alla scarsa efficacia dell'autotutela dal punto di vista tecnologico attraverso la previsione di un rafforzamento per legge della stessa, innescando però, come vedremo, una serie di poco soddisfacenti conseguenze, dal punto di vista sia tecnologico che giuridico.

L'ampia diffusione dell'idea di introdurre una tutela specifica a favore delle misure tecnologiche di protezione può essere agevolmente fatta risalire al 1995, anno di pubblicazione del Libro Bianco su *"Intellectual Property and the National Information Infrastructure"*⁴⁸¹ da parte del governo statunitense, pur considerando che alcune legislazioni già prevedevano disposizioni che stabilivano l'illegittimità di meccanismi di aggiramento di sistemi anticopia per opere in forma elettronica⁴⁸². Se la proposta di introdurre una tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione non ebbe immediato successo negli Stati Uniti, trovò invece accoglimento a livello internazionale nei già più volte menzionati Trattati OMPI.

L'art. 11 del WCT dispone in particolare che le Parti contraenti prevedano

⁴⁸¹ Scaricabile da <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>, in part. p. 230 ss. V. antecedentemente, con riguardo ai programmi per elaboratore, l'art. 7, par. 1, lett. c della Direttiva Dir. 91/250.

⁴⁸² Un esempio ne è § 296 del britannico "Copyright, Designs and Patents Act", introdotto nel 1988 e modificato nel 2003, identificato come precursore dell'art. 7, par. 1, lett. c della Dir. 91/250/CEE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, che impegna i legislatori nazionali a prendere "appropriate misure" nei confronti di chi compie atti di messa in circolazione, o di detenzione a scopo commerciale, "di qualsiasi mezzo unicamente inteso a facilitare la rimozione non autorizzata o l'elusione di dispositivi tecnici eventualmente applicati a protezione di un programma".

“un’adeguata tutela giuridica e preconstituiscono mezzi di ricorso efficaci contro l’elusione delle misure tecnologiche utilizzate dagli autori nell’esercizio dei diritti contemplati dal presente trattato o dalla Convenzione di Berna, allo scopo di impedire che vengano commessi, nei confronti delle loro opere, atti non autorizzati dagli autori stessi o vietati per legge”⁴⁸³.

Non vengono dunque espressamente indicate le modalità per raggiungere l’obiettivo di fornire una tutela efficace e adeguata delle misure tecnologiche. Fra le possibilità di implementazione più plausibili vi è l’adozione di un divieto degli atti di aggiramento, di un divieto di atti preparatori dell’aggiramento, oppure una soluzione che contenga elementi di entrambi i divieti. Come sappiamo, gli Stati membri della CE hanno adempiuto agli obblighi derivanti dai Trattati OMPI attraverso l’emanazione della Dir. SocInfo. Tema estremamente dibattuto nell’ambito delle consultazioni che hanno preceduto l’emanazione della Direttiva è stato dunque quello della tutela giuridica da accordare alle misure tecnologiche di protezione.

Il risultato è l’art. 6 Dir. SocInfo, dalla comprensione tutt’altro che agevole, anche per essere il risultato di una stratificazione di compromessi, intervenuti in momenti diversi della sua travagliata gestazione. In primo luogo, solo le “efficaci misure tecnologiche” sono tutelate. Che cosa il legislatore intenda per efficacia con riguardo alla misure tecnologiche dovrebbe venire dedotto dal paragrafo terzo della

⁴⁸³ Credo interessante riportare il testo del Art. 13 Abs.1 *Basic Proposal*, cit., per le negoziazioni nell’ambito della Conferenza Diplomatica: “Contracting Parties shall make unlawful the importation, manufacture or distribution of protection-defeating devices, or the offer or performance of any service having the same effect, by any person knowing or having reasonable grounds to know that the device or service will be used for, or in the course of, the exercise of rights provided under this Treaty that is not authorized by the rightholder or the law”. Da notare infatti che, rispetto al testo dell’art. 11 WCT, riferimento è fatto ai *mezzi* e non alle attività di elusione.

disposizione. Da esso emerge che vengono escluse dalla tutela quelle misure tecnologiche di protezione del tutto inadatte ad adempiere alla propria funzione, dunque "l'obiettivo di protezione". Protette risultano invece quelle misure che, pur finendo per venire aggirate, riescono comunque ad esercitare un qualche controllo in merito all'utilizzo dell'opera.

In secondo luogo, per misure tecnologiche si intendono

"tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti ... non autorizzati dal titolare del diritto d'autore".

Non è tuttavia chiaro se i dispositivi, ecc. di cui parla l'art. 6 siano solo quelli effettivamente destinati a tale protezione, e dunque rispetto ai quali vi sia una chiara relazione con la prevenzione degli atti proibiti sulla base del diritto d'autore.

Terzo, un'efficace misura tecnologica ai sensi della Direttiva controlla l'uso dell'opera

"tramite l'applicazione di un controllo di accesso o di un procedimento di protezione".

La questione qui dibattuta è se appaia legittimo, anche dal punto di vista del rispetto delle obbligazioni internazionali, attribuire protezione giuridica a dispositivi che controllano l'accesso stesso all'opera, non solo l'utilizzo (copia), garantendo in questo modo al titolare una prerogativa non fundamentalmente dissimile da un vero e proprio « diritto d'accesso ».

La scelta fondamentale compiuta dal legislatore comunitario in materia di tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione, che lo distanzia da soluzioni individuate da altri legislatori, è stata

comunque quella di adottare sia un divieto degli atti di elusione, che un divieto di atti preparatori dell'aggiramento.

Ai sensi dell'art. 6, par. 1 gli Stati membri devono infatti prevedere

“un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo”.

L'art. 6 non menziona lo scopo di tali misure tecnologiche, diversamente dall'art. 11 WCT che specifica si tratta di “impedire che vengano commessi, nei confronti delle loro opere, atti non autorizzati dagli autori stessi o vietati per legge”. Nel *Basic Proposal* presentato alla Conferenza Diplomatica⁴⁸⁴ si leggeva che “Contracting Parties may design the exact field of application of the provisions envisaged in this Article taking into consideration the need to avoid legislation that would *impede lawful practices and the lawful use of subject matter that is in the public domain*” (corsivo mio)⁴⁸⁵.

Il testo comunitario non contiene dunque alcuna connessione esplicita fra l'atto di elusione delle misure tecnologiche di protezione e l'atto di violazione del diritto d'autore. Non è dunque escluso che vengano tutelati giuridicamente dispositivi di protezione nei confronti di atti di elusione realizzati per scopi invece legittimi sulla base del diritto d'autore.

⁴⁸⁴ V. nota 93.

⁴⁸⁵ G. GHIDINI, M. L. MONTAGNANI, *Esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi in ambiente digitale e dispositivi tecnologici di controllo dell'accesso ai contenuti*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Milano, 2006, p. 132, avanzano una possibile lettura dell'art. 11 WCT nel senso che il titolare del diritto d'autore non potrebbe “utilizzare la protezione tecnologica ... al fine di impedire usi della propria opera che siano invece autorizzati dal legislatore”.

Il divieto di atti in senso lato preparatori dell'aggiramento è contenuto al paragrafo 2 dell'art. 6:

“(G)li Stati membri prevedono un’adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l’importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che:

- a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o
- b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o
- c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l’elusione di efficaci misure tecnologiche”.

Inoltre, l’art. 8, in materia di sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella Dir. SocInfo lascia gli Stati membri liberi di adottare le misure ritenute delle risposte adeguate ad atti di elusione oppure di facilitazione della stessa.

Con riguardo più specificatamente alle eccezioni e limitazioni previste dalla legislazione comunitaria, ci si rendeva ben conto nel corso dei dibattiti precedenti l’approvazione della Dir. SocInfo che un’eccezione, ad esempio a favore della ricerca, poteva venire pregiudicata dall’apposizione all’opera in forma digitale di un meccanismo anticopia⁴⁸⁶. A questo proposito, la Commissione insisteva

⁴⁸⁶ V. “Aktuelles” - *Einigung im Rat über Richtlinie zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft*, in *GRUR Int*, 2000, p. 650. Secondo J. GINSBURG, *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship: International Obligations and the US Experience*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2005, p. 20, l’impegnativa sfida per le legislazioni nazionali (e lo

nel suo *Explanatory Memorandum* della prima proposta di Direttiva SocInfo che

“not any circumvention of technical means of protection should be covered, but only those which constitute an infringement of a right, i.e. which are not authorized by law or by the author”⁴⁸⁷.

Il compromesso faticosamente raggiunto prevede all’art. 6, par. 4 che gli Stati membri adottino “provvedimenti adeguati” affinché “in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accordi fra titolari e altre parti interessate”, i titolari mettano a disposizione del beneficiario di alcune delle eccezioni o limitazioni, previste dalla normativa nazionale “i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all’opera o al materiale protetto in questione”.

Al Considerando 51 si puntualizza che

“(L)a protezione giuridica delle misure tecnologiche si applica senza pregiudicare l’ordine pubblico, come enunciato all’articolo 5, o la sicurezza pubblica. Gli Stati membri dovrebbero promuovere l’adozione di misure volontarie da parte dei titolari, comprese la conclusione e l’attuazione di accordi fra i titolari e altre parti interessate, per tener conto, a norma della presente direttiva della realizzazione degli obiettivi di determinate eccezioni o limitazioni previste nella normativa nazionale. Se, trascorso un congruo lasso di

stesso vale per il legislatore comunitario, ovviamente) consiste appunto nello stabilire “how to regulate the creation and dissemination of circumvention devices without effectively cutting off the fair uses that at least some devices, in the right hands, would permit”.

⁴⁸⁷ Cit. (nota 140), p. 41.

tempo, tali misure o accordi volontari ancora mancassero, gli Stati membri dovrebbero prendere provvedimenti adeguati affinché i titolari forniscano ai beneficiari di tali eccezioni o limitazioni i mezzi necessari per fruirne, modificando una misura tecnologica già in atto o in altro modo. Tuttavia, per scongiurare abusi relativamente alle misure prese dal titolare, anche nel quadro di un accordo, o da uno Stato membro, tutte le misure tecnologiche attuate in applicazione delle suddette misure dovrebbero godere di tutela giuridica”.

Tra le sette eccezioni o limitazioni *ex art. 5* che possono godere di tale tutela rafforzata, per quello che qui più direttamente interessa, la Dir. SocInfo menziona le riproduzioni su carta o supporto simile (par. 2, lett. a), gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche (par. 2, lett. c) e l'utilizzo per uso didattico o di ricerca (par. 3, lett. a). Tra le “grandi assenti” si noti in particolare la mancata inclusione dell'eccezione a favore della citazione *ex art. 5*, par. 3, lett. d.⁴⁸⁸.

La possibilità che uno Stato membro adotti “provvedimenti adeguati” a favore del beneficiario dell'eccezione o limitazione del diritto di riproduzione su qualsiasi supporto per uso privato (par. 3, lett. b) è invece subordinata alla circostanza che “i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato nella misura necessaria per poter beneficiare dell'eccezione o limitazione in questione e in conformità delle disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 5” e “senza impedire ai titolari di adottare misure adeguate relativamente al numero di riproduzioni” conformemente alle disposizioni applicabili. Come indicato al Cons. 52, ai titolari non dovrebbe venire impedito di

⁴⁸⁸ Assenza commentata da S. RICKETSON, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright*, cit., p. 84 prospettando una preoccupante “neutralizzazione” nell'ambiente digitale dell'unica eccezione obbligatoria ai sensi della Convenzione di Berna.

“far uso di misure tecnologiche coerenti con le eccezioni o limitazioni per riproduzioni ad uso privato previste dalla normativa nazionale conformemente all’articolo 5, paragrafo 2, lettera b), tenendo conto delle condizioni di equo compenso di cui a tale disposizione, paragrafo 2, lettera b), né l’eventuale differenziazione tra diverse condizioni d’uso conformemente all’articolo 5, paragrafo 5, come il controllo del numero di riproduzioni”.

I rimedi di cui al quarto paragrafo dell’art. 6 si applicano ai soli atti di elusione di cui al primo paragrafo, dunque ad esclusione degli atti preparatori o di facilitazione dell’elusione. La disposizione comunitaria non attribuisce tuttavia agli utilizzatori, ad esempio ad un docente che voglia realizzare una clip da un dvd a scopo didattico, alcun potere di realizzare direttamente atti di elusione. I titolari dei diritti sono semplicemente tenuti a mettere a disposizione del beneficiario dell’eccezione o limitazione *ex* normativa nazionale

“i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all’opera o al materiale protetto in questione”.

Le « misure volontarie » cui sono tenuti i titolari dei diritti non vengono specificate, se non nella menzione di possibili accordi con le parti interessate, ma vengono comunque preferite ai « provvedimenti adeguati » decisi dagli Stati membri. Si chiarisce invece che i titolari non sono in alcun modo tenuti a facilitare l’accesso alle proprie opere per fruire dell’eccezione o limitazione, ma a facilitare l’elusione dei meccanismi anticopia⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ La necessità che il beneficiario abbia accesso all’opera non è invece ribadita con riguardo all’eccezione di cui all’art. 5, par. 2, lett. b.

Di importanza cruciale e particolarmente penalizzante in particolare nei confronti dei beneficiari delle eccezioni e limitazioni “rafforzate” ai sensi dell’art. 6 par. 4 Dir. SocInfo, è la successiva puntualizzazione che gli Stati membri non possono assumere i «provvedimenti adeguati» sopra menzionati nei confronti di opere o altri materiali

“a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente”.

Avvolte in un’infrangibile cappa protettiva sono dunque le misure tecnologiche che si applicano a forme di uso interattivo online regolate da accordi contrattuali⁴⁹⁰. Di conseguenza, il settore dei servizi interattivi è largamente al riparo dalle altrimenti legittime pretese di aggiramento delle misure tecnologiche di protezione, con evidente e grave pregiudizio alle possibilità di utilizzare opere digitali nel contesto di eccezioni e limitazioni previste dalle legislazioni nazionali⁴⁹¹.

Venendo ora all’ordinamento italiano, il recepimento della parte della Direttiva SocInfo dedicata alla tutela delle misure tecnologiche di protezione non ha trovato una sede organica all’interno della disciplina nazionale, complicando l’opera dell’interprete. Se un’accurata analisi delle soluzioni adottate dal legislatore italiano va ovviamente oltre i circoscritti obiettivi del presente lavoro, ci soffermeremo brevemente sul rapporto fra la tutela delle misure e le prerogative ricollegabili all’art. 70 l.d.a. per quanto interessa alla didattica, ed in particolare alla didattica online.

⁴⁹⁰ V. il Cons. 53.

⁴⁹¹ V. con riguardo all’eccezione a favore della ricerca R. HILTY, *Copyright Law and the Information Society - Neglected Adjustments and Their Consequences*, p. 135.

Ai sensi dell'art. 71-*quinqüies*, comma 2, i titolari di diritti che abbiano apposto le misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*

“sono tenuti ad adottare idonee soluzioni, anche mediante la stipula di appositi accordi con le associazioni di categoria rappresentative dei beneficiari, per consentire l'esercizio delle eccezioni di cui agli articoli 55, 68, commi 1 e 2, 69, comma 2, 70, comma 1, 71-*bis* e 71-*quater*, su espressa richiesta dei beneficiari ed a condizione che i beneficiari stessi abbiano acquisito il possesso legittimo degli esemplari dell'opera o del materiale protetto, o vi abbiano avuto accesso legittimo ai fini del loro utilizzo, nel rispetto e nei limiti delle disposizioni di cui ai citati articoli, ivi compresa la corresponsione dell'equo compenso, ove previsto”.

Va preliminarmente notato che è stata prevista dal legislatore italiano una tutela rafforzata per l'art. 70, comma 1 l.d.a. che va oltre quanto previsto dalla legislazione comunitaria, la quale, come abbiamo visto, ne escludeva invece l'eccezione a fini di citazione. Analogamente alla soluzione comunitaria, il legislatore italiano privilegia la strada della negoziazione fra le categorie di soggetti interessati. Il «provvedimento adeguato», individuato dallo Stato italiano ai sensi dell'art. 6, par. 4 Dir. SocInfo in caso di mancato accordo fra le parti, consiste nella possibilità di rivolgersi al Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, perché venga effettuato un tentativo obbligatorio di conciliazione, la cui procedura è dettagliata all'art. 194-*bis* l.d.a. Fallito tale tentativo, o comunque entro il termine di novanta giorni dal suo esperimento, sarà possibile adire l'autorità giudiziaria.

Al comma 3 dell'art. 71-*quinqüies* (per la reprografia ed altre eccezioni e limitazioni della Sezione I, fra le quali anche l'art. 70) si stabilisce che

“i titolari dei diritti non sono tenuti agli adempimenti di cui al comma 2 in relazione alle opere o ai materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente, quando l'accesso avvenga sulla base di accordi contrattuali”.

Si ribadisce dunque la soluzione individuata all'art. 6 par. 4 Dir. SocInfo, con le pesanti conseguenze cui si è già accennato⁴⁹².

V.5. Sul futuro della disciplina della didattica online nell'ordinamento italiano

Nel presente capitolo si sono indagati i margini di applicabilità dell'art. 70 l.d.a. alla didattica online. Va tuttavia ancora una volta sottolineato che le modifiche apportate a quest'ultima disposizione così come ad altre, in sede di recepimento della Dir. SocInfo, più che rispecchiare un consenso di fondo riguardo a questioni cruciali in merito al ruolo del diritto d'autore nella società dell'informazione, denota un'insufficiente consapevolezza delle stesse, con forti carenze soprattutto nell'ambito della società civile. In questo senso, il più recente inserimento dell'art. 70, comma 1-bis in tema di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate pubblicate attraverso la rete internet per uso didattico, può venire letto come un tentativo, pur ampiamente perfettibile, di individuare un “nuovo” equilibrio fra i titolari del diritto d'autore ed i portatori di interessi diffusi, come quello

⁴⁹² Invoca la necessità di “mandatory rules a tutela dei diritti degli utenti, anche e soprattutto in Internet” G. SPEDICATO, *Le misure tecnologiche di protezione di protezione nel diritto d'autore*, in S. BISI, C. DI COCCO (a cura di), *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, Bologna, 2007, p. 238.

all'istruzione⁴⁹³.

Se, come abbiamo visto nel corso del presente lavoro, non è escluso che impulsi ad un più ampio riconoscimento degli interessi della didattica provengano da evoluzioni a livello comunitario⁴⁹⁴, il legislatore nazionale non dovrebbe comunque rimanere inerte⁴⁹⁵. Come riconosciuto peraltro da molti⁴⁹⁶, i tempi sono maturi per un “diverso” insieme di adattamenti del diritto d'autore alle evoluzioni tecnologiche, questa volta meno sbilanciato a favore dei titolari dei diritti. Prima di tutto, a differenza di quanto avviene nella maggioranza degli ordinamenti considerati al capitolo precedente, l'eccezione didattica

⁴⁹³ Cfr. anche P. FRASSI, *Le evoluzioni normative a livello nazionale: l'oggetto della protezione*, in A. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009, p. 76, secondo la quale l'inserimento nella legge italiana dell'art. 70, comma 1-bis evidenzerebbe un “aspetto centrale della società dell'informazione: l'interesse del pubblico degli utenti, in particolare legate alle esigenze della ricerca scientifica, dell'attività didattica”. Tuttavia, se si vuole ambire a qualificare l'uso didattico in modo conforme alla Convenzione di Berna ed alla Direttiva SocInfo, non potrà ovviamente trattarsi di ogni attività “finalizzata ad istruire o formare il pubblico attraverso le reti telematiche”, così come invece proposto da un gruppo di studiosi, “Dare un senso al degrado”, scaricabile da <http://www.diritto.it/all.php?file=25583.pdf>.

⁴⁹⁴ Si rammenti ancora il Libro Verde dedicato al *Diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, supra, alla nota 1, nella scia del quale C. GEIGER, F. MACREZ, A. BOUVEL, S. CARRE, T. HASSLER, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *What Limitations to Copyright in the Information Society? A Comment on the European Commission's Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, p. 428 s., propongono un'eccezione obbligatoria per gli utilizzi didattici ricomprendente la didattica online.

⁴⁹⁵ Nell'ultimo periodo, l'attenzione che la politica nostrana rivolge al settore educativo è stata fra l'altro assorbita dalla problematica del contenimento dei costi dei testi scolastici, v. in part. la circolare n. 16, 10 febbraio 2009, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

⁴⁹⁶ V. il lavoro cui si è dedicato il Comitato Consultivo Permanente per il diritto di Autore, ricordato da F. TOZZI, *Il diritto di autore nel nuovo ambiente tecnologico*, in A. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009, p. 181 ss.

non è separatamente disciplinata nella legislazione nazionale di diritto d'autore, ma è interrelata all'eccezione a favore della citazione. Una maggiore attenzione nei confronti degli interessi della didattica e della ricerca in generale condurrebbe invece alla formulazione di una o più eccezioni, indicanti utilizzi specificatamente consentiti in tale ambito, più agevolmente interpretabili⁴⁹⁷ e dunque applicabili.

Uno sguardo transfrontaliero all'evoluzione recente del diritto d'autore su queste questioni insegna poi come sia tendenzialmente poco fruttuoso opporre inflessibili dichiarazioni sulla necessità di una "forte protezione del diritto d'autore" ad altrettanto apparentemente inattaccabili principi in tema di eccezioni e limitazioni desunti dai fondamenti del sistema della proprietà intellettuale o più in là. La ricerca e la proposta di soluzioni sono piuttosto il frutto di pratici, estenuanti compromessi, trasfusi in eccezioni al diritto d'autore e/o in soluzioni negoziali.

Gli ordinamenti che hanno ritenuto opportuno disciplinare la didattica online, si sono mossi dalla semplice constatazione che andassero assicurate nel mondo digitale delle prerogative a favore delle attività didattiche paragonabili a quelle già garantite nell'ambiente analogico. Abbiamo considerato con una certa attenzione la soluzione elaborata dal legislatore tedesco, che consiste nell'emanazione di una nuova eccezione per utilizzi didattici nella società dell'informazione, l'art. 52a UrhG⁴⁹⁸, cui è seguita una difficile contrattazione in merito alla determinazione dell'equo compenso. Attraverso la predisposizione di una licenza legale, pur assoggettata a termine, la discussione fra le parti alla ricerca di una soluzione di compromesso è stata dunque

⁴⁹⁷ Proprio riguardo agli usi legittimi ai sensi dell'art. 70 l.d.a. T. MARGONI, *E-learning, corsi on-line e diritto d'autore*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 624 parla di "un'elevatissima incertezza interpretativa relativamente ai reali confini di tali utilizzazioni".

⁴⁹⁸ *Supra*, p. 141.

incanalata verso gli elementi non direttamente disciplinati dal legislatore, in particolare le modalità di determinazione del compenso dovuto dagli utilizzatori delle opere.

Paragonata all'intricata situazione tedesca, la soluzione negoziale concepita del Regno Unito⁴⁹⁹, spronata anche da severe valutazioni in merito alla inadeguatezza delle soluzioni legislative espresse dall'influente *Gowers Review*, esercita indubbiamente un grande fascino⁵⁰⁰. La contrattazione della *Comprehensive Higher Education Licence* è tuttavia avvenuta in un contesto, non solo legislativo⁵⁰¹, per il momento difficilmente replicabile in paesi dell'Europa continentale⁵⁰².

Rimanendo dunque nell'ambito delle licenze legali, sarebbe auspicabile una modifica all'attuale art. 70 l.d.a. attraverso l'inserimento di una disposizione espressamente atta a permettere in utilizzi didattici online, a fronte della previsione di un equo compenso a favore degli aventi diritto. L'occasione di revisione dovrebbe venire utilizzata anche per separare l'eccezione didattica dall'eccezione a favore della citazione. Le utilizzazioni coperte dall'eccezione dovrebbero escludere alcune categorie di opere particolarmente vulnerabili nei confronti di utilizzi didattici, quali, ad esempio i manuali, mentre non sembrerebbero opportuni limiti dal punto di vista

⁴⁹⁹ *Supra*, p. 170.

⁵⁰⁰ Non sono però mancate voci "interne" molto critiche nei confronti della stessa, v. la già citata posizione della British Library.

⁵⁰¹ Si pensi, fra gli altri fattori, al peso della Open University nel panorama dell'offerta didattica online nel Regno Unito.

⁵⁰² Per un esempio di inadeguatezza della soluzione negoziale continentale, v. la licenza proposta dallo spagnolo CEDRO, *supra*, p. 176. L'AIDRO (Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'Ingegno) sta attualmente sperimentando un modello di licenza con la biblioteca dell'Università Bocconi, menzionato in AIDRO (a cura di), *Linee Guida sulla gestione dei diritti d'autore nelle università*, 2009, p. 11, scaricabile dal sito <http://www.aidro.org>.

dei beneficiari, se non, così come nell'ordinamento comunitario, per lo scopo commerciale perseguito. Ovviamente, assieme all'eccezione del diritto di comunicazione al pubblico *on demand*, dovrebbero venire esentate le riproduzioni necessarie alla comunicazione al pubblico non già ricomprese nell'eccezione per copie temporanee.

VI CAPITOLO

ECCEZIONE DIDATTICA, ECONOMIA DELLA CONOSCENZA E SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE: CONFLITTI E POSSIBILI RICONCILIAZIONI

Se l'eccezione a favore di utilizzi didattici vanta una lunga tradizione nel sistema del diritto d'autore, la sua conservazione nell'ambito della società dell'informazione è tutt'altro che scontata⁵⁰³. In particolare, la disciplina dell'insegnamento online è, allo stato, soggetta a tutta una serie di quesiti, incertezze e vincoli che ne ostacolano sensibilmente l'operatività.

Abbiamo visto con riguardo alla travagliata adozione dello statunitense *TEACH Act*⁵⁰⁴, quanto sia complicato tentare di realizzare l'apparentemente poco ambizioso obiettivo di rivedere l'eccezione per la didattica frontale, al fine di tenere conto delle nuove possibilità e sfide poste dagli straordinari sviluppi intervenuti negli ultimi decenni nel settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Fra l'altro, la necessità di revisione nasce dal riconoscimento che alcune attività didattiche, nonché di ricerca, sono naturalmente dipendenti da sviluppi tecnologici⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Sorte peraltro condivisa dall'intero regime delle "libere utilizzazioni predisposte per il digitale, pur essenziale per preservare spazi di libertà in un orizzonte che si sta restringendo", cfr. M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA*, 2002, p. 79.

⁵⁰⁴ *Supra*, p. 179.

⁵⁰⁵ Si pensi così ad. es. a studi cinematografici ed alle difficoltà eventualmente incontrate dal docente a seguito dell'apposizione di misure tecnologiche di protezione, *supra*, p. 218.

Un approccio più visionario alla problematica di diritto d'autore oggetto del presente studio, imporrebbe invece di considerare che l'impiego delle tecnologie già disponibili è probabilmente in grado di promuovere una marcata trasformazione dell'insegnamento come tradizionalmente impartito⁵⁰⁶. In particolare, vi sarebbero i presupposti tecnologici perché la didattica si faccia più flessibile ed attenta alle specifiche esigenze dell'allievo (più "learner-centered"), in grado di tenere conto ad esempio delle diversità di stili e ritmi di apprendimento, percorsi personali, ecc. L'effettiva differenziazione dell'offerta didattica ha dunque le potenzialità per affermarsi come uno fra i vari strumenti per promuovere l'accesso ad una formazione di qualità da parte di un numero sempre crescente di individui⁵⁰⁷.

Le moderne tecnologie della comunicazione e dell'informazione, potenziando le attività didattiche, inevitabilmente creano nuove tensioni, nuovi attriti all'interno di quel delicato ecosistema che poggia sulla legislazione di diritto d'autore. Così, ad esempio, il materiale richiamato a lezione tende naturalmente ad estendersi ad approfondimenti ed a "dispense" per lo studio. In altri termini, i momenti dell'insegnamento collettivo e dell'apprendimento individuale vanno sovrapponendosi, ma la disciplina giuridica mantiene una tale distinzione, che appare tuttavia sempre più artificiosa⁵⁰⁸, come, implicitamente riconosciuto anche dalla Commissione europea nel più volte citato Libro Verde sul "Diritto d'autore nell'economia della

⁵⁰⁶ L. MORAN, *Distance education, copyright and communication in the information society*, in *UNESCO Copyright Bulletin*, 1999, p. 3.

⁵⁰⁷ Da qui l'importanza della problematica anche per i paesi in via di sviluppo.

⁵⁰⁸ Rileva U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica*, Torino, 2009, p. 80, che nonostante l'invenzione della stampa, i "giuristi prescindessero dalle problematiche che le nuove tecniche a stampa avevano portato all'attenzione e, al contrario, proseguissero almeno apparentemente, sulla falsariga della dottrina precedente".

conoscenza”⁵⁰⁹. Un altro esempio riguarda il materiale pedagogico prodotto dagli studenti stessi, che si inserisce nella più ampia problematica del c.d. *user generated content*.

Ad ogni modo, l'approccio “minimalista”, dunque l'estensione all'ambiente digitale online delle prerogative a favore della didattica frontale già ammesse dalla legislazione nazionale, non può che produrre soluzioni differenziate. Così, la breve ed incompleta rassegna proposta al quarto capitolo ha fatto percepire la eterogeneità delle soluzioni legislative fin qui elaborate con riguardo alla didattica online in alcuni Stati dell'Unione europea⁵¹⁰ ed in realtà extracomunitarie.

Il quadro giuridico in generale poco armonizzato rende complessa anche la predisposizione di un'offerta didattica online transfrontaliera. Il caso è tutt'altro che (solo) di scuola o di rilevanza marginale, si pensi alla grande mobilità di studenti e docenti universitari all'interno della Comunità europea, promossa da programmi tipo Erasmus. In virtù del principio di territorialità, ed in conseguenza delle diverse regole nazionali, un'attività coperta da un'eccezione al diritto d'autore prevista dall'ordinamento di uno Stato potrebbe non essere più lecita se il diritto applicabile è quello di uno Stato diverso. Così, ad esempio, l'attività di riproduzione finalizzata all'*upload* di materiale didattico risulta lecita, in quanto coperta dall'art. 52a UrhG, se realizzata dal docente in Germania, ma non se quest'ultimo si trova anche solo temporaneamente in Austria, mentre il *download* da parte degli studenti viene ammesso da entrambi gli

⁵⁰⁹ *Supra*, alla nota 1. la Commissione pone infatti l'interrogativo se vi debba essere “a clarification that the teaching and research exception covers not only material used in classrooms or educational facilities, but also use of works at home for study”, p. 19.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 17: “(I)n the Member States where the exception for teaching and research is reflected in the national law, the relevant provisions differ to a significant extent”. Non è tuttavia da escludere che il *three-step test* si riveli uno dei pochi strumenti di promozione di un reale ravvicinamento fra le legislazioni di diritto d'autore in tema di eccezioni, una volta risolti gli attuali dubbi interpretativi.

ordinamenti⁵¹¹.

La pubblicazione del più volte menzionato Libro Verde sul “Diritto d’autore nell’economia della conoscenza” ha avuto l’indiscusso merito di rendere palese una diffusa insoddisfazione nei confronti di molte delle soluzioni a suo tempo individuate dalla Dir. SocInfo⁵¹², della quale la Commissione europea dovrà tenere conto al momento dell’elaborazione di politiche future in questo nevralgico ma anche intricato settore.

⁵¹¹ H. SCHÖWERLING, *op. cit.*, p. 203. Particolarmente delicata è poi l’individuazione del diritto applicabile alla comunicazione al pubblico transfrontaliera. Fra chi applica il principio del paese dell’origine, si è proposto di considerare tale il territorio in cui si trova il server (“country-of-upload”), così, ad esempio, riprendendo l’esempio proposto nel testo, pur trovandosi il docente in Austria, si applicherà il diritto tedesco se in Germania è localizzato il server dell’università con il quale il docente si collega per caricare il materiale didattico. D’altra parte, l’applicazione del criterio suddetto si presterebbe a – tecnicamente agevoli – “delocalizzazioni” dei server per sottrarsi all’applicazione delle discipline nazionali più restrittive.

⁵¹² Istruttiva in questo senso è la lettura di molte delle risposte inviate alla Commissione, consultabili da http://circa.europa.eu/Public/irc/markt/markt_consultations/library?l=/copyright_neighbouring/consultation_copyright/. Sul fronte contiguo delle biblioteche digitali, attuali iniziative di “apertura” vengono evidenziate da M. RICOLFI, *On line ed off-line*, in *AIDA*, 2007, p. 225. Per una concreta proposta di riforma, che prevede in part. la sostituzione della categoria delle *eccezioni al diritto d’autore* con quella dei *diritti degli utilizzatori*, v. G. MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlino, p. 287 ss. Al livello internazionale, sebbene i margini concreti di manovra siano allo stato particolarmente ristretti, sta acquisendo crescente importanza il movimento “access to knowledge”, che mira fra l’altro ad un rafforzamento delle limitazioni ed eccezioni al diritto d’autore nella società dell’informazione, cfr. A. KAPCZYNSKI, *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property Law*, in *Yale Law Journal*, 2008, p. 804.

BIBLIOGRAFIA

- ABRIANI, N. (2002), *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in *AIDA*, 2002, p. 98
- APLIN, T. (2005), *Copyright Law in the Digital Society*, Oxford
- AUTERI, P. (2006), *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in M. L. MONTAGNANI, M. BORGHI (a cura di), *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano
- BAGH, M. (2007), *On demand Anwendungen in Forschung und Lehre*, De Gruyter Recht, Berlino
- BARTOCCI, U. (2009), *Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma antica*, Torino
- BAYREUTHER, F. (2001), *Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie*, in *ZUM*, p. 828
- BECHTOLD, S. (2002), *Vom Urheber- zum Informationsrecht – Implikationen des Digital Rights Management*, Monaco di Baviera
- BERNUTH, W. VON (2003), *Streitpunkt – der Regelungsgehalt des § 52a UrhG*, in *ZUM*, p. 438
- BORNKAMM, J. (2002), *Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung – Karriere eines Begriffs*, in H.-J. AHRENS, J. BORNKAMM, W. GLOY (a cura di), *Festschrift Erdmann*, Colonia, p. 29
- BUYDENS, M., S. DUSOLLIER (2001), *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses*, in *Communication - Commerce électronique*, settembre, p. 10
- CARSON, B. (2007), *The Law of Libraries and Archives*, Lanham

BIBLIOGRAFIA

- CASO, R. (2004), *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova
- CHIMENTI, L. (2004), *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano
- CREWS, K. (2001), *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines*, in *Ohio State Law Journal*, p. 602
- CREWS, K. (2002), *New Copyright Law for Distance Education: The Meaning and Importance of the TEACH Act*, Studio elaborato su incarico della American Library Association, scaricabile da <http://www.ala.org/ala/aboutala/offices/oitp/publications/issuebriefs/Teach%20Act%20Summary.pdf>
- CREWS, K. (2007), *Copyright and Distance Education: Displays, Performances, and the Limitations of Current Law*, in L. GASAWAY (a cura di) *Growing Pains: Adapting Copyright for Libraries, Education, and Society*, Littleton, p. 369
- DE ROBBIO, A. (2001), *La sesta direttiva: direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, in A. DE ROBBIO (a cura di), *Diritto d'autore. La proprietà intellettuale tra biblioteche di carta e biblioteche digitali*, Roma
- DE SANCTIS, V. (2005), *I soggetti del diritto d'autore*, 2005
- DREIER, T. (2002), *Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht*, in *ZUM*, p. 28
- DREIER, T., P. HUGENHOLTZ (2006), *Concise European Copyright Law*, L'Aia
- DUSOLLIER, S. (2005), *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, Bruxelles
- DUSOLLIER, S. (2005), *L'Encadrement des Exceptions au Droit d'Auteur par le Test des Trois Etapes*, in *I.R.D.I. – Intellectuele Rechten/Droits Intellectuels*, p. 212

BIBLIOGRAFIA

- ERCOLANI, S. (2004), *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della Direttiva n. 2001/29/CE*, Torino
- ERNST, S., D. HAEUSERMANN (2006), *Teaching Exceptions in European Copyright Law – Important Policy Questions Remain*, Berkman Center Research Publication No. 2006-10, scaricabile da <http://ssrn.com/abstract=925950>
- FABIANI, M. (2005), *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei paesi della Comunità*, in *Rivista Dir. Autore*, p. 137
- FICSOR, M. (2002), *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Oxford
- FRASSI, P. (2009), *Le evoluzioni normative a livello nazionale: l'oggetto della protezione*, in A. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, p. 73
- GALLETTI, D. (2002), *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in *AIDA*, p. 146
- GALLI, C. (2002), *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in *AIDA*, p.135
- GEIGER, C. (2007), *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, in *UNESCO Copyright Bulletin*, gennaio-marzo
- GEIGER, C. (2007), *The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006 – An Adaptation to the Needs of the Information Society?*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 401 ss.
- GEIGER, C., F. MACREZ, A. BOUVEL, S. CARRE, T. HASSLER, J. SCHMIDT-SZALEWSKI (2009), *What Limitations to Copyright in the Information Society? A Comment on the European Commission's Green Paper "Copyright in the Knowledge Economy"*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 412

BIBLIOGRAFIA

- GERVAIS, D. (2003), *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Londra (II ed.)
- GHIDINI, G., M. L. MONTAGNANI (2006), *Esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi in ambiente digitale e dispositivi tecnologici di controllo dell'accesso ai contenuti*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Milano
- GINSBURG, J. (2001), *Towards Supranational Copyright Law? The WTO Panel; Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions*, in *Revue internationale du droit d'auteur*, p. 3
- GINSBURG, J. (2005), *Legal Protection of Technological Measures Protecting Works of Authorship: International Obligations and the US Experience*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, p. 11
- GINSBURG, J. (2009), *Recent Developments in US Copyright Law – Part II, Caselaw: Exclusive Rights on the Ebb?*, Columbia Public Law Research Paper N. 08-192
- GOLDMANN, B. (2001), *Victory for Songwriters in WTO Music-Royalties Dispute Between U.S. and EU – Background of the Conflict Over the Extension of Copyright Homestyle Exemption*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 412
- GOUNALAKIS, G. (2003), *Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung*, Parere redatto su incarico del Börsenverein des Deutschen Buchhandels e. V., Marburgo
- GUGLIELMETTI, G. (2002), *Riproduzione e riproduzione temporanea*, in *AIDA*, p. 3
- GUIBAULT, L. (2002), *Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, L'Aia

BIBLIOGRAFIA

- GUIBAULT, L., G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN, B. HUGENHOLTZ, M. VAN EECHOU, N. HELBERGER, L. STEIJGER, M. ROSSINI, N. DUFFT, P. BOHN (2007), *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf
- HAUPT, S. (2004), *Die EG-Richtlinie "Urheberrecht in der Informationsgesellschaft" und Konsequenzen für die Nutzung von Werken im Schulunterricht gemäß § 52 a UrhG*, in *ZUM*, p. 104
- HILTY, R. (2007), *Copyright Law and the Information Society – Neglected Adjustments and Their Consequences*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 135
- HOEREN, T. (2008), *Das neue russische Urheberrecht*, in *GRUR Int*, p. 557
- HOEREN, T., KALBERG, N. (2006) *Der amerikanische TEACH Act und die deutsche Schrankenregelung zur "Öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung" (§ 52a UrhG) im Vergleich*, in *ZUM*, p. 600
- HUGENHOLTZ, B., R. OKEDIJI (2008), *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Open Society Institute (OSI)
- IRWIN, K. (2007), *Copyright Law: Librarians who Teach: Expanding the Distance Education Rights of Libraries by Applying the Technology Education and Harmonization Act of 2002*, in *Western New England Law Review*, p. 875
- KAPCZYNSKI, A. (2008), *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property Law*, in *Yale Law Journal*, p. 804

BIBLIOGRAFIA

- KATZENBERGER, P. (1973), *Urheberrecht und Dokumentation – Abstracts – Fotokopien – elektronische Datenbanken*, in *GRUR*, p. 629
- KATZENBERG, P. (1995), *TRIPS und das Urheberrecht*, in *GRUR Int*, p. 447
- KATZENBERG, P. (2007), *Die Harmonisierung des Folgerechts in Europa*, in *GRUR Int*, p. 309
- KLEIN, S. (2008), *Search Engines and Copyright – An Analysis of the Belgian Copiepress Decision in Consideration of British and German Copyright Law*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 451
- KOELMAN, K. (2006), *Fixing the Three-Step Test*, in *European Intellectual Property Review*, p. 407
- KOHLER, J. (1880), *Das Autorrecht*, Jena, scaricabile da <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22160676%22>.
- KUR, A. (2008), *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test?*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-04
- KUR, A., H. GROSSE RUSE KAHN (2009), *Enough is Enough – The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09-01
- LEWINSKI, S. VON (1997), *Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten*, in *GRUR Int*, p. 667
- LEWINSKI, S. VON (1999), *Proposed EC Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society as It Progresses*, in *GRUR Int*, p. 767
- LIPINSKI, T. (2005), *Copyright Law and the Distance Education Classroom*, Lanham

BIBLIOGRAFIA

- LOEWENHEIM, T. (2006), in G. SCHRICKER (a cura di), *Urheberrecht*, Monaco di Baviera
- LUCAS-SCHLOETTER, A. (2007), *Das französische Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 1. August 2006*, in *GRUR Int*, p. 658
- MARGONI, T. (2007), *E-learning, corsi on-line e diritto d'autore*, in *Diritto dell'Internet*, p. 611
- MAZZIOTTI, G. (2008), *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlino
- MORAN, L. (1999), *Distance education, copyright and communication in the information society*, in *UNESCO Copyright Bulletin*, p. 3
- OCSE (2007), *Participative Web and User-created Content*, Parigi
- PICCIOTTO, R. (2002), *Copyright Licensing: The Case of Higher Education Photocopying in the UK*, in *European Intellectual Property Review*, p. 438
- REIMER, D., E. ULMER (1967), *Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft*, in *GRUR Int*, p. 431
- REINBOTHE, J. (2001), *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, in *GRUR Int*, p. 733
- REINBOTHE, J., S. LEWINSKI, VON (2002), *The WIPO Treaties 1996*, Londra
- RICKETSON, S. (1987), *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londra
- RICKETSON, S. (1999), *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions – International Conventions and Treaties*, in *Intellectual Property Quarterly*, p. 56
- RICKETSON, S. (2002), *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*. Parere elaborato su incarico dell'australiano Centre for Copyright Studies Ltd.

BIBLIOGRAFIA

- RICKETSON, S. (2003), *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, Ginevra
- RICKETSON, S., J. GINSBURG (2006), *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford
- RICOLFI, M. (2002), *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA*, p. 48
- RICOLFI, M. (2007), *On line ed off-line*, in *AIDA*, p. 219
- SCHÖWERLING, H. (2007), *E-Learning und Urheberrecht an Universitäten in Österreich und Deutschland*, Vienna, Monaco di Baviera
- SCHRICKER, G. (2006), *Urheberrecht*, Monaco di Baviera
- SCHRICKER, G., T. DREIER, P. KATZENBERGER, S. LEWINSKI VON (1997), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, Baden-Baden
- SENFTLEBEN, M. (2004), *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, L'Aia, Londra, New York
- SENFTLEBEN, M. (2004), *Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests*, in *GRUR Int*, p. 200
- SENFTLEBEN, M. (2006), *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, in *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, p. 407
- SILBERBERG, C. (2001), *Preserving Educational Fair Use in the Twenty-First Century*, in *Southern California Law Review*, p. 617
- SIROTTI GAUDENZI, A. (2007), *Il nuovo diritto d'autore*, Santarcangelo di Romagna

BIBLIOGRAFIA

- SPEDICATO, G. (2007), *Le misure tecnologiche di protezione di protezione nel diritto d'autore*, in S. BISI, C. DI COCCO (a cura di), *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, Bologna
- SPINDLER, G. (2002), *Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, in *GRUR*, p. 105
- SPOLIDORO, M. (2007), *Le eccezioni e le limitazioni*, in *AIDA*, p. 179
- TATAFIORE, A. (2007), *Le utilizzazioni libere nella nuova disciplina del diritto d'autore*, Teramo
- TOZZI, F. (2009), *Il diritto di autore nel nuovo ambiente tecnologico*, in A. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma
- VEZZOSO, S. (2009), *Consultazione di opere digitali: quadro comunitario ed esperienze nazionali*, in MAGGIPINTO, A., G. D'AMMASSA (a cura di), *Diritto e tecnologie digitali per la valorizzazione e l'accessibilità delle conoscenze*, Milano, p. 45
- WANDTKE, A.-A., BULLINGER, W. (2006), *Urheberrecht*, Monaco di Baviera
- WESTKAMP, G. (2004), *Transient Copying and Public Communications: The Creeping Evolution of Use and Access Rights in European Copyright Law*, in *George Washington International Law Review*, p. 1057
- WIPO (1978), *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, Ginevra
- XALABARDER, R. (2003), *Copyright and Digital Distance Education: The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, in *Columbia Journal of Law and the Arts*, p. 101

1. *Legal Scholarship in Africa* - MARCO GUADAGNI (1989)
2. *L'insegnamento della religione nel Trentino-Alto Adige* - ERMINIA CAMASSA AUREA (1990)
3. *Il nuovo processo penale. Seminari* - MARTA BARGIS (1990)
4. *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario* - MAURO BUSSANI (1992)
5. *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale* - GIANMARIA AJANI (1993)
6. *Il giudizio di "congruità" del rapporto di cambio nella fusione* - LUIGI ARTURO BIANCHI (1993)
7. *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza del mercato* - FRANCO PELLIZZER (1993)
8. *La legge controllata. Contributo allo studio del procedimento di controllo preventivo delle leggi regionali* - EMANUELE ROSSI (1993)
9. *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* - DAMIANO FLORENZANO (1994)
10. *Dall'organizzazione allo sviluppo* - SILVIO GOGLIO (1994)
11. *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata* - CARLO CASONATO (1995)
12. *Lezioni di diritto del lavoro tedesco* - ULRICH ZACHERT (1995)
13. *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* - MICHELE GRAZIADEI (1995)
14. *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici* - LUISA ANTONIOLLI DEFLORIAN (1996)
15. *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata* - BARBARA MARCHETTI (1996)

16. *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (1997)
17. *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale* - EMANUELE CUSA (1997)
18. *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto* - FRANCESCO PALERMO (1997)
19. *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese* - CARLO CASONATO (1998)
20. *Scritti inediti di procedura penale* - NOVELLA GALANTINI e FRANCESCA RUGGIERI (1998)
21. *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato* - ALBERTO M. MUSY (1999)
22. *L'Anti-Rousseau di Filippo Maria Renazzi (1745-1808)* - BEATRICE MASCHIETTO (1999)
23. *Rethinking Water Law. The Italian Case for a Water Code* - NICOLA LUGARESÌ (2000)
24. *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project* - MAURO BUSSANI e UGO MATTEI (2000)
25. *Considerazioni in tema di tutela cautelare in materia tributaria* - ALESSANDRA MAGLIARO (2000)
26. *Rudolf B. Schlesinger – Memories* - UGO MATTEI e ANDREA PRADI (2000)
27. *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte* - GIANDOMENICO FALCON e CRISTINA FRAENKEL (cur.) (2000)
28. *La responsabilità civile. Percorsi giurisprudenziali* (Opera ipertestuale. Libro + Cd-Rom) - GIOVANNI PASCUZZI (2001)
29. *La tutela dell'interesse al provvedimento* - GIANDOMENICO FALCON (2001)

30. *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza* - ANNA SIMONATI (2002)
31. *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2002)
32. *Storia, istituzione e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800). 2° Colloquio europeo Martini, Trento 18-19 ottobre 2000, Università degli Studi di Trento* - (a cura di) HEINZ BARTA, GÜNTHER PALLAVER, GIOVANNI ROSSI, GIAMPAOLO ZUCCHINI (2002)
33. *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi. Contiene l'inedito "Poteri prorogati delle camere e stato di guerra"* - (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e ROBERTO D'ORAZIO (2002)
34. *Il principio dell'apparenza giuridica* - ELEONORA RAJNERI (2002)
35. *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata* - GABRIELLA DI PAOLO (2002)
36. *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi. Atti della Giornata di studio - Trento, 22 giugno 2000* - (a cura di) MAURIZIO MANZIN (2002)
37. *Ricordi Politici. Le «Proposizioni civili» di Cesare Speciano e il pensiero politico del XVI secolo* - PAOLO CARTA (2003)
38. *Giustizia civile e diritto di cronaca. Atti del seminario di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 7 marzo 2003* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2003)
39. *La glossa ordinaria al Decreto di Graziano e la glossa di Accursio al Codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici* - RUGGERO MACERATINI (2003)
40. *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi. Un bilancio della normativa trentina alla luce del nuovo testo unico sull'edilizia. Atti del Convegno tenuto nella Facoltà di Giurisprudenza di Trento l'8 maggio 2003* - (a cura di) DARIA DE PRETIS e ALESSANDRO MELCHIONDA (2003)

41. *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada* - CARLO CASONATO (ED.) (2004)
42. *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno "Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola"*. Giornata di Studio in onore di Umberto Pototschnig (Trento, 14 maggio 2003). *In appendice: U. Pototschnig, SCRITTI VARI (1967-1991)* - (a cura di) DONATA BORGONOVO RE e FULVIO CORTESE (2004)
43. *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania - Austria - Italia* - CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE (2004)
44. *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI e FRANCESCO PALERMO (2004)
45. *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese* - ANNA SIMONATI (2004)
46. *Profitto illecito e risarcimento del danno* - PAOLO PARDOLESI (2005)
47. *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA e CARLO CASONATO (2005)
48. *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli* - MARINO MARINELLI (2005)
49. *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18 marzo 2005* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA e GIOVANNI PASCUZZI (2005)
50. *L'Italia al Palazzo di Vetro. Aspetti dell'azione diplomatica e della presenza italiana all'ONU* - (a cura di) STEFANO BALDI e GIUSEPPE NESI (2005)
51. *Appalti pubblici e servizi di interesse generale. Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Novembre - Dicembre 2004* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e DARIA DE PRETIS (2005)

52. *Il termalismo terapeutico nell'Unione europea tra servizi sanitari nazionali e politiche del turismo* - ALCESTE SANTUARI (2006)

53. *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2006)

54. *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)

55. *Dialoghi sul danno alla persona*. Saggi raccolti nell'ambito della seconda edizione dei "Dialoghi di diritto civile" tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento (a.a. 2004-2005) - (a cura di) UMBERTO IZZO (2006)

56. *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. 26 novembre 2004 - (a cura di) CARLO CASONATO e MARCO BERTI (2006)

57. *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato* - CARLO CASONATO (2006)

58. *La famiglia senza frontiere*. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005 - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2006)

59. *Sicurezza informatica: regole e prassi*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 6 maggio 2005 - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)

60. *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: le forme di tutela del turista-consumatore*. Atti del Convegno. Trento-Rovereto, 4-5 novembre 2005 - (a cura di) SILVIO BUSTI e ALCESTE SANTUARI (2006)

61. *La Società Cooperativa Europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana?* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Economia di Trento il 24 giugno 2005 - (a cura di) ANTONIO FICI e DANILO GALLETTI (2006)

62. *Le impugnazioni delle delibere del c.d.a. Premesse storico-comparatistiche* - SILVANA DALLA BONTÀ (2006)

63. *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 10-11 marzo 2006 - (a cura di) ELENA IORIATTI FERRARI (2007)
64. *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2007)
65. *Il contratto di trasporto di persone marittimo e per acque interne* - ALCESTE SANTUARI (2007)
66. *Il Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007 - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007)
67. *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* - GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007)
68. *Modelli sanzionatori per il contrasto alla criminalità organizzata. Un'analisi di diritto comparato* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI (2007)
69. *Il fattore "R". La centralità della riscossione nelle manovre di finanza pubblica*. Atti del Convegno. Trento, 17 novembre 2006 - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2007)
70. *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007 - (a cura di) ROBERTO CASO (2008)
71. *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia* - LAURA BACCAGLINI (2008)
72. *Libertà di riunione - Versammlungsfreiheit in Italien* - CLEMENS ARZT (2008)
73. *Diligentia quam in suis* - GIANNI SANTUCCI (2008)

74. *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*. Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento Maggio - Giugno 2007 - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE COZZIO (2008)

75. *L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive* - CARLO BONA e BARBARA BAZZANELLA (2008)

76. *Bioetica e confessioni religiose*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 12 maggio 2006 - (a cura di) ERMINIA CAMASSA e CARLO CASONATO (2008)

77. *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco* - CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE (2008)

78. *Problemi attuali della giustizia penale internazionale. Aktuelle Probleme der Internationalen Strafrechtswissenschaften*. Atti del XXVII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 26-27 ottobre 2007. Akten des XXVII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 26.-27. Oktober 2007 - (a cura di / herausgegeben von) GABRIELE FORNASARI e ROBERTO WENIN (2009)

79. *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e Open Access*. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008 - (a cura di) ROBERTO CASO (2009)

80. *Il superamento del passato e il superamento del presente*. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana - (a cura di) EMANUELA FRONZA e GABRIELE FORNASARI (2009)

81. *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*. Atti del seminario internazionale (Trento, 20-21 ottobre 2006) - (a cura di) MASSIMO MIGLIETTA e GIANNI SANTUCCI (2009)

82. *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici* - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA - (edizione italiana a cura di) GABRIELE FORNASARI ed EMANUELE CORN (2009)

83. *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni* - (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e SANDRO MANICA (2009)

QUADERNI PUBBLICATI NELLA COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

84. *E-Learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore* -
SIMONETTA VEZZOSO (2009)

COUPON D'ORDINE COLLANA "QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE
GIURIDICHE DELL'UNIVERSITÀ DI TRENTO"

Compilare ed inviare al Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di
Trento, via posta (Via Verdi 53 – 38100 Trento – Italia) o via fax (+ 39 0461 881874).

Dati per la spedizione:

Cognome e nome
o Ragione sociale _____

Indirizzo _____

Città e C.A.P. _____

Telefono _____

E-mail _____

Barrare la casella qui a fianco se si desidera ricevere la fattura.

Codice fiscale / Partita IVA
(obbligatorio) _____

N. copie	Titolo	Autore

Accetto la forma di pagamento a mezzo contrassegno postale con l'addebito delle spese
di spedizione correnti per ordini di importo inferiore a euro 25,00.

*Informativa resa ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003
- Codice in materia di protezione dei dati personali -*

Il trattamento dei dati personali viene svolto nell'ambito del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, nel rispetto di quanto stabilito dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e dalle norme regolamentari della medesima Università. Il "titolare" del loro trattamento è l'Università di Trento. I dati personali sono trattati esclusivamente per fini istituzionali, con strumenti automatizzati per il tempo strettamente necessario a conseguire gli scopi per cui sono stati raccolti. Specifiche misure di sicurezza sono osservate per prevenire la perdita dei dati, usi illeciti o non corretti ed accessi non autorizzati. I soggetti cui si riferiscono i dati personali hanno il diritto in qualunque momento di ottenere la conferma dell'esistenza o meno dei medesimi dati e di conoscerne il contenuto e l'origine, verificarne l'esattezza o chiederne l'integrazione o l'aggiornamento, oppure la rettificazione (art. 7 del d.lgs. n. 196/2003). Ai sensi del medesimo articolo si ha il diritto di chiedere la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, nonché di opporsi in ogni caso, per motivi legittimi, al loro trattamento. Le richieste vanno rivolte al Dipartimento di Scienze Giuridiche. Nessun dato personale viene comunicato o diffuso. Il presente modulo integra una richiesta di invio di materiale informativo. I dati personali forniti mediante il medesimo modulo sono utilizzati al solo fine di eseguire il servizio o la prestazione richiesta e sono comunicati a terzi nel solo caso in cui ciò sia a tal fine necessario.

Data:

Firma leggibile:

