UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PAVIA

Dottorato di ricerca in diritto privato, diritto romano

e cultura giuridica europea

XXX ciclo - 2014/2017

L'utilizzazione economica e l'utilizzazione privata

delle opere dell'ingegno

Coordinatore: chiarissimo professore Dario Mantovani

Relatore: chiarissimo professore Michele Bertani

Dottorando: dottore Ivan Casella

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE ALLA TESI

CAPITOLO I: LA NATURA E LA GIUSTIFICAZIONE DEL DIRITTO DI AUTORE

1. Premessa *(13)*
2. Il quadro degli interessi nel processo creativo ed il diritto di autore sulla creazione *(14)*
3. Evoluzione storica dei sistemi di protezione degli interessi dell'autore fino alla nascita dei moderni sistemi di diritto di autore *(17)*
4. I due sistemi di diritto di autore moderni e la loro divergenza ideologica e di disciplina *(24)*
5. La natura del diritto di autore *(29)*
   5.1. La tesi monopolistica *(32)*
   5.2. La tesi proprietaria *(38)*
6. La giustificazione del diritto di autore *(43)*
   6.1. La giustificazione utilitaria *(45)*
   6.2. La giustificazione giusnaturalista *(49)*
7. La comune matrice ideologica giusnaturalista e proprietaria dei due sistemi di diritto di autore moderni *(52)*
8. La convergenza ideologica attraverso l'armonizzazione internazionale ed europea *(58)*

9. Conclusioni *(64)*

CAPITOLO II: L'UTILIZZAZIONE ECONOMICA DELLE OPERE DELL'INGEGNO

1. Premessa *(68)*

2. La normativa *(70)*

3. L'opera dell'ingegno *(73)*

4. Il primo elemento della clausola generale: l'utilizzo dell'opera dell'ingegno *(83)*

   (Segue). Il test *(97)*

   4.1. Estraneità del mero godimento spirituale al concetto di utilizzo *(99)*

   (Segue). Il limite dell'utilizzo computazionale *(101)*

   4.2. Estraneità del godimento personale al concetto di utilizzo *(106)*

   (Segue). Il limite della liceità dell'esemplare *(111)*

   (Segue). Il limite delle opere utili *(115)*

   4.3. Altre concezioni di utilizzo *(117)*

5. Il secondo elemento della clausola generale: l'utilizzo economico dell'opera dell'ingegno *(119)*

   5.1. L'economicità come riflesso negativo sulla vita economica dell'opera: il criterio che appropria tutti i possibili profitti conseguibili mediante qualsiasi forma di utilizzo dell'opera *(125)*

   (Segue). Il test *(133)*

(Segue). Le conseguenze della sua applicazione *(134)*

5.2. L'economicità come ingerenza nelle scelte di determinazione delle dimensioni di disponibilità dell'opera sul mercato: il criterio che appropria i profitti di tipo monopolistico derivanti dal controllo dell'offerta dei prodotti e servizi che incorporano l'opera *(137)*

(Segue). Il test *(144)*

(Segue). Le conseguenze della sua applicazione *(144)*

5.3. L'economicità come utilizzo in una attività economica di impresa: il criterio che appropria i profitti derivanti dallo sfruttamento imprenditoriale dell'opera *(145)*

(Segue). Il test *(157)*

(Segue). Le conseguenze della sua applicazione *(158)*

5.4. Il caso Google Books *(159)*

6. Il carattere negativo dell'utilizzo economico *(163)*
7. L'applicazione sul piano processuale delle diverse concezioni di utilizzo economico *(164)*
8. Conclusioni *(172)*

CAPITOLO III: L'UTILIZZAZIONE PRIVATA DELLE OPERE DELL'INGEGNO

1. Premessa *(176)*
2. Il principio di libertà di utilizzazione privata nel diritto della proprietà intellettuale *(179)*
3. Il principio di libertà di utilizzazione privata nel diritto di autore *(183)*

4. Il principio di libertà di utilizzazione privata con riferimento alla facoltà di riproduzione *(196)*

5. Le ragioni giustificative del principio di libertà di riproduzione privata *(200)*

5.1. La funzione di assicurare un ragionevole potere di godimento all'utilizzatore e di accrescere il valore economico della privativa del titolare *(201)*

(Segue). Lo sfruttamento delle potenzialità offerte dalle tecnologie digitali *(207)*

5.2. La funzione di garantire la riservatezza degli utilizzatori *(212)*

(Segue). La riservatezza degli utilizzatori in ambiente digitale *(213)*

5.3. L'agevolazione dell'accesso all'informazione e la disseminazione delle creazioni *(219)*

(Segue). L'accesso all'informazione e la disseminazione delle creazioni in ambiente digitale *(224)*

5.4. L'ineffettività dell'*enforcement (226)*

(Segue). L'*enforcement* in ambiente digitale *(231)*

5.5. I costi di transazione ed il fallimento del mercato *(233)*

(Segue). I costi di transazione in ambiente digitale (*237)*

6. L'estensione del principio di libertà di riproduzione privata *(240)*

6.1. La connessione soggettiva tra la persona che effettua la copia e la persona che ne fruisce *(254)*

6.2. Il numero di copie *(257)*

6.3. La natura del soggetto che effettua la copia *(259)*

6.4. La realizzazione diretta da parte del soggetto che effettua la copia *(263)*

6.5. La finalità non commerciale e non lucrativa del soggetto che effettua la copia *(268)*

6.6. La liceità dell'originale ed il titolo su di esso *(271)*

6.7. Il pagamento di un compenso *(275)*

7. Conclusioni *(294)*

CONCLUSIONI ALLA TESI

BIBLIOGRAFIA

Introduzione alla tesi

Nel corso degli ultimi quattro decenni, ha avuto luogo una vera e propria rivoluzione tecnologica. In meno di quaranta anni, le tecnologie informatiche e telematiche sono nate e si sono diffuse capillarmente in ogni angolo del pianeta, ed hanno così dato origine ad una realtà interconnessa dove l'informazione e la comunicazione avvengono in tempo reale e dove ogni utente della rete può accedere con semplicità ed immediatezza a qualsiasi contenuto digitale. L'avvento della società dell'informazione ha influito in ogni settore dell'ordinamento giuridico, e spesso ha comportato mutamenti radicali nel diritto vigente senza che intervenisse alcuna modifica normativa. L'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, sollecitata dalla maturazione di nuove sensibilità e dallo sconvolgimento degli equilibri tradizionali tra i contrapposti interessi, si è inserita nei principi del sistema normativo e nelle clausole generali della legge, e ne ha cambiato radicalmente la struttura ed il significato[1].

Questo fenomeno ha interessato in particolare il diritto della proprietà intellettuale. Per secoli, esso è stato caratterizzato da alcuni principi fondamentali. Tra questi, il principio secondo cui il controllo del titolare della privativa intellettuale ed industriale si limita allo sfruttamento imprenditoriale della risorsa protetta in una attività economica esercitata professionalmente e diretta alla produzione o allo scambio di beni e servizi. Tra questi, anche il principio che ne costituisce la naturale conseguenza secondo cui l'utilizzazione della risorsa nella sfera privata è libera per ogni consociato. Per secoli, non si è mai dubitato che ciascun

1 Per alcune riflessioni sulle clausole generali e la determinazione dei loro contenuti, si veda BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1950, 358 ss.; GAMBINO, *Note in tema di logica giuridica*, in *Riv. dir. civ.* 1968, 512 ss.; PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica, una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.* 1969, 455 ss..

consociato, al di fuori di una attività economica imprenditoriale, potesse riprodurre o comunicare una creazione intellettuale, o attuare un'invenzione, o apporre un segno distintivo, in assenza di una successiva commercializzazione del bene e del servizio. Negli ultimi quattro decenni, senza che nessuna modifica normativa sia intervenuta, sembra invece si diano quasi per certi i principi opposti. Il nuovo diritto di autore che si sviluppa nella società dell'informazione sembrerebbe fondarsi sull'idea secondo cui il titolare abbia il controllo di ogni utilizzazione della creazione, che possa astrattamente incidere sulla sua vita economica, e che quindi possa potenzialmente ridurre i profitti conseguibili mediante il suo sfruttamento. Nella prospettiva del nuovo diritto di autore, sembrerebbe che ogni utilizzazione idonea a ridurre la capacità di profitto della creazione dovrebbe ricadere sotto il controllo del titolare, anche se essa si collochi nella cerchia privata di un consumatore o di un utente che abbia già pagato un prezzo per l'acquisto dell'esemplare o del contenuto. In questa prospettiva, il titolare potrebbe ancora esigere un corrispettivo ulteriore dopo l'acquisto dell'esemplare per lo svolgimento della fruizione privata, ed anche questa remunerazione aggiuntiva, in linea di principio, dovrebbe essergli assicurata[2].

Questo sconvolgimento dei fondamenti del diritto di autore può essere spiegato come conseguenza della rivoluzione tecnologica. Litman sintetizza efficacemente questa correlazione con queste parole: *"The proliferation of digital technology has made personal use both easier to*

2 A questo proposito, può essere interessante la riflessione sulla neutralità tecnologica del diritto di autore, in DUSOLLIER, *Technology as an imperative for regulating copyright: from the public exploitation to the private use of the work*, in *EIPR* 2005, 201 ss.. Per una riflessione su come le tecnologie informatiche e telematiche abbiano influito sul diritto di autore, si veda FABIANI, *La sfida delle nuove tecnologie ai diritti degli autori*, in *IDA* 1993, 519 ss..

track, trace, and charge for, and a more formidable threat to conventional commercial exploitation of copyrights"[3]. In questa riga di testo sono espressi i due concetti fondamentali che servono per comprendere come le tecnologie dell'informazione abbiano condotto all'estensione dell'esclusiva nella sfera privata. Prima dell'avvento di queste tecnologie, il titolare dei diritti non aveva interesse a controllare la sfera privata, in quanto lo sfruttamento economico dell'opera avveniva mediante la sua utilizzazione in una attività di impresa, e nessun guadagno addizionale sarebbe potuto provenire da una ipotetica estensione dell'esclusiva al godimento privato. Neppure avrebbe potuto materialmente controllarla, in quanto non era fattibile una invasione massiva della forza pubblica nei luoghi di privata dimora dei consumatori, e comunque questa invasione non sarebbe stata tollerabile per la protezione di un mero interesse patrimoniale. Con l'avvento delle tecnologie dell'informazione, questi due presupposti sono esattamente sovvertiti. Dapprima, le nuove tecnologie hanno reso l'utilizzo privato una minaccia per lo sfruttamento imprenditoriale dell'opera, e cioè lo hanno reso idoneo a pregiudicare le possibilità di guadagno con esso conseguibili. In altri termini, hanno reso concorrenziale l'utilizzo privato rispetto all'utilizzo imprenditoriale. Successivamente, ne hanno consentito il controllo, senza costi eccessivi e senza una invasione inaccettabile della sfera di riservatezza dei consociati. In particolare, questo è avvenuto con l'ideazione ed il progressivo raffinamento delle misure tecnologiche di protezione e delle informazioni sul regime dei diritti. Queste tecnologie consentono oggi, con un livello di sicurezza sufficiente, di impedire qualsiasi copia dell'esemplare digitale[4].

3 LITMAN, *Lawful personal use*, in *Texas law review* 2007, 1872.

In questo quadro di rapido ed incerto cambiamento dei principi a fondamento del sistema di autore, è divenuto meno definito il confine tra l'esclusiva del titolare ed il dominio pubblico[5]. Questo lavoro intende precisamente studiare alcuni di questi principi per chiarire un frammento di questo confine. Esso si focalizza su un particolare aspetto del dominio pubblico, e cioè quello dell'utilizzo aneconomico e privato della creazione intellettuale. Di questi aspetti, si effettua una ricostruzione sistematica, attraverso l'analisi dei concetti, delle categorie e dei criteri che sono funzionali a comprendere il carattere economico ed il carattere privato dell'utilizzazione della creazione intellettuale. In questo modo, si delineano le regole operative per la distinzione tra l'utilizzazione

---

4 Per comprendere bene la correlazione, si rinvia a STADLER, *Copyright as a trade regulation*, in *University of Pennsilvanya law review* 2007, 899 ss..

5 Per dominio pubblico qui si intende in senso ampio *"the realm of equal freedom to access and use works, inventions and other products of human mind that are not, or not at all, or not anymore, or not with respect to certain uses, subject to IP protection"* in PEUKERT, *A European public domain supervisor*, in *International review of intellectual property and competition law* 2011, 125. Si veda in proposito LITMAN, *The public domain*, in *Emory law journal* 1990, 965 ss.; VAN CAENEGEM, The p*ublic domain: scientia nullius?*, in *EIPR* 2002, 324 ss.; SAMUELSON, *Enriching discourse on public domains*, in *Duke law journal* 2006, 783 ss.; DEAZLEY, *Rethinkink copyright: history, theory, language*, Edward Elgar, Northampton, 2006, 107 ss.. Ma per critiche a questo approccio sul dominio pubblico si veda invece SAMUELSON, *Mapping the digital public domain: threats and opportunities*, in *Law and contemporary problems* 2003, 147 ss.. Qui, per dominio pubblico, quindi, si intende genericamente ciò che è aldilà del controllo del titolare, e quindi per la cui fruizione non occorre il suo consenso. Si pensi alle idee che non costituiscano forme espressive, o si pensi alle forme espressive non creative o non nuove, o si pensi alle creazioni per cui sia spirato il termine finale di protezione. Si pensi anche alle attività di utilizzo espressamente liberalizzate mediante specifiche eccezioni e limitazioni previste dalla legge. Si potrebbe anche pensare ad un'altra parte essenziale del dominio pubblico, ed in particolare alle attività di fruizione della creazione intellettuale protetta che non ne costituiscano un utilizzo, oppure che non presentino il carattere della economicità. L'oggetto su cui ci si intende soffermare in questo lavoro è esattamente quest'ultimo.

dell'opera che è soggetta al controllo del titolare e l'utilizzazione dell'opera che è libera e non necessita del suo consenso.

La necessità di definire un confine equilibrato tra i poteri del titolare sull'opera ed i poteri dell'utilizzatore sull'esemplare sembra essere particolarmente avvertita in questo momento di profonda crisi di legittimazione del diritto di autore nel giudizio del pubblico dei consumatori e degli utenti. Negli ultimi decenni, con l'avvento della società dell'informazione, si è diffuso tra i consociati un pericoloso sentimento di insofferenza nei confronti dell'ampiezza e della pervasività dei poteri del titolare sulla risorsa. Essi vengono, sempre in misura maggiore, percepiti come una ingiusta barriera allo sviluppo della conoscenza ed alla disseminazione delle creazioni, funzionali più alla protezione di interessi particolari dell'industria culturale piuttosto che all'incentivazione dell'attività creativa ed alla giusta remunerazione dello sforzo creativo. Questo sentimento di insofferenza che serpeggia tra i consumatori e gli utenti verso il nuovo sistema di diritto di autore sembra essere particolarmente intenso in quei suoi tratti che impongono limitazioni al godimento della sfera privata, riducono la comodità di fruizione dei contenuti ed ostacolano lo sfruttamento delle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie digitali. Senza dubbio, uno dei profili del nuovo sistema autorale che i consociati avvertono come maggiormente ingiusto è proprio quello dell'estensione del controllo del titolare alla sfera della fruizione privata di esemplari per cui è già stato pagato un prezzo. In particolare, questa sensazione di ingiustizia si rafforza quando l'estensione del controllo del titolare impedisce di sfruttare le potenzialità che le nuove tecnologie digitali offrono in termini di accessibilità e comodità nella fruizione della creazione. Ebbene, in presenza di un sentimento di insofferenza e di ingiustizia radicato e diffuso tra i

consociati, lo studio del regime normativo del diritto di autore nella sfera aneconomica e privata sembra costituire un tema di particolare interesse ed attualità. In questo quadro, in questa prospettiva, e su questi assunti, si colloca questo lavoro[6].

6 Per una idea dell'intensità del dibattito, e per riflessioni sull'importanza di un ritorno alla legittimazione morale del diritto di autore, si veda LITMAN, *War and peace: the 34th annual Donald Brace lecture*, in *Journal of the USA copyright society* 2006, 101 ss..

Capitolo I: La natura e la giustificazione del diritto di autore

Indice del capitolo: 1. Premessa; 2. Il quadro degli interessi nel processo creativo ed il diritto di autore sulla creazione; 3. Evoluzione storica dei sistemi di protezione degli interessi dell'autore fino alla nascita dei moderni sistemi di diritto di autore; 4. I due sistemi di diritto di autore moderni e la loro divergenza ideologica e di disciplina; 5. La natura del diritto di autore; 5.1. La tesi monopolistica; 5.2 La tesi proprietaria; 6. La giustificazione del diritto di autore; 6.1. La giustificazione utilitaria; 6.2. La giustificazione giusnaturalista; 7. La comune matrice ideologica giusnaturalista e proprietaria dei due sistemi di diritto di autore moderni; 8. La convergenza ideologica attraverso l'armonizzazione internazionale ed europea; 9. Conclusioni.

1. Premessa

Questa prima parte della tesi intende svolgere alcune brevi riflessioni preliminari sulla natura e sulla giustificazione del diritto di autore in una prospettiva storica e comparatistica. Questo obiettivo è perseguito tentando di delineare le linee essenziali delle vicende che hanno condotto alla nascita dei due moderni sistemi di protezione degli interessi degli autori, e focalizzando l'attenzione sulle varie teorie filosofiche che fanno da fondamenta a ciascuno di essi. La finalità è quella di ottenere delle valide linee interpretative da adoperare nel prosieguo della trattazione per la definizione del contenuto della clausola generale di utilizzazione economica e per la definizione del regime normativo delle attività di utilizzo privato. In altri termini, in questa prima

parte, si procede a svolgere dei brevi cenni di storia e filosofia del diritto di autore, con la finalità di ottenere strumenti interpretativi utili per la ricostruzione sistematica dei profili e delle problematiche che costituiscono l'oggetto di questo lavoro, oltre che per acquisire un minimo di consapevolezza del contesto storico ed ideologico in cui sono state operate nel tempo le scelte interpretative da cui dipende il loro inquadramento e la loro risoluzione[7].

2. Il quadro degli interessi nel processo creativo ed il diritto di autore sulla creazione

Le creazioni dell'intelletto umano, che costituiscono innovazioni creative ed apportano un contributo al comune patrimonio rappresentativo e conoscitivo, coinvolgono nelle loro vicende molteplici interessi tra loro contrastanti, che fanno capo a diversi soggetti, e che hanno natura in parte privata ed in parte pubblica. Questo è subito chiaro se si considera che le forme attraverso cui le persone esprimono la propria creatività possono essere godute spiritualmente dalle altre, ed in questa fruizione avviene una impressione estetica oppure una acquisizione culturale e conoscitiva, che hanno in loro un valore economico, in quanto, per esse, altre persone sono disposte a pagare. A questo, va aggiunto che la persona che realizza l'espressione creativa dispone raramente delle risorse economiche ed organizzative necessarie alla sua valorizzazione sul mercato, e cioè, specialmente, alla sua incorporazione in prodotti culturali e servizi culturali mediante i quali ottenere corrispettivi pecuniari. Infine, va anche considerato che questa

7 Concetto bene espresso in PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, in FIORE, *Il diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1927, 48 ss. ed in DAVIES, *Copyright and the public interest*, Thomson Reuters, London, 2002, 9 ss..

forma espressiva riflette la personalità del creativo, e quindi influenza decisamente la percezione che i consociati hanno dei suoi valori e delle sue qualità morali, e pertanto contribuisce a determinare la sua reputazione. Il quadro così delineato rappresenta solo la parte privata degli interessi coinvolti nel processo creativo. In questo quadro, i soggetti portatori di interessi sono l'autore, l'utilizzatore e l'impresa intermediaria. Evidentemente, l'autore della creazione intellettuale ha interesse a controllare la sua utilizzazione per conseguire un guadagno economico e per realizzare una percezione corretta della sua personalità tra i consociati, mentre l'utilizzatore finale ha interesse a goderne spiritualmente per ottenere un piacere estetico o un accrescimento culturale e conoscitivo, ed infine l'impresa intermediaria ha interesse a massimizzare i profitti del suo investimento.

Accanto agli interessi privati, vi sono, anche, interessi pubblici, ed in particolare questi sono riconducibili a due tipologie. Un fondamentale interesse pubblico è quello alla massimizzazione del numero delle creazioni intellettuali realizzate dai consociati, al fine dell'avanzamento della cultura e della conoscenza. Questo interesse viene normalmente perseguito attraverso la costituzione di qualche forma di premio incentivo per il privato, il quale può consistere nel controllo della sua creazione mediante un diritto esclusivo, ovvero in un compenso per la sua utilizzazione, ovvero in un contributo economico pubblico o privato per la sua realizzazione. Ciascuna di queste tre forme di premio incentivo è stata sperimentata nel corso dell'evoluzione storica dell'istituto autorale, ed oggi, seppure con una netta prevalenza della prima, queste tre forme di premio incentivo convivono insieme nei moderni sistemi di diritto di autore. Altro fondamentale interesse pubblico, è quello alla massimizzazione della circolazione e disseminazione degli esiti creativi,

al fine di rendere accessibili a tutti gli avanzamenti della cultura e della conoscenza che sono stati realizzati. Questo interesse viene normalmente perseguito mediante l'attribuzione di qualche forma di posizione soggettiva al privato, o in alternativa l'istituzione di qualche meccanismo sostitutivo, che funzioni in modo da allocare la risorsa secondo canoni di efficienza, ed in particolare, a questo proposito, si pensi alla attribuzione del diritto esclusivo per la costituzione di un meccanismo di contrattazione libera tra privati, ed, altresì, si pensi alla previsione della gestione collettiva dei diritti su base volontaria o obbligatoria per la costituzione di un meccanismo di contrattazione vincolata tra i privati. Entrambi i meccanismi tendono, seppure con logiche diverse, allo stesso fine, e cioè mirano alla massimizzazione della diffusione degli esiti creativi presso il pubblico dei consociati.

Ebbene, l'insieme delle norme giuridiche che istituiscono e disciplinano un sistema di protezione degli interessi privati del creativo e determinano la misura in cui questi devono essere soddisfatti con preferenza rispetto agli altri interessi privati e pubblici, compone, nel suo insieme, il diritto di autore[8]. Con un linguaggio più preciso ed elegante, il diritto di autore: *"designa le tecniche di appropriazione delle forme espressive generate dalla creatività umana"*[9], e quindi: *"copyright as an*

8 Per una ricostruzione completa degli interessi privati coinvolti, si veda BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 453 ss. e COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2010, 8 ss.. Sull'interesse pubblico, invece, si veda, per l'ordinamento interno SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 2013, 1 ss.; per l'ordinamento inglese DAVIES, *Copyright and the public interest*, Thomson Reuters, London, 2002, 1 ss.; per l'ordinamento americano OTTOLIA, *The public interest and intellectual property models*, Giappichelli, Torino, 2010, 1 ss..

9 BERTANI, *Diritti di autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 222 ss..

institutional phenomenon functions by conferring upon the owner of the copyright in a work a bundle of rights, which rights enable that owner to prevent others from using the work, in certain ways, without first asking for permission to do so"[10]. Questi sono, in estrema sintesi, gli interessi alla base dell'istituto, e queste sono, in prima approssimazione, le norme giuridiche che lo compongono e che lo regolano.

3. Evoluzione storica dei sistemi di protezione degli interessi dell'autore fino alla nascita dei moderni sistemi di diritto di autore

In epoca greca e romana, il diritto di autore non esisteva, nel senso che non è dato rinvenire, nelle fonti e nelle riflessioni dei giuristi, l'esistenza di un sistema di protezione diretta degli interessi patrimoniali e morali dell'autore, che fosse separato, distinto e speciale rispetto al sistema del diritto privato generale. Pertanto, in questo periodo, semplicemente, gli interessi del creativo ricevevano una protezione indiretta nelle forme ed in base agli strumenti del diritto privato generale. In sostanza, secondo le ricostruzioni maggiormente accreditate, l'interesse patrimoniale del creativo, a conseguire un guadagno mediante lo sfruttamento economico della risorsa, veniva soddisfatto attraverso il riconoscimento della titolarità del diritto di proprietà sul supporto materiale originale che incorporava l'opera e la sua successiva alienazione a terzi. Mentre, l'interesse spirituale alla corretta formazione della propria reputazione presso i consociati veniva soddisfatto attraverso alcune figure di illecito civile, dalle quali derivava, anche se indirettamente, il potere di scegliere se e quando pubblicare l'opera. Più in concreto, ed in

10 DEAZLEY, *Rethinkink copyright: history, theory, language*, Edward Elgar, Northampton, 2006, 106 ss..

breve, le regole del diritto privato generale assicuravano all'autore una qualche forma minima di controllo sulla risorsa, in quanto, da un lato, gli garantivano il potere di scegliere se e quando pubblicare la sua opera, e, dall'altro lato, gli offrivano la possibilità di una monetizzazione *una tantum* con la vendita del manoscritto originale di sua proprietà. In questo senso, il controllo dell'autore si arrestava alla pubblicazione ed alla vendita del manoscritto originale, mentre, da quel momento, le facoltà di godimento dell'acquirente non conoscevano limiti.

Senza addentrarsi in discorsi complicati che richiedono conoscenze storiche specialistiche, è qui sufficiente, ed allo stesso tempo rilevante, comprendere le ragioni per cui i giuristi romani si astennero dall'istituire un sistema di protezione diretto degli interessi autorali. Ebbene, a questo proposito, si è generalmente concordi nello spiegare l'assenza di tutele giuridiche in favore dell'autore con una giustificazione di tipo puramente economico. In particolare, si ritiene generalmente che, l'assenza di una specifica protezione giuridica per la creazione intellettuale, fosse conseguenza della mancanza di valore economico che un'eventuale esclusiva sulla attività di riproduzione avrebbe avuto, e ciò evidentemente a causa dell'eccessività dei costi e dei tempi della moltiplicazione in copie. Secondo questa ricostruzione, i giuristi romani non concepirono alcuna situazione di vantaggio per il creativo sugli esiti del suo lavoro intellettuale perché la riproduzione dell'opera era talmente costosa da non lasciare spazio per una remunerazione ulteriore. In una situazione in cui nessuno era disposto a pagare per la fruizione della creazione una somma superiore al prezzo del bene materiale che la incorporava, sarebbero, quindi, mancati i presupposti economici per le elaborazioni giuridiche sull'immateriale. La conseguenza dell'assenza di protezione dell'immateriale era, quindi, l'acquisizione di una centralità assoluta del

mezzo materiale, ed in esso l'opera, in sostanza, finiva per identificarsi. Nella prospettiva romana qui descritta, il proprietario della *res* si sentiva legittimato, in base al suo diritto dominicale sul supporto, a fare ciò che voleva della creazione. Si sentiva pienamente libero di leggere il libro e ricopiarlo, e, quando fosse stato dotato di un'organizzazione imprenditoriale, si sarebbe anche sentito libero di moltiplicarlo in copie dettandolo ad una platea di scrivani, come in effetti facevano alcuni librai in possesso di folti gruppi di schiavi con le capacità necessarie. In sintesi, si potrebbe affermare che ogni legame con il creativo era interrotto dal primo atto di cessione del mezzo materiale, il quale avrebbe dovuto adeguatamente soddisfare ogni sua aspettativa. Dopo quel momento, chiunque avesse acquisito la proprietà di un esemplare avrebbe potuto comportarsi come proprietario sia di esso che di ciò che in esso era incorporato, e quindi avrebbe potuto liberamente riprodurre, distribuire, comunicare l'entità intellettuale racchiusa nella materia fisica.

Ebbene, in un lavoro che è diretto a definire l'attuale confine tra i poteri del titolare sull'opera ed i poteri dell'utilizzatore sull'esemplare, la comprensione di questa situazione e di questa giustificazione sembra rivestire una certa importanza. In effetti, da questi elementi, è dato intravedere una stretta correlazione tra l'evoluzione delle tecnologie di riproduzione e, da un lato, il valore economico della creazione, e, dall'altro lato, il rafforzamento dei poteri del titolare sull'opera con conseguente indebolimento di quelli dell'utilizzatore sull'esemplare. Questa interdipendenza sarà ripresa e sviluppata approfonditamente in diverse parti di questo lavoro, e ne costituirà una delle linee di sviluppo essenziali. In particolare, nel corso della trattazione, emergerà con evidenza come l'evoluzione del confine tra i poteri del titolare e quelli dell'utilizzatore si sia progressivamente spostato, dal secondo verso il

primo, in corrispondenza di ogni evoluzione tecnologica dei mezzi di riproduzione che abbia comportato una riduzione significativa dei costi di realizzazione degli esemplari[11].

Nei secoli che seguirono il crollo dell'impero romano, la situazione rimase sostanzialmente immutata sotto i profili che qui interessano. Anche qui, senza addentrarsi in discorsi complessi che richiedono conoscenze specialistiche, è sufficiente dire che, con ogni probabilità, nel periodo che va dal crollo dell'impero romano d'occidente all'anno mille, è ragionevole ritenere che l'attività di riproduzione scomparve sostanzialmente, non avvertendosene più nemmeno l'esigenza. D'altronde, i costi di realizzazione di copie si fecero proibitivi, in quanto, da un lato, le pergamene divennero sempre più scarse e, dall'altro lato, le persone letterate si fecero sempre più rare.

Mentre, dopo l'anno mille, seppure ripresero in misura molto ridotta alcune attività di riproduzione, ancora nulla mutò rispetto agli aspetti qui in esame. Le poche attività di riproduzione si concentrarono nei monasteri, dove gli amanuensi ricopiavano a mano le opere ritenute più significative, affinché non andassero perdute. In questi luoghi, i monaci che procedevano alla copia a mano, con enorme dispendio di tempo ed energie, effettuavano riproduzioni di ogni tipo di opera senza porsi questione alcuna sui compensi dell'autore, ed inoltre spesso commettevano errori, nonché immettevano volontariamente

11 Per ricostruzioni specialistiche delle forme di protezione degli interessi autorali in epoca greca e romana, ci si limita a rinviare a STOLFI, *Il diritto di autore*, Società editrice libraria, Milano 1932, 6 ss.; ATENOLFI, *Appunti di storia dell'evoluzione del diritto d'autore*, in *IDA* 1979, 186 ss.; PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1982, 1137 ss.; BARGELLINI, *Focilide Teognide e il sorgere del concetto di proprietà letteraria*, in *Riv. dir. ind.* 1991, 226 ss..

interpolazioni, e non di rado omettevano del tutto qualsiasi indicazione di paternità.

Il presupposto economico per la concezione giuridica dell'immateriale si verificò quando il costo della riproduzione dell'opera si ridusse notevolmente, e quindi divenne concepibile il pagamento di un compenso separato ed ulteriore rispetto al costo di realizzazione della copia. Questo avvenne in conseguenza di una delle più grandi rivoluzioni tecnologiche della storia occidentale, e cioè l'invenzione della stampa. L'abbattimento dei costi di moltiplicazione in copie che il trovato determinò rese possibile domandare all'utilizzatore finale un prezzo più alto rispetto al mero costo del supporto, e quindi rese possibile remunerare l'idea e la sua espressione. L'opera poteva così separarsi dal supporto ed acquisire piena autonomia economica. Essa diveniva idonea ad essere adoperata in una attività economica per produrre nuova ricchezza. Pertanto, essa poteva, per la prima volta, essere oggetto di una regolazione giuridica distinta da quella del supporto materiale, e che fosse diretta ad appropriare questo valore economico in capo ad un soggetto[12].

Con l'avvento dell'umanesimo e del rinascimento, rifiorì il mercato librario e ripresero, con rinnovato vigore, le attività di riproduzione in tutta Europa. All'affermarsi di un forte interesse per la conoscenza e per le opere letterarie, principalmente quelle dell'antichità greco romana, che creò le condizioni per la rinascita della domanda di libri, fecero seguito cospicui investimenti degli editori nella nuova invenzione della stampa, che servirono a realizzare la corrispondente offerta. Limitando l'analisi storica al solo profilo che qui interessa, va posto in luce che, con il fiorire del mercato librario, la riserva dell'attività di riproduzione acquisiva

12 Per ricostruzioni approfondite ci si limita a rinviare a Yu, *Of monks, medieval scribes, and middlemen*, in *Michigan State law review* 2006, 3 ss..

finalmente, di fatto, valore economico. A fronte della nascita di questo valore economico, fu concepita la prima forma di protezione diretta degli interessi autorali, nacque cioè il sistema dei privilegi. All'inizio dell'umanesimo, i sovrani, i principi, i signori europei e altre diverse autorità politiche iniziarono a concedere, dietro le suppliche dei loro sudditi, brevetti, patenti, ed altri atti di varia denominazione. Si trattava di atti formalmente normativi, ma dal contenuto particolare in quanto riferito a casi determinati, i quali provvedevano in concreto anziché prevedere in astratto. Nonostante la diversità delle forme esteriori e dei contenuti testuali, è possibile rintracciare un elemento comune essenziale, ed in particolare, questi atti attribuivano, per benevolenza dell'autorità, la riserva su una attività economica di riproduzione di un'opera, di un insieme di opere, o di un genere di opere ad un editore o ad un autore, prevedendo sanzioni amministrative per la sua violazione. Quindi, assicuravano al beneficiario il potere di escludere gli altri dall'esercitare una qualsiasi attività economica concorrente, e perciò costituivano veri e propri monopoli. Nel tempo, questo istituto subì una profonda evoluzione. Il suo oggetto si restrinse ad una singola opera, il suo beneficiario divenne esclusivamente l'autore di quest'opera, e soprattutto le condizioni per il rilascio del titolo furono gradualmente fissate in atti normativi generali ed astratti che limitavano la discrezionalità dell'autorità nella concessione del beneficio. Ad ogni modo, però, la costituzione

dell'esclusiva necessitava sempre dell'intermediazione dell'esercizio di un potere pubblico nello specifico caso concreto[13].

Il diritto d'autore moderno nacque con l'illuminismo ed il liberalismo. Il pensiero illuminista, da un lato, mise al centro l'uomo, inteso come individuo, dopo secoli in cui tutto era ruotato intorno alla comunità, e l'uomo era stato concepito solo come parte della comunità, e, dall'altro lato, valorizzò la meritevolezza dell'apporto creativo individuale nel progresso culturale e conoscitivo umano. Accanto al movimento culturale illuminista, il pensiero ideologico liberale contrastò la pervasività del controllo pubblico ed esaltò la libertà e l'autonomia dei privati. Queste correnti di pensiero, nel loro operare sinergico, sollecitarono l'adozione di strumenti giuridici efficienti e svincolati dalla discrezionalità sovrana per premiare il merito individuale, sostenere la produzione di nuova ricchezza e rafforzare la libertà di iniziativa economica. In questo contesto, videro la luce le prime leggi che attribuivano diritti esclusivi su creazioni intellettuali in assenza di atti e valutazioni discrezionali dell'autorità politica o amministrativa. Il moderno diritto d'autore nacque proprio quando la legge previde, in via generale ed astratta, la costituzione di diritti esclusivi, al verificarsi di fatti o di atti legalmente predeterminati, ed in forza della legge stessa. Il passaggio, dalla concessione sovrana del diritto in base ad un atto discrezionale e concreto, alla costituzione automatica del diritto in base alle previsioni generali ed astratte della

13 In questo breve passaggio si è messo in luce l'unico profilo qui rilevante del sistema dei privilegi, procedendo ad una semplificazione netta. Per una accurata disamina, invece, ci si limita a rinviare a FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, 269 ss. e FRANCESCHELLI, *Le origini e lo svolgimento del diritto industriale nei primi secoli dell'arte della stampa*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 151 ss.. Si vedano anche GINSBURG, "*Une chose publique?" The author's domain and the public domain in early British, French and U.S. copyright law*, in *Cambridge law journal* 2006, 638 ss. e si veda BUGBEE, G*enesis of american patent and copyright law*, Public affairs press, Washinghton, 1967, 12 ss..

legge, costituì il momento di nascita del nuovo sistema di diritto di autore. L'elemento essenziale, che segnò il passaggio dal sistema dei privilegi al sistema moderno di diritto di autore, fu esattamente la costituzione del diritto in base alla legge generale ed astratta al verificarsi di presupposti predeterminati ed oggettivi[14].

4. I due sistemi di diritto di autore moderni e la loro divergenza ideologica e di disciplina

Il primo sistema moderno di diritto di autore nacque con il Copyright act del 1710[15] in Inghilterra; questa fu la prima legge che attribuì all'autore un diritto esclusivo di riproduzione, per un tempo limitato, in forza della creazione dell'opera e della sua pubblicazione e registrazione presso un'istituzione pubblica. Il secondo sistema moderno di diritto di autore nacque, invece, durante la rivoluzione francese con i Decreti rivoluzionari del 1791 e 1793[16]; queste due leggi assicurarono all'autore il diritto esclusivo di riproduzione e di rappresentazione, per un certo tempo, ed in forza del mero deposito. Il punto di svolta rispetto al passato, segnato da questi atti, era, come si è accennato, nella costituzione del diritto esclusivo in base alla legge ed in assenza di discrezionalità dell'autorità

14 Anche qui si è messo in luce solo qualche elemento rilevante ai fini della trattazione. Invece, per una disamina completa, ci si limita a rinviare alla ricostruzione di GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1974, 6 ss.; UBERTAZZI, *Introduzione*, in AMMENDOLA e UBERTAZZI, *Il diritto d'autore*, Utet, Torino, 1993, 9 ss.; RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 339 ss.; SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli, Milano, 2009, 41 ss.; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 1 ss..

15 Stauto della regina Anna del 10 aprile 1710, Inghilterra.

16 Decreto di Le Chapelier del 19 gennaio 1971 e decreto di Lakanal del 19 luglio 1793, Francia.

pubblica. Come accennato, il diritto si costituiva in base alle previsioni generali ed astratte della legge, senza la necessità di intermediazione di alcun provvedimento amministrativo. In questo, le leggi presentavano tra di loro un contenuto comune. Esse davano così origine ai moderni sistemi di diritto di autore.

Nella dottrina tradizionale, vi è una tendenza ad enfatizzare questo momento, come il fondamentale punto di cesura nella storia del diritto di autore moderno. Nella prospettiva tradizionale, infatti, con questi due atti normativi, le strade degli ordinamenti di *common law* e di *civil law*, si separavano definitivamente.

A questo proposito, si è soliti rilevare che già i due atti normativi presentavano una differenza ideologica fondamentale, la quale, poi, nel corso dei secoli, avrebbe radicato significative differenze strutturali e di disciplina nei due diversi sistemi. In particolare, la diversità delle impostazioni ideologiche emergerebbe immediatamente dal confronto letterale delle leggi che vi diedero origine. Nella legge inglese si legge: *"an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies during the times therein mentioned"*[17], mentre nella legge francese si legge: *"la plus sacrèe, la plus personelle de toutes les proprietes est l'ouvrage, fruit de la pensèe d'un ecrivain"*[18]. Quindi, il diritto di autore nascerebbe, nei sistemi di *common law*, con una funzione pubblicistica, e cioè come incentivo alla creazione al fine della massimizzazione della disponibilità di opere, ed invece nascerebbe, nei sistemi di *civil law*, con una funzione privatistica, e cioè come strumento di appropriazione di ciò che spetta per

17 Precisamente costituisce la denominazione della legge.

18 Precisamente nella relazione alla legge.

natura. Pertanto, in un sistema, il centro sarebbe essenzialmente costituito dalla collettività e dalla società nel suo complesso, mentre, nell'altro sistema, il centro si identificherebbe sostanzialmente con la persona dell'autore.

Questa divergenza ideologica fondamentale alla base dei due sistemi non si rifletteva immediatamente nei contenuti degli atti normativi che li istituivano. Anzi, questi ultimi erano, a quel tempo, in larga misura sovrapponibili. Infatti, dal confronto dello Stauto della regina Anna e dei Decreti rivoluzionari francesi, emerge una quasi integrale coincidenza delle discipline normative. Ma, questa differenza ideologica si sarebbe riflessa sulla struttura dei due sistemi con il passaggio dei decenni e dei secoli, ed avrebbe quindi, nel corso della loro evoluzione storica, comportato l'emersione di una ampia serie di significative differenze di struttura e disciplina. Tra esse, si annoverano tradizionalmente, in particolare quelle che seguono, e che sono qui descritte in modo generico per rendere l'idea: (i) nei sistemi di *common law*, il contenuto del diritto esclusivo verrebbe determinato mediante una tipizzazione tassativa delle facoltà di utilizzazione e quindi delle specifiche attività riservate all'autore, ed invece, in quelli di *civil law*, il contenuto del diritto verrebbe delineato mediante clausole generali dal significato indeterminato; (ii) nei sistemi di *common law*, la fattispecie costitutiva del diritto comprenderebbe diverse formalità quali l'apposizione di segni grafici sull'opera ed il deposito di un esemplare, ed invece, nei sistemi di *civil law*, la creazione sarebbe da sola sufficiente; (iii) nei sistemi di *common law*, riceverebbero protezione solo le opere pubblicate, ed invece, in quelli di *civil law*, sarebbe garantita tutela ad ogni creazione purché essa sia estrinsecata e quindi anche se inedita; (iv) nei sistemi di *common law*, la creatività dell'opera verrebbe intesa in senso minimale, e sarebbe sufficiente che questa sia frutto di

uno sforzo dell'autore e non sia stata copiata. Invece, nei sistemi di *civil law*, sarebbe necessario che nell'opera si evidenzi il modo personalissimo dell'autore di rappresentare ed esprimere la realtà, e quindi sia impressa l'impronta della sua personalità; (v) nei sistemi di *common law*, le persone giuridiche potrebbero essere titolari del diritto di autore a titolo originario ed immediatamente sin dalla costituzione del diritto, ed invece, nei sistemi di *civil law*, solamente a titolo derivativo; (vi) nei sistemi di *common law*, gli interessi morali dell'autore non sarebbero protetti dal diritto di autore, bensì sarebbero tutelati dalla disciplina generale dei diritti della personalità. Nei sistemi di *civil law*, invece, all'autore sarebbero garantiti ampi poteri a protezione dei suoi interessi morali al riconoscimento della paternità ed all'integrità dell'opera; (vii) nei sistemi di *common law*, i diritti circolerebbero secondo la disciplina comune dei contratti e delle obbligazioni, e quindi senza limitazioni speciali. Invece, nei sistemi di *civil law*, vi sarebbero numerose disposizioni che sortirebbero l'effetto di limitare la circolazione dei diritti. Alcune di esse imporrebbero requisiti di forma ai contratti, ed in particolare la forma scritta. Altre sancirebbero l'intrasferibilità di alcuni diritti, ed in particolare l'intrasmissibilità dei diritti futuri, l'impignorabilità dei diritti patrimoniali, e l'indisponibilità dei diritti morali. Altre consacrerebbero principi interpretativi che ostacolerebbero la circolazione, ed in particolare il principio dell'indipendenza delle facoltà esclusive tra di loro ed il principio del trasferimento limitato allo scopo. Altre, infine, imporrebbero il pagamento di compensi ulteriori dopo la definitiva cessione del diritto, o in relazione a specifiche modalità di utilizzo, oppure in corrispondenza di certi aumenti di valore della creazione. Adesso, è certamente vero che oggi è generalmente riconosciuto che molte delle differenze di disciplina appena riferite non siano riconducibili alla diversa impostazione

ideologica iniziale, ma piuttosto all'emersione nel tempo ed al progressivo rafforzamento dei diritti della personalità negli ordinamenti di *civil law*. Così come è, pure, generalmente riconosciuto che molte differenze si siano progressivamente attenuate o siano scomparse nell'ambito dei lunghi processi di armonizzazione internazionale ed europea. Ma, ancora oggi, si ritiene che la differente impostazione ideologica abbia avuto un ruolo decisivo su alcune delle differenze di disciplina appena menzionate, le quali, ancora oggi, contraddistinguerebbero i differenti sistemi di diritto di autore.

A ciascuno di questi due sistemi moderni di diritto di autore, la dottrina tradizionale ha fatto corrispondere una differente ricostruzione della natura e della giustificazione del diritto di autore. Da un lato, i sistemi di *common law* configurerebbero i diritti dell'autore sulla creazione come diritti di monopolio, giustificandoli utilitaristicamente, quali premi incentivi per il progresso collettivo. Nel senso che, la privativa assicurerebbe l'esclusiva nell'esercizio di alcune attività con l'opera per un tempo limitato, in via eccezionale, al solo fine di incentivare le attività creative. Invece, dall'altro lato, i sistemi di *civil law* aderirebbero alla concezione del diritto di proprietà, con una giustificazione evidentemente giusnaturalista, incentrata sul riconoscimento al creativo di un diritto che già gli spetta in natura, quale corollario della proprietà sulla sua persona e sulle energie che da essa promanano[19].

---

19 Sulla dottrina tradizionale, si vedano le voci più autorevoli, quali ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 687; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1974, 8 ss.; UBERTAZZI, *Introduzione*, in AMMENDOLA e UBERTAZZI, *Il diritto d'autore*, Utet, Torino, 1993, 9 ss.; RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 339 ss. e 488 ss..

Nel prosieguo della trattazione, sulla scorta degli studi storici più recenti, si tenterà di mettere in luce alcuni elementi, dai quali si evincerebbe ragionevolmente che le divergenze ideologiche tra i sistemi di *common law* e di *civil law* erano, già in fase genetica, e sono, soprattutto dopo il processo di integrazione europea, più sfumate di quanto si possa pensare. Per il momento, per ragioni di ordine nella trattazione, si tiene buona la distinzione tradizionale ed i suoi corollari classici, e si procede a svolgere qualche breve cenno sulle principali tesi e ricostruzioni della natura e della giustificazione del diritto di autore, con riserva di approfondire successivamente il tema[20].

5. La natura del diritto di autore

Al fine di comprendere gli elementi fondamentali che caratterizzano i due sistemi di diritto di autore moderni nel loro momento genetico, conviene partire dal tema della natura del diritto di autore. Questo tema è particolarmente difficile e controverso. Di seguito, si tenterà di affrontarlo svolgendo una analisi storica e comparatistica. L'analisi si incentra sul momento di passaggio dal sistema dei privilegi ai sistemi moderni di diritto di autore, e cerca di comprendere quali elementi siano transitati

20 Per spunti interessanti sul tema, anzitutto IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Carrocci, Roma, 2010, 119 ss., ma anche LOEWENHEIM, *Copyright in civil law and common law countries: a narrowing gap*, in *AIDA* 1994, 161 ss.. Altri spunti in LJUNGMAN, *The function of copyright in the present day society*, in *Revue internationale du droit d'auteur* 1976, 65 ss.; GINSBURG, *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, in *Tulane law review* 1990, 991 ss.; BOYTHA, *The justification of the protection of authors' rights as reflected in their historical development*, in *Revue internationale du droit d'auteur* 1992, 101 ss.; SHERMAN e STROWEL, *Of authors and origins*, Clarendon press, Oxford, 1994, 131 ss.; COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2010, 31 ss.; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 27 ss.; KRETSCHMER, BENTLY e DEAZLEY, *The history of copyright history*, in *The WIPO journal* 2013, 35 ss..

dalla tradizione alla modernità, e dove, invece, si siano verificati i punti di rottura.

Nel sistema dei privilegi, il diritto esclusivo, che veniva costituito dal provvedimento in capo al suo destinatario, aveva una natura di monopolio. Il privilegio assicurava, infatti, l'esclusiva nell'esercizio di una certa attività economica tipicamente imprenditoriale con l'opera, e quindi si limitava a riservare questa attività nei rapporti con altri soggetti economici. In base ad essi, veniva garantito al beneficiario il monopolio nell'offerta di un certo prodotto o di un certo servizio sul mercato. Tipicamente, il privilegio di stampa riservava all'editore l'esclusiva nella attività di riproduzione e distribuzione di un'opera letteraria e, quindi, nell'offerta del relativo bene sul mercato, ed il privilegio teatrale riservava all'impresario l'esclusiva nella attività di rappresentazione di un'opera drammatica e, quindi, nell'offerta del relativo servizio sul mercato. Questa riserva serviva ad impedire che altri editori o impresari svolgessero la medesima attività ed offrissero i medesimi beni e servizi sul mercato. In questo modo, il destinatario del provvedimento, generalmente uno stampatore o un impresario, acquisiva un monopolio sulla attività, tipicamente di stampa o di rappresentazione, nel senso che solo lui poteva produrre e commercializzare il libro ovvero solo lui poteva rappresentare il dramma davanti ad un pubblico[21].

Nei moderni sistemi di diritto di autore, la situazione diviene più complessa. Con la loro nascita, è coniata la espressione suggestiva *"proprietà intellettuale"*, e questa espressione legislativa evoca e suggerisce un cambio radicale nelle concezioni sulla natura del diritto. La questione non è puramente nominalistica. Essa potrebbe denotare,

21 FRANCESCHELLI, *Le origini e lo svolgimento del diritto industriale nei primi secoli dell'arte della stampa*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 151 ss..

invece, un cambiamento radicale nella natura giuridica dell'istituto, seppure intervenuto non istantaneamente, ma nel corso dei decenni e dei secoli. La rivoluzione francese, e l'ideale illuministico che la ispirava, tentarono di cancellare l'impressione di benevola concessione sovrana che circondava i diritti di privativa, e nel farlo coniarono una espressione che evocasse la struttura del diritto dominicale[22]. Il Decreto rivoluzionario sulle opere letterarie in Francia del 1791[23] fu il primo ad adoperare la formula *"propriété intellectuelle"*, in realtà preceduto di qualche giorno dalla legge sulle privative che adoperava *"propriété industrielle"*[24]. Essa si trasmise, così, alle leggi italiane preunitarie, ed in particolare al Decreto del 1806 per il Regno d'Italia[25], ed al Decreto del 1810 per il Regno delle Due Sicilie[26]. Di lì, passò alle convenzioni internazionali, quali la Convenzione di Parigi del 1883[27]. In sostanza, quindi, una parte della legge non parlava più di riserva di attività tipicamente imprenditoriale, bensì di proprietà su una entità non definita con precisione. Il mutamento terminologico, secondo le ricostruzioni più accreditate, costituirebbe, più che il punto di arrivo, il punto di partenza di un radicale cambiamento nella concezione dell'istituto, ed in particolare dalla concezione monopolistica a quella proprietaria. Infatti, se si lanciasse uno sguardo, anche solo superficiale, alle tendenze evolutive dell'istituto intervenute

22 FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 3 ss..

23 Decreto del 19 gennaio 1791, Francia.

24 Decreto del 7 gennaio 1791, Francia.

25 Decreto del 24 giugno 1806, Italia.

26 Decreto del 2 marzo 1810, Regno delle due Sicilie.

27 Convenzione per la protezione della proprietà industriale, conclusa a Parigi, il 20 marzo 1883. Per una ricostruzione completa si rinvia a FRANCESCHELLI, *"Proprietà industriale" origini e portata di tale formula legislativa*, in *Riv. dir. ind.* 1955, 117 ss..

dopo questo cambio di denominazione, si comprenderebbe agevolmente come l'adozione di quest'espressione legislativa si accompagni ad un più generale processo di reificazione della risorsa protetta, il quale potrebbe forse avere condotto, nei decenni e nei secoli, ad un mutamento della natura giuridica dell'istituto anche nella sostanza oltre che nella denominazione. Nei nuovi sistemi di diritto di autore, infatti, nel tempo, i diritti esclusivi si sono espansi secondo la logica della reificazione e dell'appropriazione di ogni utilità, come è di tutta evidenza. A questo proposito, si pensi all'espansione dell'oggetto della protezione, dalle opere scritte e drammatiche, ad ogni forma di creazione intellettuale a carattere creativo. Si pensi all'espansione del contenuto della protezione, dalla attività di riproduzione, dalla stampa e rappresentazione, a qualsiasi attività di utilizzazione. Si pensi all'espansione della durata della protezione, da pochi decenni, a settanta anni *post mortem auctoris*. In questo quadro, ispirato a logiche nuove e diverse, è discusso se il diritto esclusivo, all'esito di questi processi evolutivi, conservi la sua natura originaria di monopolio, oppure se, invece, assecondi le nuove logiche proprietarie, e di conseguenza muti corrispondentemente la sua natura giuridica[28].

5.1. La tesi monopolistica

Una delle tesi in campo sulla natura del diritto di autore, nata e radicata negli ordinamenti di *common law*, ed apparsa solo per un breve

28 La questione linguistica non è marginale, in quanto il linguaggio che si adopera esprime una impostazione ideologica che influenza decisamente la disciplina positiva, sul punto si veda STERK, *Rhetoric and reality in copyright law*, in *Michigan law review* 1996, 1197 ss. e RYAN, *Fair use and academic expression: rethoric, reality and restrictions in academic freedom*, in *Cornell journal of law and public policy* 1998, 541 ss..

periodo di tempo e con scarsa diffusione negli ordinamenti di *civil law*, è quella del monopolio sulle attività con l'opera. Evidentemente, tale tesi conserva l'impostazione dogmatica del precedente sistema dei privilegi sul piano della tecnica di protezione, seppure su basi ideologiche e con contenuti completamente diversi. Per comprenderla, se ne tracceranno, dapprima, gli assunti economici, e, poi, i corollari giuridici. Quanto agli assunti economici, essi si formano nel corso del XIX secolo, con la nascita del pensiero liberale che ha portato all'affermazione delle economie di mercato fondate sul principio di libera concorrenza. L'espressione deriva dal latino, *"cum currere",* e cioè *"correre insieme"*, e si ricollega concettualmente all'idea della competizione tra soggetti in una gara in cui tutti ambiscono a prevalere ma il cui esito è necessariamente positivo per alcuni e negativo per altri. I modelli astratti di economia di mercato in libera concorrenza sono molteplici e presentano caratteristiche complesse. Nelle costruzioni generalmente accettate, è determinante la possibilità per tutti gli operatori di svolgere le attività ed effettuare gli scambi secondo le proprie esigenze, valutate razionalmente, ed in assenza di condizionamenti, su quantitativi minimi rispetto agli ammontari complessivi, e senza asimmetrie informative. In un modello ideale dove siano presenti tutte le condizioni menzionate, la quantità ed i prezzi dei beni e dei servizi dovrebbe assestarsi a livelli ottimali, e, ad essa, dovrebbe affiancarsi una distribuzione delle risorse efficiente ed efficace, e, ciò, conseguentemente, dovrebbe determinare la massimizzazione dei vantaggi per tutti i soggetti coinvolti. Ebbene, la trasposizione sul piano giuridico di questi assunti economici si traduce in una serie di diritti e di libertà, generalmente riconosciuti negli Stati moderni, quali la libertà di iniziativa economica in ogni settore, la proprietà privata dei mezzi di produzione e la sua estensione ai frutti naturali e civili, la autonomia

negoziale e contrattuale, l'intangibilità della altrui sfera giuridica senza il consenso dell'interessato e senza una giustificazione, l'obbligo di risarcire il danno ingiusto[29].

Sin qui, gli assunti economici ed i principi giuridici che fanno da fondamenta ad ogni sistema di libera concorrenza. Tuttavia, all'interno di ciascun sistema di libera concorrenza, la necessità di soddisfare particolari interessi privati e pubblici, di volta in volta, secondo indirizzi e scelte di politica legislativa dettate da logiche particolari, fa sì che, ai fondamenti economici e giuridici appena enunciati, si affianchino elementi anticoncorrenziali che ne rappresentano la negazione. In questa prospettiva, il diritto dell'autore sull'opera dell'ingegno costituisce esattamente un elemento anticoncorrenziale all'interno di un sistema economico ispirato alla libera concorrenza, in quanto esclude in maniera assoluta la concorrenza in relazione a certe attività, ed istituisce per esse un monopolio, al fine di soddisfare interessi particolari privati e pubblici. In base all'opinione più diffusa e neutrale, il monopolio consiste nella situazione in cui un operatore vende da solo in un certo mercato un bene ed i suoi succedanei più vicini, e non vi sono altri operatori che offrono lo stesso bene o beni affini. Ogni operatore ha interesse ad operare in

29 Sul concetto economico di concorrenza e sulla sua affermazione nei moderni sistemi giuridici, con tutti i corollari di cui si è detto, si rinvia a VIDARI, *Scritti vari - Della libertà commerciale*, Hoepli, Milano, 1909, 317 ss.; MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in AA. VV., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1948, 3 ss.; ROTONDI, *Il valore giuridico del principio della libera concorrenza*, in AA. VV., *Studi di diritto industriale*, Cedam, Padova, 1957, 466 ss.; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 1960, 128 ss.. Ma anche ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, Società editrice foro italiano, Roma, 1936, 123 ss. e BAZOLI, *Principi democratici ed economia di mercato*, in *Iustitia* 2006, 363 ss.. Tra gli economisti, si vedano sul punto FERRARA, *Prefazione a Storch discussione sulla teoria dei prodotti immateriali*, Biblioteca dell'economista, Torino, 1853, 414 ss. e EINAUDI, *Rileggendo Ferrara: a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, in *Riv. storia economica* 1940, 217 ss..

questa situazione, in quanto essa consente la massimizzazione dei suoi guadagni. Ebbene, l'esclusiva autorale protegge giuridicamente questo interesse, ed attribuisce ad un soggetto il potere di esigere che questa situazione si verifichi, e di agire per la rimozione di un'eventuale divergenza da essa. L'esclusiva, cioè, assicura al titolare una situazione monopolistica, attribuendogli il potere di impedire che altri vendano lo stesso bene o un suo succedaneo. In questo quadro, ciascuno è libero di svolgere ogni attività e di offrire qualunque genere di prodotti, il diritto di autore si limita a riservare al titolare alcune attività, attribuendogli il potere di impedire che altri le svolgano, e quindi accentra su di lui l'offerta di uno specifico prodotto. L'individuazione delle attività riservate, e quindi dell'ambito di estensione del *non facere* che costituisce il contenuto dell'esclusiva e l'oggetto del monopolio, avviene in base all'opera dell'ingegno. In questo senso, la creazione intellettuale rileva solo indirettamente per il diritto di autore, e non è l'oggetto della protezione. Infatti, il diritto di autore non attribuisce al suo titolare poteri sulla creazione intellettuale, ma solamente su alcune attività che si possono svolgere con essa, e si esaurisce nel potere di impedire lo svolgimento di certe attività che vengono individuate con riferimento ad essa[30].

30 La migliore ricostruzione della teoria del monopolio nella dottrina italiana si rinviene in FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 7 ss.; FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica degli istituti di diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1956, 137 ss.; FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1957, 1 ss. e FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, 469 ss.. Altra ricostruzione autorevole è operata in CASANOVA, *Beni immateriali e teoria dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.* 1945, 76 ss.; CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Utet, Torino, 1955, 1 ss. e CASANOVA, *Impresa e azienda*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino,1974, 686 ss. e 718 ss.. Nella dottrina inglese, sulla persistente natura ancora oggi di monopolio del diritto di autore, si rinvia a DEAZLEY, *Rethinkink copyright: history, theory, lenguage*, in Edward Elgar, Northampton, 2006, 140 ss.; ma si veda anche DWORKIN e TAYLOR, *Copyright, designs and patents act 1988*, Oxford university press, Oxford, 1989, 104 ss.; PATTERSON, STANLEY e LINDEBERG, *The nature of*

La configurazione del diritto di autore come diritto di monopolio ha conseguenze rilevanti in sede ricostruttiva dell'istituto, sotto tre distinti profili. (i) Il primo profilo, di cui si è già fatta menzione quale elemento di continuità rispetto al sistema dei privilegi, è costituto dall'impostazione dogmatica sul piano della tecnica di protezione. In sostanza, sotto questo profilo, l'esclusiva non insisterebbe sull'opera dell'ingegno, bensì sull'attività di riproduzione e rappresentazione con l'opera dell'ingegno. La differenza non è affatto astratta, anzi, essa presenta corollari applicativi rilevanti, come si vedrà con il ragionamento qui di seguito riportato. Come più volte ricordato, secondo questa tesi, l'esclusiva garantirebbe al titolare del diritto un monopolio dell'attività con l'opera. Adesso, il monopolista è l'unico operatore che vende un certo bene sul mercato, e quindi determina la quantità di prodotto ed i prezzi di questo secondo il suo interesse a massimizzare i suoi guadagni. Questi ha interesse a vendere il più possibile ed a farlo al prezzo più elevato. Invece, il monopolista non ha alcun interesse a controllare le attività di fruizione della creazione che non riducono la domanda di beni sul mercato. In questo senso, non ha interesse a controllare almeno quelle attività con l'opera che non soddisfano neppure in parte la domanda di esemplari sul mercato, e non ne riducono neppure in parte il prezzo. Anzi, a bene vedere, esistono alcune attività di fruizione che finanche aumentano le utilità ottenibili dall'acquirente del singolo esemplare, e pertanto ne incrementano il valore di scambio e quindi il profitto conseguibile con la sua vendita. Il

---

copyright, *The university of Georgia press* 1991, 189 ss.; LADDIE, *Copyright: over-strenght, over-regulated, over-rated?*, in *EIPR* 1996*, 255 ss.;* DRAHOS, *Intellectual property and human rights*, in *Intellectual property quarterly* 1999, 349 ss.; MACCORMICK, *On the very idea of intellectual property*, in *Intellectual property quarterly* 2002, 227 ss.. In giurisprudenza sono molto interessanti le pronunce Cass. 16 maggio 1954, in *Riv. dir. ind.* 1954, 291 ss. e Cass. 6 ottobre 1954, in *Riv. dir. comm.* 1954, 165 ss..

monopolista ha paradossalmente interesse a che queste attività rimangano libere, in modo da potere vendere l'esemplare ad un prezzo maggiore, che incorpori anche queste utilità non altrimenti monetizzabili. Questo vale ad affermare che il controllo del monopolista sulla creazione non può logicamente estendersi ad ogni utilità astrattamente ottenibile, bensì dovrebbe limitarsi alle sole attività che riducono le possibilità di vendita o il prezzo del bene sul mercato. In conclusione, la fruizione della creazione che non intacca la domanda del bene sul mercato non influisce sulla posizione monopolistica del titolare del diritto, e la sua libertà anzi aumenta i profitti conseguibili attraverso la monetizzazione di valori che sarebbero altrimenti irrimediabilmente perduti. Questo tema tornerà più volte in questo lavoro, seppure in forme diverse. (ii) Il secondo profilo, che è quello più noto nella letteratura autorale, attiene al rapporto regola ed eccezione. Infatti, come è abbastanza evidente, nella teorizzazione del diritto di monopolio, si assume che il principio alla base del sistema giuridico sia quello di libera concorrenza, mentre il diritto di autore rappresenterebbe un elemento anticoncorrenziale che farebbe eccezione ai principi generali per la soddisfazione di interessi particolari. Di qui, tutte le conseguenze che, in sede interpretativa, derivano dalla qualificazione di eccezionalità, dai limiti alle letture esegetiche di tipo estensivo ed analogico, alla debolezza e recessività nei giudizi di bilanciamento con altri diritti. (iii) Infine, il terzo ed ultimo profilo attiene al contenuto della protezione, sotto l'aspetto orizzontale e verticale. Come ben noto, nella prospettiva monopolistica, infatti, l'ambito delle attività riservate è ristretto ad un novero ben definito e determinato con precisione, ed è temporalmente limitato[31].

31 Spunti in questo senso da PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1982, 1184 ss..

5.2. La tesi proprietaria

La tesi che invece è assolutamente dominante, ed oggi forse unanimemente condivisa, nei sistemi di *civil law*, è quella proprietaria. Infatti, le stesse leggi che istituiscono i moderni sistemi di diritto di autore evocano la categoria dogmatica del diritto reale per delineare il nuovo sistema di protezione degli interessi autorali, ed ispirano quindi riflessioni diverse rispetto al passato in ordine alla natura dell'esclusiva. Esse delineano il contenuto del diritto con diverse formulazioni, le quali fanno intendere che il diritto si costituisce su una entità giuridica e non su una attività. Secondo questa tesi, tale entità non esiste come cosa materiale e non è percepibile con i sensi, e tuttavia essa presenta tutte le caratteristiche che occorrono per essere oggetto di diritti soggettivi di tipo reale esattamente come la cosa materiale. In particolare, questa entità ha una sua esistenza nella realtà socio economica, è individuabile e separabile, ha piena autonomia economica e costituisce una risorsa rivale ed escludibile. Occorre soffermarsi brevemente su ciascuno di questi profili. Il creativo, che fissa nella sua mente un pensiero in un dato momento, e lo rende idoneo alla trasmissione trasfondendolo in un insieme di segni funzionali alla comunicazione intersoggettiva, ed infine lo estrinseca mediante la sua voce o la fissazione in un supporto materiale, compie una attività che genera un risultato. Questo risultato non è costituito dal fiato o dall'oggetto materiale in cui avviene l'incorporazione, ma dalla concezione intellettuale medesima incorporata in un supporto. La prestazione fisica e l'artefatto materiale sono solo i mezzi di accesso all'idea oggettivata dell'autore, e l'idea oggettivata dell'autore è solo un pensiero interiore fissato in certo momento. Ebbene, quando la concezione intellettuale si incorpora in un flusso di parole o in un mezzo

materiale, nasce un prodotto o un servizio culturale. Nella vita di relazione è questo prodotto o servizio culturale ad avere esistenza e ad avere valore economico in sé. Questo prodotto o servizio culturale è, inoltre, riconoscibile, distinguibile e separabile, sia dal supporto che dall'idea, ha quindi una sua autonoma individualità. Soprattutto, esso ha una sua autonomia economica, in quanto vi sono persone disposte a pagare per ottenerne il godimento. Questa entità, così descritta, è esattamente l'oggetto della protezione giuridica, ed, alla luce delle riflessioni svolte, in nulla si differenzia dalla cosa materiale[32].

A bene vedere, tuttavia, secondo le concezioni tradizionali, il bene immateriale così individuato presenterebbe caratteristiche economiche diverse rispetto al bene materiale, in quanto, si afferma generalmente che, a differenza del bene materiale, esso sarebbe suscettibile di godimento plurimo e solidale, e non sarebbe quindi scarso. In altri termini, a differenza del bene materiale, mediante il suo utilizzo, se ne potrebbero trarre utilità illimitate. Detto altrimenti, ciascuno potrebbe goderne, senza che il suo godimento limiti il godimento altrui[33].

Sul punto vanno però operate alcune precisazioni importanti. La prima è che, anche sotto i profili generalmente messi in evidenza nell'analisi economica del diritto, non si ha una perfetta sovrapponibilità tra l'opera dell'ingegno ed i tradizionali beni non rivali e non escludibili, quali l'aria, l'acqua ed il fuoco. A chi opina diversamente, si potrebbero muovere

---

32 Sul punto hanno scritto in particolare ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *IDA* 1958, 367 ss.; ARE, *L'oggetto del diritto di autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 35 ss.; ed anche GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948, 18 ss.; GRECO, *Beni immateriali*, in AA. VV., *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1960, 356 ss.; ed infine anche ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 318 ss..

33 *Ex multis*, SATTA, *Cose e beni nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 357 ss..

obiezioni non da poco. A questo proposito, si potrebbero mettere in luce alcune differenze qualitative importanti. Anzitutto, costituire un'esclusiva che renda artificialmente scarsa una creazione intellettuale è concretamente fattibile, e lo è da sempre. Semplicemente accordando ad un soggetto il potere di agire davanti ad un giudice per ottenere un ordine di cessazione dal godimento non autorizzato ed il risarcimento del danno patito per le utilità perdute in sua conseguenza, viene creata una barriera tra tale soggetto ed i consociati nella fruizione del bene. Questa barriera sarà più o meno efficace a seconda del pregio tecnico delle regole di diritto e dell'efficienza del sistema giudiziario, ma, in ogni caso, sarebbe comunque una barriera atta a rendere il bene scarso. Invece, la creazione fattuale di una barriera di questo tipo e con questi effetti è impossibile con i tradizionali beni non scarsi. O almeno, è infattibile in concreto. Quanto considerato vale a dire che è molto più facile riservare in esclusiva una creazione intellettuale, rispetto al riservare in esclusiva i tradizionali beni non scarsi. In secondo luogo, la riserva in esclusiva della creazione intellettuale gode da secoli di un solido sostegno morale, etico e sociale che giustifica l'appropriazione ai singoli della risorsa. Invece, nessun tipo di sostegno può razionalmente essere rinvenuto con riferimento alla riserva dei tradizionali beni non scarsi. Anzi, immaginare una riserva su tali beni appare, secondo qualsiasi persona di buon senso, irragionevole, pericoloso ed a tratti perfino assurdo[34].

La seconda precisazione è che, la scarsità del bene potrebbe essere considerata sotto un profilo ed una prospettiva diversa rispetto a quella tradizionale dell'analisi economica del diritto. In particolare, se, invece di prendere in considerazione il bene in sé ed il suo godimento spirituale,

34 PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1982, 1178 ss..

come si fa generalmente, si prendesse in considerazione il suo utilizzo ed il suo godimento economico, le cose starebbero diversamente. Infatti, è ben noto che ciascuno può liberamente godere spiritualmente della creazione, senza che questo limiti le possibilità di fruizione di altri. L'idea non si consuma, essa può essere contemplata un numero indefinito di volte, ed altrettante riprodotta e comunicata. Ma è altrettanto noto che, invece, ogni forma di godimento economico, intesa ampiamente come ogni di messa a disposizione a terzi dei mezzi che rendono accessibile la creazione, limita le ulteriori possibilità di fruizione. La domanda di mezzi per accedere all'opera è, infatti, limitata, ed il suo progressivo soddisfacimento la esaurisce nel tempo. Pertanto, il godimento economico dell'opera è limitato, e da essa si possono trarre utilità limitate, a differenza del godimento spirituale, che è intrinsecamente illimitato. Pertanto, se si considera il bene immateriale sotto il profilo economico, esso è sicuramente un bene scarso, esattamente come il bene materiale. Questa tesi, si ribadisce, non contrasta con il pensiero dominante che concepisce il bene immateriale come un bene intrinsecamente non scarso, non rivale e non escludibile. Piuttosto, questa tesi si limita solo a prendere in considerazione la questione sotto profili diversi da quelli considerati tradizionalmente[35].

Finora, si è detto che la creazione intellettuale è perfettamente idonea a costituire oggetto di un rapporto giuridico di tipo reale, al pari del bene materiale. Adesso, si aggiunge che, in effetti, su questa entità, la legge attribuisce al creativo un insieme di poteri modellati esattamente sul paradigma del diritto reale. Questo modello si fonda sull'idea dell'esclusione, nel senso che il diritto reale si estrinseca in un divieto

35 Si veda OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 187 ss..

generalizzato di interferenza tra un soggetto ed un bene, quando questo bene presenta una sua individualità ed un suo valore economico in quanto non rivale e non escludibile. Questo divieto di interferenza si rivolge ad ogni consociato, e quindi è opponibile *"erga omnes"*. Esso ha, come effetto conseguente, quello di escludere ogni altra persona dal godimento della risorsa protetta, in modo che tutte le utilità traibili da essa siano assicurate al titolare della risorsa medesima. Ebbene, il paradigma proprietario così abbozzato corrisponde esattamente alla tecnica legislativa con cui è definita la protezione dell'opera dai legislatori moderni[36].

La configurazione del diritto di autore come diritto di proprietà sull'opera dell'ingegno ha conseguenze rilevanti in sede ricostruttiva dell'istituto. (i) Adoperando l'ordine tracciato nel paragrafo precedente, va anzitutto rilevato che il diritto insiste sull'opera e non sull'attività. In questo senso, il proprietario, a differenza del monopolista, dovrebbe appropriarsi di ogni utilità che si possa ottenere dalla fruizione della cosa, almeno in linea di principio. In questa logica, non rilevano in alcun modo ragionamenti sulla domanda e sull'offerta dei beni e servizi che incorporano la creazione. Il proprietario ha interesse a controllare qualunque tipologia di fruizione della risorsa protetta, anche se essa non incide sulla domanda di beni e servizi che ne costituiscono l'estrinsecazione. Infatti, il controllo delle modalità di fruizione che non consentono di vendere beni e servizi ulteriori potrebbe comunque apportargli qualche utilità. In particolare, queste fruizioni minori potrebbero comunque essere licenziate per un qualche valore economico. In questo senso, il controllo della risorsa non dovrebbe

36 Si veda ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1950, 659 ss.; BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano, 1943, 161 ss..

arrestarsi alle fruizioni che incidono sulla vendita di prodotti e servizi ottenuti da essa, ma dovrebbe spingersi anche a tutte le altre fruizioni che comunque potrebbero essere licenziate dopo la cessione dell'esemplare o la prestazione del servizio. Ogni tipo e modalità di fruizione, dal cui controllo possa derivare una qualche utilità, dovrebbe essere in linea di principio riservato in esclusiva al titolare. Anche di questo tema si tratterà più diffusamente nel prosieguo, in forme diverse. (ii) Quanto al rapporto regola ed eccezione, è chiaro poi che la proprietà costituisce uno dei principi cardine del nostro sistema giuridico, e, quindi, a differenza del monopolio, è la regola piuttosto che l'eccezione, con tutte le conseguenze che questo ha sul piano interpretativo. (iii) Quanto, infine, al contenuto in senso orizzontale e verticale, è altrettanto evidente che la tecnica legislativa proprietaria si risolve in un divieto generalizzato nei confronti di ogni consociato di tenere comportamenti che possano potenzialmente limitare i vantaggi ottenibili dalla risorsa protetta, senza limiti di tempo. In questo senso, aderendo a questo paradigma, le tipologie di attività di utilizzazione della cosa, a differenza delle attività riservate al monopolista, sono infinite ed indeterminate, mentre la durata, se non eterna, è almeno considerevolmente lunga[37].

6. La giustificazione del diritto di autore

Al fine di comprendere gli elementi caratterizzanti i due sistemi di diritto di autore moderni nel loro momento genetico, conviene adesso passare ad un altro tema importante, ed in particolare al tema della funzione e giustificazione del diritto di autore. Il tema della funzione del

37 Si veda WALDRON, *The right to private property*, Oxford university press, Oxford, 1988, 33 ss.; PENNER, *The idea of property in law*, Oxford university press, Oxford, 1997, 72 ss.; UNDERKUFFLER, *The idea of property,* Oxford university press, Oxford, 2003, 11 ss..

diritto è strettamente connesso a quello della sua natura, che si è finora esaminato. In qualche modo, ne costituisce un corollario, come si potrà comprendere agevolmente dalla trattazione che segue. Anche in questa analisi, si procederà con una riflessione storica e comparatistica, la quale si colloca nel momento di passaggio tra il sistema dei privilegi ed i sistemi moderni di diritto di autore e cerca di estrapolare ed analizzare le continuità e le discontinuità.

Nel sistema dei privilegi, la giustificazione della protezione degli interessi autorali era puramente utilitaria. Il sovrano, il principe o il signore concedeva il monopolio principalmente per proteggere gli investimenti degli stampatori. L'invenzione della stampa, infatti, comportava dei cospicui investimenti iniziali e successivi costi marginali minimi. In assenza di una esclusiva sulla riproduzione e diffusione di una certa opera, non sarebbe stato conveniente effettuare l'investimento iniziale nelle strutture e nell'organizzazione che servono a moltiplicarla in copie. Pertanto, il privilegio assolveva una funzione di promozione degli investimenti degli stampatori per promuovere l'industria nascente e favorire la diffusione delle opere a stampa nel pubblico. A questa funzione, se ne affiancava anche un'altra, di tipo politico. In particolare, il privilegio era adoperato anche a fini di controllo sulla circolazione delle idee. Infatti, attraverso questo sistema, le autorità selezionavano gli editori che avrebbero potuto operare sul mercato, e quindi si assicuravano la loro fedeltà[38].

38 Sugli investimenti iniziali e costi marginali si veda BERTANI, *Diritti di autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 222 ss.. Sulla censura si veda RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 338 ss..

Nei nuovi sistemi di diritto di autore moderni, non è invece chiaro quale sia la funzione della privativa. Una parte della dottrina sostiene ancora tenacemente l'idea di una continuità con il passato, ancorché con un radicale mutamento del quadro complessivo. Questa ritiene che il diritto di autore assolva, ancora oggi, una funzione pubblicistica, anche se finalizzata al perseguimento di interessi diversi rispetto al passato. Un'altra parte della dottrina sostiene invece che, nel corso degli ultimi due secoli, il diritto di autore sia transitato definitivamente nel diritto privato e sia divenuto funzionale esclusivamente alla soddisfazione di interessi privati. In questo senso, il dibattito contrappone da una parte chi sostiene che l'istituto autorale sia funzionalizzato, oggi come ai tempi dei privilegi, all'interesse pubblico della collettività, e chi invece sostiene che l'istituto autorale sia gradualmente passato a proteggere, nel corso degli ultimi due secoli, solo l'interesse privato ad un guadagno da parte del titolare dell'esclusiva, ed abbia quindi abbandonato l'aspirazione a costituire uno strumento utile per il progresso ed il benessere della collettività nel suo complesso[39].

6.1. La giustificazione utilitaria

"The advantages arising from a system of copyright are obvious. It is desiderable that we should have a supply of good books; we cannot have such a supply unless men of letters are remunerated: and the least objectionable way of remunerating them is by means of copyright. It is good that authors should be remunerated; and the least objectionable way of remunerate them is by a monopoly. Yet monopoly is an evil. For

39 Una riflessione in BUCCI, *Interesse pubblico e diritto di autore*, Cedam, Padova, 1976, 79 ss. ed in CORNISH, *Authors in law*, in *Modern law review* 1995, 1 ss..

the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good"[40].

L'ideologia utilitaria nasce nel corso del XIX secolo negli Stati Uniti d'America, con le elaborazioni di Jeremy Bentham[41], e si sviluppa nel secolo successivo con la diffusione di analisi economiche sulla massimizzazione della ricchezza[42]. In questa sede, ci si limita a prendere in considerazione solo ed esclusivamente quegli aspetti che afferiscono al diritto di autore. Ebbene, secondo questa ideologia, per quanto qui rileva, il diritto di autore assolve una funzione sociale di interesse per la collettività. Esso nasce con la finalità di costituire una premio incentivo per la promozione delle attività creative, in modo da ottenere il massimo sviluppo possibile della cultura, dell'arte e della scienza. L'assunto politico di base è che la società ha interesse alla realizzazione del numero maggiore possibile di opere dell'ingegno, e l'assunto economico di base è che la produzione ottimale di creazioni intellettuali richiede l'introduzione di un forma adeguata di protezione dello sforzo creativo, in assenza della quale si verificherebbe un fallimento del mercato. In sostanza, secondo questa teoria, la principale motivazione, che spinge le persone umane a dispiegare lo sforzo creativo e le imprese ad effettuare l'investimento che

40 Tratto dal discorso di THOMAS MACAULAY, tenuto davanti alla *House of Commons*, il 5 febbraio1841.

41 Per una analisi del suo pensiero e dell'utilitarismo in generale, si rinvia a BELLINI, *L'utilitarismo giuridico di Bentham*, in *L'indice penale* 2008, 413 ss.. Ma si veda anche FREDERICK, *Bentham utilitarista?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1993, 325 ss. e FERRARO, *Legislazione e felicità. Dall'utilitarismo di Helvetius a quello di Bentham*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2016, 315 ss..

42 MARKOVITS, *The causes and policy significance of Pareto resource misallocation*, in *Stanford law review* 1975, 1 ss..

lo sorregge, è la garanzia che il risultato potrà essere sfruttato in esclusiva per un certo periodo di tempo, in modo da rientrare dei costi del proprio lavoro e del proprio capitale, ed ottenere un profitto per essi. Il mercato, da solo, non produrrebbe la stessa quantità di creazioni, e quindi tale quantità si assesterebbe ad un livello non ottimale. La ragione principale per cui il mercato delle opere dell'ingegno necessita del premio incentivo ai fini del suo corretto funzionamento deriva dalle caratteristiche ontologiche del bene stesso. Infatti, l'opera dell'ingegno, da un lato, richiede ai fini della sua realizzazione un investimento di tempo, energie e denari, e, dall'altro lato, non richiede ai fini della sua moltiplicazione in copie e diffusione alcun costo, o almeno richiede un costo comunque grandemente inferiore rispetto a quello di produzione. Pertanto, è naturale che gli operatori di questo mercato tendano a copiare anziché a produrre, con conseguente riduzione potenziale del numero di creazioni realizzate[43].

La garanzia dell'incentivo è, quindi, necessaria all'ottimizzazione della produzione del bene sul mercato, ed alla correzione del suo fallimento. Per mezzo della sua introduzione, avviene la massimizzazione della produzione potenziale del bene. Tuttavia, l'incentivo è in sé eticamente iniquo, in quanto limita i poteri di godimento del proprietario dell'esemplare sulla sua cosa, ed allo stesso tempo è socialmente pregiudizievole, in quanto ostacola la circolazione delle creazioni, ed infine è economicamente deleterio, in quanto restringe la libertà di concorrenza tra le imprese nella produzione di beni e servizi. Pertanto, esso andrebbe garantito nella misura strettamente indispensabile e necessaria all'eliminazione del malfunzionamento del mercato, in modo

43 GORDON, *An inquiry into the merits of copyright: the challanges of consistency, consent and encourage theory*, in *Stanford law review* 1989, 1438 ss..

da limitare al minimo tutti questi effetti negativi. La soluzione ottimale consiste, quindi, nell'introduzione dell'incentivo strettamente indispensabile alla massimizzazione della produzione di opere, senza nessuna concessione ulteriore, in modo che la collettività benefici del massimo numero di creazioni possibile, ed allo stesso tempo subisca il minimo possibile di effetti collaterali negativi[44].

Nell'ideologia utilitaria che si è descritta, il controllo del titolare sulla risorsa tende ad essere ristretto per due ordini di ragioni. (i) La prima ragione è che l'attribuzione da parte del legislatore dell'esclusiva su una certa attività di fruizione dovrebbe fondarsi su considerazioni comparative che rapportino l'intensità dell'incentivo con gli ostacoli alla disseminazione ed i pregiudizi alla concorrenza. Evidentemente, quando il controllo di una attività di fruizione non costituisse uno stimolo importante alla creazione, o quando presentasse effetti eccessivamente negativi sulla disseminazione, o sulla concorrenza, questo non dovrebbe essere concesso. Al contrario, esso andrebbe concesso solo ed esclusivamente quando, ad attenta valutazione comparativa, risulti che l'effetto di stimolo al progresso superi gli effetti collaterali negativi sulla diffusione della creazione presso il pubblico e sulla concorrenza tra gli operatori. (ii) La seconda ragione è che, nella prospettiva dell'ideologia utilitaria, l'esclusiva attribuita dal legislatore rimane funzionalizzata alla soddisfazione di un interesse pubblico, quello alla massimizzazione del numero delle creazioni, e pertanto tale esclusiva dovrebbe essere ritagliata su di esso, e limitarsi, nella sua estensione, a quanto strettamente necessario alla sua soddisfazione.

44 POSNER, *Economic analysis of law*, Little, Brown and company, Boston, 1977, 10 ss..

6.2. La giustificazione giusnaturalista

"Every man has a property in his own person. The labour of his body and the work of his hands are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property"[45], e da qui, *"there is still another species of property, which, being grounded on labor and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other; since the right of occupancy itself, is supposed by Mr. Locke, to be founded on the personal labor of the occupant"*[46].

L'ideologia giusnaturalista nasce nel corso del XVII secolo in Europa con le elaborazioni di Ugo Grozio[47], e si sviluppa nel XVIII secolo con le riflessioni, tra gli altri, di John Locke[48], per poi passare al diritto di autore con le elaborazioni di William Blackstone[49]. Anche qui, ci si limita a

---

45 LOCKE, *Second treaty on the governement*, Blackwell, Oxford, 1966, 25.

46 BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England, Volume 4,* Clarendon press, Oxford, 1765, 405.

47 Si rinvia a CORSANO, *Ugo Grozio. L'umanista, il teologo, il giurista*, Università di Lecce - Istituto di filosofia, 1999, 1 ss..

48 Si rinvia a BEDESCHI, *Locke filosofo della società civile*, in *Giornale critico della filosofia italiana* 1972, 39 ss..

49 La trasposizione dell'ideologia giusnaturalista nel diritto di autore è avvenuta ad opera di Blackstone in due momenti. Dapprima, con gli atti di causa ed un'arringa orale nel processo *Tonson versus Collins* del 1762 davanti al *King's bench.* Poi, con la sua opera più celebre, cioè i *Commentaries on the laws of England* del 1765 - 1769. Sul punto, in breve, NETANEL, *Why has copyright expanded? Analysis and critique*, in MACMILLAN, *New directions in copyright law, Volume 6*, Edward Elgar publishing, Celtenham, 2007, 21 ss.; ALEXANDER, *Copyright law and the public interest in the ninetenth century*, Hart publishing, Oxford e Portland, 2010, 176 ss.; ATKINSON e FITZGERALD, *A short history of copyright*, Springer, Heideberg, 2011, 25 ss..

riprendere solo pochi aspetti del pensiero giusnaturalista, e cioè quelli che sono strettamente rilevanti in questa sede in quanto afferiscono al diritto di autore. Ebbene, l'ideologia giusnaturalista si fonda sull'assunto dell'esistenza di un insieme di principi etici di giustizia universali ed immutabili, i quali sono immanenti alla natura dell'uomo, e sono da lui conoscibili razionalmente. Questi principi compongono il diritto di natura, e da essi è possibile dedurre, mediante inferenze logiche successive, un sistema giuridico razionale e completo. Tale sistema, ricavato razionalmente dai valori universali che sono nella coscienza di tutti gli uomini, costituisce il modello cui deve tendere il legislatore nello statuire il diritto positivo[50]. Tra i fondamentali principi etici universali, inscritti nella natura umana, v'è n'è uno in particolare che concerne l'istituto autorale, e cioè il principio secondo il quale ciascuna persona ha la proprietà di se medesima. Da questo principio, discenderebbe uno dei diritti naturali che andrebbe riconosciuto negli ordinamenti positivi, e che qui rileva particolarmente, e cioè il diritto di proprietà sulle cose generate con il proprio lavoro. Il ragionamento che porta, dai principi universali, al diritto di proprietà sulle cose frutto del lavoro, si articola in tre passaggi. Nel momento iniziale, allo stato di natura, tutto ciò che esiste appartiene in comune a tutti gli uomini, ma non è in grado di soddisfare le loro esigenze, e quindi è privo di valore. Quando un uomo adopera il proprio corpo e le proprie energie per trasformare alcuni dei beni comuni in altri beni idonei a soddisfare specifiche esigenze, viene dato un valore ad un'entità che ne era priva, e che quindi acquista un valore, in quanto in

50 Un'ottima illustrazione dell'ideologia giusnaturalista si rinviene nelle opere di Norberto Bobbio, in particolare BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963, 1 ss. e BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Napoli, 1972, 1 ss.. Per riflessioni sul diritto naturale nella società contemporanea DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Aracne, Roma, 2007, 1 ss..

essa viene incorporato il lavoro. Questo valore è interamente frutto del suo lavoro, e cioè delle energie fisiche ed intellettive del corpo su cui ha signoria assoluta ed esclusiva, e pertanto gli deve essere assicurato, preferibilmente mediante una tecnica giuridica di appropriazione che gli garantisca un controllo altrettanto assoluto ed esclusivo, e conseguentemente l'appropriazione di ogni utilità traibile[51]. Nella prospettiva giusnaturalista, quindi, il lavoro è il titolo per l'acquisto della proprietà sui risultati del proprio sforzo intellettivo, e tale proprietà appropria in capo al soggetto che ha esplicato lo sforzo ogni utilità traibile da questi risultati[52].

Va operata una precisazione importante, che vale a mitigare queste conclusioni. Il diritto di proprietà sulle cose create con il proprio lavoro non è privo di limiti, neppure nell'ideologia giusnaturalista. Infatti, altro fondamentale principio etico universale inscritto nella natura umana è quello che vieta la lesione dell'altrui sfera giuridica senza una giustificazione. Tale principio sembrerebbe costituire un limite invalicabile all'estensione di ogni altro diritto di natura. A bene vedere, la trasposizione di questo limite nel diritto di autore implicherebbe che il creativo non possa appropriarsi in via definitiva e permanente di una parte del comune patrimonio conoscitivo e rappresentativo. Egli dovrebbe lasciare agli altri consociati sufficienti materiali da cui partire per la realizzazione di altre creazioni, ed in ogni caso la sua appropriazione dovrebbe essere temporanea e limitata. In questo modo, ogni consociato

51 Sulla giustificazione giusnaturalista si veda anche CIAMPI, *Diritto d'autore, diritto naturale*, in *Revue internationale du droit d'auteur* 1957, 3 ss.; CIAMPI, *Diritto di autore, diritto naturale,* Giuffrè, Milano, 1957, 39 ss. e 85 ss. e DE SANCTIS, *Sulla natura giuridica del diritto di autore*, in *IDA* 1961, 26 ss..

52 DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto di autore*, in *AIDA* 1997, 405 ss..

dovrebbe potere trasformare ciò che è comune e privo di valore in beni economici attraverso il proprio lavoro. Invece, l'appropriazione arbitraria di ciò che è comune oltre questo limite, impedirebbe agli altri consociati di potere adoperare il proprio lavoro per produrre nuovi valori economici, con conseguente lesione della loro sfera giuridica[53].

Nell'ideologia giusnaturalista che si è descritta, il controllo del titolare sulla risorsa tende ad essere esteso. (i) Nella sua prospettiva, l'attribuzione dell'esclusiva non presuppone alcuna valutazione comparativa tra vantaggi e svantaggi, come invece nella prospettiva utilitaria. Infatti, l'esclusiva è attribuita dal legislatore al titolare per la soddisfazione di un suo interesse personale, e non viene quindi funzionalizzata ad alcun interesse collettivo. (ii) L'interesse privato che l'esclusiva tende a soddisfare è quello a trarre dalla risorsa ogni utilità conseguibile, con l'unico limite di lasciare nel dominio pubblico materiale sufficiente per non arrestare i processi creativi degli altri consociati. Pertanto, l'intero valore della creazione, che è frutto del lavoro intellettuale dell'autore, dovrebbe essere interamente attribuito al titolare, con il solo limite della libertà del processo creativo altrui.

7. La comune matrice ideologica giusnaturalista e proprietaria dei due sistemi di diritto di autore moderni

Sulla base delle ricostruzioni tradizionali, come già si è detto prima, si tende a pensare che la teoria monopolistica e utilitaria sia nata e si sia diffusa nei sistemi di *common law*, ed invece la teoria proprietaria e

53 Su questo tema, sono di particolare rilevanza le riflessioni di GALLI, *Nota a Appello Milano 21 Marzo 2000*, in *AIDA* 2000, *725* e di ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA* 2005, *1048.*

giusnaturalista sia stata concepita e si sia radicata nei sistemi di *civil law*. In sostanza, secondo ciò che si ritiene comunemente, sin dal principio, il *copyright* anglosassone ed il diritto di autore europeo avrebbero imboccato strade diverse, e per molti aspetti antitetiche, sotto il profilo dell'ideologia alla base del sistema di protezione. Poi, nel tempo, tale differenza ideologica avrebbe prodotto l'emersione di differenze strutturali nella disciplina normativa. In questo modo, si sarebbe realizzata una cesura netta tra i due sistemi, che, nata come divisione ideologica, si sarebbe gradualmente trasferita alla struttura normativa. Tuttavia, alla luce di alcuni recenti studi, la situazione appare essere, per certi versi, più complicata. In particolare, alcuni recenti ricostruzioni hanno evidenziato un forte radicamento dell'ideologia giusnaturalista in Inghilterra già agli albori del moderno sistema autorale inglese. In questo paragrafo, si intende fornire qualche spunto di riflessione per apprezzare quanto il pensiero giusnaturalista e proprietario fosse radicato nel momento genetico dei moderni sistemi di diritto di autore, non solo nei paesi di tradizione romanistica, ma anche in Inghilterra ed in generale nella realtà di *common law*[54].

L'influsso dell'ideologia giusnaturalista agli albori del sistema autorale inglese emerge, con particolare evidenza, dai dibattiti dottrinali che circondarono una interessante vicenda giudiziaria passata alla storia

54 La principale fonte in tema è costituita da alcuni lavori di Deazley, tra cui DEAZLEY, *The myth of copyright at common law*, in *Cambridge law journal* 2003, 106 ss.; DEAZLEY, *On the origin of the right to copy*, Oxford hart publishing, Oxford, 2004, 1 ss.; DEAZLEY, *Rethinkink copyright: histhory, theory, lenguage, Edward Elgar,* Nothampton, 2006, 1 ss.. Altra fonte essenziale è costituita dall'approfondito studio di DAVIES, *Copyright and the public interest*, Thomson Reuters, London, 2002, 1 ss.. Infine, l'ultima fonte importante è IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore, Carrocci,* Roma, 2010, 119 ss.. Si veda anche GINSBURG, *"Une chose publique?" the author's domain and the public domain in early British, French and US copyright law*, in *Cambridge law journal* 2006, 636 ss..

come la *"battaglia dei booksellers"*[55]. La vicenda in sé, ed il dibattito che la circondava, sono descritti di seguito nei loro tratti essenziali. Come noto, lo Statuto della Regina Anna del 1710[56] aveva attribuito agli autori il diritto di pubblicare la propria creazione in esclusiva, per soli 14 anni in relazione alle nuove opere, e per soli 21 anni in relazione alle opere in corso di stampa. Ebbene, con il trascorrere del tempo, quando iniziò a rinfoltirsi il novero delle opere per cui il termine finale di protezione era spirato, gli editori iniziarono ad intentare azioni giudiziarie contro i concorrenti che si affannavano a riprodurre le opere con la convinzione che queste fossero cadute in pubblico dominio. Nelle domande giudiziarie proposte davanti alla *Court of Chancery,* si affermava l'esistenza di un diritto dell'autore sulla creazione intellettuale dalla durata perpetua, in quanto diritto di natura intrinseco nell'uomo, e si affermava la sua esistenza nel diritto vivente, in quanto creazione della giurisprudenza di *common law*. Si riteneva, quindi, che lo Statuto della regina Anna avesse solo attribuito all'autore un diritto statutario ulteriore, che si aggiungeva al suo diritto di natura per un certo tempo, in modo da garantirgli dei rimedi giurisdizionali più efficaci, ma che non lo limitava, né lo estingueva. Questa controversia diede la possibilità ai giuristi ed ai giudici inglesi di esprimersi sulla questione della natura del diritto di autore, e di scegliere se considerarlo diritto di proprietà inscritto nella natura umana o se considerarlo un semplice strumento concepito in funzione dell'interesse pubblico allo sviluppo della cultura, delle arti e della scienza. Il dibattito fu estremamente acceso, e per anni le discussioni furono instancabili. Alla

55 Sulla *"battaglia dei booksellers"* si veda in particolare KAPLAN, *An unhurried view of copyright*, Columbia university press, New York, 1967, 12 ss. e ROSE, The a*uthor as proprietor,* in *University of California press journal* 1988, 51 ss..

56 Stauto della regina Anna del 10 aprile 1710, Inghilterra.

fine la soluzione arrivò con le storiche decisioni del *King's bench* e della *House of Lords* del 1769 e 1774. Tra le varie voci di eminenti giuristi del tempo che presero posizione sulla vicenda, si levava sulle altre quella di William Blackstone, a fermo sostegno della natura proprietaria del diritto di autore per diretta emanazione delle leggi di natura. Per quanto qui rileva, si ricorda che Blackstone è considerato uno dei più importanti giuristi inglesi di ogni tempo, e la sua opera è divenuta in qualche modo parte integrante del sistema di *common law* per il successo straordinario che riscosse in ogni ambiente, non solo in quello accademico, ma anche nelle aule giudiziarie[57].

Ebbene, si entrò nel cuore della vicenda nel 1769, quando gli editori prevalsero con la storica sentenza del *King's bench* nel caso *Millar versus Taylor*[58]. In essa Mr. Mansfield CJ scrive: *"it is agreeable to the principles of right and wrong and therefore to the common law to protect the copy after the author has published"* e questo perché: *"it is just , that an author should reap the pecuniary profits of his own injenuity and labour. It is just that another should not use his name without his consent. It is fit that he should judge when to publish, or whether he ever will publish. It is fit he should not only choose the time, but the manner of publication; how many; what volume; what print. It is fit, he should choose to whose care he will trust the accuracy and correctness of the impression; in whose honesty he will confide"*. Queste parole costituivano una perfetta ricostruzione della teoria del diritto di natura. Sulla base di esse, fu adottato un provvedimento inibitorio, cui negli anni successivi seguirono altri. La vittoria giudiziaria degli editori, sostenuta dalla

57 Ci si riferisce in particolare alla sua opera più celebre, cioè i *Commentaries on the laws of England* del 1765 - 1769.

58 King's bench, Millar versus Taylor, 1769.

autorevole voce di William Blackstone, costituiva un segno evidente della forza del pensiero giusnaturalista in Inghilterra.

La vittoria degli editori durò però un tempo molto breve, e già nel 1774 nel caso *Beckett versus Donaldson*[59] la *House of Lords* sovvertì la decisione del *King's bench*. Si legge nella sentenza Lord Camden scrivere che, in caso i Lord riconoscano un diritto eterno, ne conseguirebbe che: *"all our learning will be locked up in the hands the Tonsons and the Lintonts of the age, who will set what price upon it their avarice chuses to demand, till the public became as much their slaves"*. Questo sarebbe stato: *"odious"*, e: *"selfish"*, ed avrebbe meritato: *"reprobation"*. Scrive invece Mr Justice Yates: *"The legislatures have provided the proper encouragements for authors; and at the same time have guarded against all these mischiefs"*. Queste parole erano, invece, un'ottima ricostruzione della teoria utilitaria. Ne seguì il rigetto di ogni domanda inibitoria in quella controversia, e da quel momento in avanti in ogni altra controversia in cui la questione fosse riproposta. Lo scontro si concluse, quindi, con la prevalenza della teoria utilitaria. Ma la vittoria dell'utilitarismo non fu piana ed incontrastata. Anzitutto, come già anticipato, la decisione della *House of Lords* seguì una decisione esattamente opposta del *King's bench*, in secondo luogo, essa fu presa con un numero non irrilevante di opinioni dissenzienti, ed in terzo luogo essa ricevette critiche da ogni parte negli anni successivi. Ma soprattutto, in tutto questo, segno ancora più importante ad evidenza della forza del pensiero giusnaturalista, è che il più autorevole giurista del tempo, William Blackstone, si era speso in

59 House of Lords, Beckett versus Donaldson, 1774.

prima persona, come avvocato prima[60], e come accademico poi[61], a favore della tesi giusnaturalista[62].

A distanza di quasi tre secoli, nei principali trattati di diritto di autore inglesi, si può ancora avvertire l'influsso di quei dibattiti. Infatti, in molte opere si legge che, seppure il diritto di autore ha origine statutaria, ed il suo contenuto è stabilito dalle leggi vigenti, queste leggi, tuttavia, non lo costituiscono *ex novo*, bensì intervengono a limitare un diritto che già esisteva nel *common law* in quanto intrinseco alla natura umana[63]. Inoltre, in moltissimi altri trattati si afferma l'esistenza di un diritto di autore nel *common law*, a prescindere dal diritto statutario, e vengono ricollegate a questo alcune conseguenze rilevanti. In particolare, questo diritto garantirebbe certe facoltà al creativo prima della pubblicazione dell'opera, e quindi servirebbe a preservare i suoi interessi prima della messa in circolazione della creazione[64]. In qualche modo, dunque, almeno sul piano di principio, la tesi di Blackstone sembrerebbe perfino sopravvissuta alla sentenza della House of Lords del 1774, ed ancora

---

60 Ci si riferisce al processo *Tonson versus Collins* del 1762 davanti al *King's bench.*

61 Ci si riferisce alla sua opera più celebre, cioè i *Commentaries on the laws of England* del 1765 - 1769.

62 KRETSCHMER, BENTLY e DEAZLEY, *The history of copyright law (revisited)*, in *The WIPO journal* 2010, 37 ss..

63 Ad esempio BAINBRIDGE, *Intellectual property*, Longman, Harlow, 2002, 17 SS. e GARNETT, DAVIES e HARBOTTLE, *Copynger and Skone on copyright*, Sweet and Maxwell, London, 2005, 2 ss..

64 Ad esempio HOLYOACK e TORREMANS, *Intellectual property law*, Oxford university press, Oxford, 2005, 9 ss. e CORNISH e LLEWELYN, *Intellectual property*, Sweet and Maxwell, London, 2003, 12 ss..

oggi, attraverso la sua opera, sembrerebbe influenzare il pensiero della dottrina inglese.

8. La convergenza ideologica attraverso l'armonizzazione internazionale ed europea

Ulteriori spunti di riflessione per apprezzare, in particolare, il progressivo rafforzamento nel tempo dell'ideologia giusnaturalista e proprietaria, possono essere offerti mediante qualche breve cenno al processo di integrazione internazionale ed europeo che è avvenuto negli ultimi cinquant'anni.

In primo luogo, nell'offrire alcuni cenni utili ad una riflessione sul tema, si potrebbe iniziare con l'individuare le norme protettive degli interessi degli autori e degli utilizzatori nelle fonti di vertice dell'ordinamento internazionale ed europeo a contenuto materialmente costituzionale, e con il cercare di trarre da esse qualche indizio sull'impostazione ideologica che ne è alla base.

Ebbene, i principali trattati internazionali a contenuto materialmente costituzionale che si occupano di diritto di autore, come noto, sono la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 1948[65], il Patto sui diritti economici sociali e culturali delle Nazioni Unite del 1966[66], e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del Consiglio di

65 Va però rilevato che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 1948 non è un trattato internazionale vincolante per i contraenti. Piuttosto, trattasi di una mera risoluzione dell'Assemblea generale, che quindi assumerebbe il valore giuridico di una mera raccomandazione che non sarebbe idonea a vincolare i suoi destinatari.

66 Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, concluso a New York, il 16 dicembre 1966.

Europa del 1950[67]. Nello specifico, ai nostri fini, rileva l'articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale: *"Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author"*; inoltre, rileva l'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, che prevede testualmente: *"The States parties to the present covenant recognize the right of everyone: a)to take part in cultural life; b)to enjoy the benefits of scientific progress and its applications; c)to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author".* Infine, rileva l'articolo 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione universale dei diritti dell'uomo, che, seppure diretto a proteggere la proprietà su cosa materiale, si considera esteso alla proprietà intellettuale: *"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest"*[68]. Dunque, alla luce di questa veloce rassegna normativa, un primo spunto di riflessione potrebbe essere il seguente. A bene vedere, tutte queste formulazioni contenute nelle fonti di vertice dell'ordinamento internazionale a contenuto materialmente costituzionale si focalizzano sull'autore come individuo, ed affermano la necessità di proteggere i suoi

67 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, conclusa a Roma, il 4 novembre 1950.

68 Sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale, in base al Primo protocollo addizionale della CEDU articolo 1, si è espressa la Corte europea dei diritti dell'uomo in diverse occasioni. Si veda, in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo 29 aprile 2008, caso Balan contro Moldova, in *AIDA* 2009, *1251.*

interessi in quanto in loro stessi meritevoli. Invece, *a contrario*, esse non sembrano fare riferimento all'interesse pubblico della società alla massimizzazione delle creazioni ed alla promozione della cultura, dell'arte e della scienza, nonché all'accessibilità e disseminazione di tali creazioni presso il pubblico[69].

Passando all'ordinamento dell'Unione Europea, viene in rilievo l'articolo 17 della Carta di Nizza, il quale sancisce al primo comma[70]: *"Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità",* e al secondo comma: "*La proprietà intellettuale è protetta"*. Questa formulazione sembrerebbe accostare, abbastanza espressamente, la proprietà intellettuale e la proprietà su cosa materiale. Tale accostamento potrebbe, in effetti, rappresentare una dichiarazione di principio importante, secondo la quale il diritto di autore andrebbe ricondotto al paradigma proprietario. In questo senso, la norma di vertice in esame, seppure indirettamente, indicherebbe, al legislatore di diritto derivato ed all'interprete, l'idea che un'adeguata protezione dell'interesse dell'autore necessiterebbe, almeno in linea di principio, di una tecnica giuridica assimilabile a quella proprietaria[71].

---

69 Per un esame di queste fonti, si rinvia a MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997, 47 ss.; UBERTAZZI, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale, in Contratto e impresa/Europa* 2003, 1054 ss.; MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee, in AIDA* 2005, 9 ss.; FRIGO, *La protezione di arte, scienza, ricerca e cultura. Una prospettiva internazionale, in AIDA* 2005, 80 ss..

70 Carta dei diritti fondamenti dell'Unione Europea, adottata a Nizza, nel dicembre 2000.

71 BERTANI, *Diritti di autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 301 ss..

Esaurito l'esame di questi pochi indizi presenti nelle fonti di vertice, che certamente non sono decisivi per comprendere l'impostazione ideologica di fondo dei processi di integrazione internazionale ed europeo, si può adesso passare ad un più puntuale analisi delle direttive europee e della giurisprudenza che le interpreta. Ebbene, a questo proposito, secondo una parte della dottrina, dalle fonti di diritto derivato europee e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, complessivamente considerate, emergerebbe una tendenza, a tratti marcata, al rafforzamento della protezione degli interessi autorali, talvolta come un fine in se stesso, ed a prescindere da considerazioni ponderate dell'interesse sociale e collettivo che a tale rafforzamento si contrappone. In questo senso, ritiene taluno, che il diritto europeo stia realizzando negli Stati membri una sorta di "*proprietizzazione"* del diritto di autore, secondo una logica di "*proprietà autosufficiente"* in cui la giustificazione dell'esclusiva autorale è già in se stessa. In questa prospettiva, qualsiasi rafforzamento ulteriore della tutela verrebbe salutato con favore, mentre le istanze di accessibilità e disseminazione delle creazioni verrebbero irrimediabilmente frustrate[72].

Questa tesi emergerebbe sia dalle enunciazioni di principio contenute qua e là nelle direttive stesse, sia da un esame complessivo dell'azione condotta nel tempo. Quanto alle enunciazioni di principio, si legge nella

72 Su questo in particolare PEUKERT, *Intellectual property as an end in itself?*, in *EIPR* 2011, 67 ss.; GRIFFITHS, *Constitutionalising or harmonising?, The Court of justice, the right to property and European copyright law*, in *EIPR* 2013, 65 ss.; GEIGER, *The Resolution of the European parliament of July 9, 2015: paving the way (finally) for a copyright reform in the European Union?*, in *EIPR* 2015, 684 ss.. Ma si veda anche CIRO, *The scarcity of intellectual property*, in *The journal of information, law and technology* 2005, 1 ss.. In Italia, si veda AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?, in AIDA* 2007, 155 ss..

Direttiva infosoc[73] al considerando 4: *"Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro"*. Si legge, inoltre, nella Direttiva enforcement[74] al considerando 10: *"L'obiettivo della presente direttiva è di ravvicinare queste legislazioni al fine di assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno".* Si legge, infine, nel Working program della Commissione europea nel campo del diritto di autore del 17 gennaio 1991[75] che: *"The Commission feels that the level of the protection provided should be high"*, e anche meglio: *"Thus the Community has become a leading force in its commitment to the highest possible level of intellectual property protection"*. Queste considerazioni esprimerebbero in maniera abbastanza palese l'idea che ogni incremento di protezione abbia solo effetti positivi e, pertanto, sia giustificato in se stesso, e, di conseguenza, il livello di protezione ottimale dovrebbe essere, in linea di principio, quello più elevato.

73 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

74 Direttiva 48/2004, direttiva sull'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale.

75 Working programmme of the European commission, in the field of copyright and neighbouring rights, 17th January 1991.

Queste indicazioni interpretative fornite nei considerando, d'altronde, riflettono bene la direzione degli interventi normativi susseguitisi nel tempo. Se si esaminassero i tratti essenziali degli interventi normativi europei in materia, e si cercasse di comprendere la loro tendenza, in effetti, questa tendenza emergerebbe in maniera abbastanza netta. Infatti, come molti autori hanno rilevato, il legislatore europeo ha dimostrato un marcato interventismo nella definizione della sfera dell'esclusiva, ed allo stesso tempo un evidente astensionismo nella definizione della sfera di libertà. Una veloce riflessione è sufficiente a rendere la tendenza. Il legislatore europeo, sul versante della privativa, ha ampliato l'oggetto della protezione estendendolo alle opere utili quali il design[76], il software[77] e le banche di dati[78], ha esteso il contenuto della protezione ad ogni possibile utilizzazione mediante la tipizzazione delle facoltà di riproduzione[79], distribuzione[80], noleggio e prestito[81] e comunicazione al pubblico[82], ha espanso la durata di un ulteriore

76 Direttiva 71/1998, direttiva sulla protezione delle opere del disegno industriale.

77 Direttiva 24/2009, direttiva sulla protezione del software.

78 Direttiva 9/1996, direttiva sulla protezione delle banche di dati.

79 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

80 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

81 Direttiva 100/1992, direttiva sulle facoltà di noleggio e prestito.

82 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

ventennio[83], ed infine ne ha previsto un *enforcement* effettivo[84]. Invece, sul versante del dominio pubblico, si è rivelato estremamente timido, ed in particolare si è limitato a prevedere un elenco ristretto di libere utilizzazioni dal recepimento facoltativo e dal carattere esaustivo[85]. Alcune analisi critiche su questi interventi nell'area del dominio pubblico hanno messo in luce che essi potrebbero essere considerati addirittura come vantaggiosi per i titolari dei diritti. Infatti, la previsione di un elenco di eccezioni dal recepimento facoltativo, ma che allo stesso tempo costituiscono un catalogo esaustivo, da un lato, non obbliga gli Stati membri ad implementarle e, dall'altro lato, vieta ai medesimi di prevederne di diverse. In questo senso, non sembrerebbe irragionevole ipotizzare che il disegno complessivo del diritto di autore europeo, per come sin qui riferito, sia diretto, sempre e comunque, al rafforzamento della protezione autorale[86].

9. Conclusioni

Lo studio storico e comparatistico che è stato molto brevemente condotto finora rivela che, sin dalle origini dei moderni sistemi di diritto di

83 Direttiva 77/2011, direttiva sulla durata.

84 Direttiva 48/2004, direttiva sull'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale.

85 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

86 WINKLER, *Brevi note intorno alla direttiva 2001/29 CE*, in *Dir. comm. int.* 2001, 705 ss.; FABIANI, *L'attuazione della direttiva CE sul diritto di autore nella società dell'informazione*, in *IDA* 2003, 331 ss.. Ma soprattutto si veda GHIDINI, *Exclusion and access in copyright law: the unbalanced features of the European directive on information society (infosoc)*, in *Riv. dir. ind.* 2013, 5 ss..

autore, e nel tempo in misura sempre crescente, soprattutto attraverso l'avanzamento del processo di armonizzazione internazionale ed europea, l'ideologia giusnaturalista e proprietaria ha dominato nella spiegazione e nella giustificazione della protezione autorale. Nel corso di quest'analisi, altresì, si è ricostruito l'approccio ideologico giusnaturalista lungo cinque linee direttrici: (i) il diritto di autore insiste sul bene immateriale e non sull'attività, quindi, si estende a controllare ogni tipo di utilizzazione, anche quelle che non incidono sui profitti monopolistici del titolare; (ii) la privativa è la regola e costituisce un principio generale dell'ordinamento, per cui, le norme che la istituiscono e la regolano possono essere lette in maniera ampia ed interpretate analogicamente; (iii) l'esclusiva si estende ad una serie indefinita di utilizzazioni che non possono essere contenute in uno specifico catalogo, e dura in eterno, o comunque per un tempo molto lungo; (iv) ogni utilità traibile dalla risorsa va, in linea di principio, appropriata in capo al titolare; (v) il diritto dell'autore sull'opera è funzionalizzato unicamente all'interesse personale e privato del titolare dei diritti sulla creazione.

Ebbene, come risulterà con tutta evidenza nel prosieguo, l'approccio ideologico così delineato ha dominato nei temi che sono oggetto di questo lavoro. In particolare, nel prosieguo sarà messo in luce come questo approccio abbia guidato le scelte interpretative fatte dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel tempo, sia con riferimento alla definizione del contenuto della clausola generale di utilizzazione economica, e sia con riferimento alla definizione del regime giuridico dell'utilizzazione privata. Sul primo tema, si è sostanzialmente assistito ad una implicita abrogazione del requisito della economicità, con conseguente espansione della privativa alle attività di utilizzo aneconomiche. Mentre, sul secondo tema, si è assistito ad una

generalizzata affermazione di soggezione della sfera privata alla privativa, con conseguente espansione del controllo del titolare alle attività di utilizzo private. In entrambi i casi, pur in presenza di norme aperte dal contenuto indefinito, le scelte interpretative sono state molto nette nella direzione giusnaturalista e proprietaria. In questo senso, il fenomeno di estensione dell'esclusiva all'utilizzazione aneconomica e privata sembrerebbe inquadrarsi, a pieno titolo, in una tendenza generale dell'ordinamento alla *proprietizzazione* del diritto di autore ed alla reificazione della risorsa protetta. Una tendenza che, come si è fatto cenno, è sempre esistita, anche nei paesi di tradizione monopolistica ed utilitaria, ma che, con il processo di armonizzazione internazionale e soprattutto europea del diritto di autore, si è fortemente rafforzata.

In questo lavoro, si cerca di rimeditare alcune delle scelte interpretative operate finora con approccio giusnaturalista e proprietario sui temi dell'utilizzazione aneconomica e privata dell'opera dell'ingegno. Il tentativo è quello di riconoscere e limare gli eccessi dell'approccio fin qui descritto nei campi che sono oggetto di indagine, al fine di immaginare soluzioni interpretative più equilibrate, idonee a realizzare un migliore bilanciamento tra l'interesse del titolare al controllo della risorsa e l'interesse dell'utilizzatore alla fruizione dell'esemplare.

Capitolo II: L'utilizzazione economica delle opere dell'ingegno

Indice del capitolo: **1. Premessa; 2. La normativa; 3. L'opera dell'ingegno; 4. Il primo elemento della clausola generale: l'utilizzo dell'opera dell'ingegno; (Segue). Il test; 4.1. Estraneità del mero godimento spirituale al concetto di utilizzo; (Segue). Il limite dell'utilizzo computazionale; 4.2. Estraneità del godimento personale al concetto di utilizzo; (Segue). Il limite della liceità dell'esemplare; (Segue). Il limite delle opere utili; 4.3. Altre concezioni di utilizzo; 5. Il secondo elemento della clausola generale: l'utilizzo economico dell'opera dell'ingegno; 5.1. L'economicità come riflesso negativo sulla vita economica dell'opera: il criterio che appropria tutti i possibili profitti conseguibili mediante qualsiasi forma di utilizzo dell'opera; (Segue). Il test; (Segue). Le conseguenze della sua applicazione; 5.2. L'economicità come ingerenza nelle scelte di determinazione delle dimensioni di disponibilità dell'opera sul mercato: il criterio che appropria i profitti di tipo monopolistico derivanti dal controllo dell'offerta dei prodotti e servizi che incorporano l'opera; (Segue). Il test; (Segue). Le conseguenze della sua applicazione; 5.3. L'economicità come utilizzo in una attività economica di impresa: il criterio che appropria i profitti derivanti dallo sfruttamento imprenditoriale dell'opera; (Segue). Il test; (Segue). Le conseguenze della sua applicazione; 5.4. Il caso Google Books; 6. Il carattere negativo dell'utilizzo economico; 7. L'applicazione sul piano processuale delle diverse concezioni di utilizzo economico; 8. Conclusioni.**

1. Premessa

Questa seconda parte della tesi si focalizza sul contenuto del diritto patrimoniale di autore, e sui suoi limiti esterni. In particolare, in essa, si tenta una ricostruzione del significato della clausola generale di utilizzazione economica con cui il legislatore delinea la sfera di esclusiva autorale nei Paesi della famiglia romano germanica[87]. La finalità è quella di definire il concetto di utilizzo economico dell'opera dell'ingegno, così da individuare l'area delle attività di fruizione della creazione intellettuale che non costituiscono utilizzo in senso tecnico, oppure che mancano del carattere della economicità.

Le fonti normative europee ed italiane, e di molti altri Paesi di tradizione civilistica, tracciano il contenuto dell'esclusiva mediante clausole generali e formulazioni generiche che lasciano residuare molta incertezza in relazione alla definizione dei suoi confini. Le previsioni normative si limitano normalmente a (i) riservare all'autore l'utilizzo economico della creazione in ogni sua forma e modo, ad (ii) esemplificare alcune utilizzazioni economiche ed a (iii) liberalizzare singole attività mediante disposizioni puntuali e circoscritte.

---

87 Nella legge di autore italiana (Legge 633/1941) la clausola generale di utilizzazione economica è all'articolo 12; nella legge di autore tedesca (Legge 1273/1965 Urheberrechtsgesetz) è all'articolo 15; nella legge di autore francese (Legge 597/1992 Code de la propriété intellectuelle) è all'articolo 122. Invece, nei Pesi della famiglia anglosassone il contenuto della sfera di esclusiva autorale viene determinato mediante tipizzazioni tassative delle facoltà autorali. In realtà, anche nelle convenzioni internazionali e nelle direttive europee il contenuto della sfera di esclusiva autorale è determinato mediante elencazione di facoltà, tuttavia, si potrebbe comunque pensare che questi cataloghi siano meramente esemplificativi e che siano suscettibili di estensione analogica, ovvero addirittura sia inferibile da essi un generale diritto di sfruttamento economico in ogni forma e modo. Per una approfondita analisi di questi temi, si rinvia a ROVATI, *Comunicazione al pubblico, Tesi di dottorato del XXVI ciclo all'Università degli Studi di Pavia*, Pavia, 2008, 42 ss..

Queste indicazioni legislative presentano sicuramente alcuni punti fermi, che si potrebbero descrivere efficacemente con delle esemplificazioni. Si consideri la più tradizionale opera dell'ingegno, e cioè un libro di letteratura. Pur nella loro genericità, le norme di legge chiariscono con certezza, ad un estremo, che l'autore del libro non può vietare a chi ne possieda un esemplare di leggerlo, ed all'altro estremo, che invece l'autore può sicuramente vietare ad un esperto legatore di moltiplicarlo in serie con i suoi macchinari industriali al fine di venderne le copie. Queste definizioni forse chiariscono anche che l'autore non può vietare al possessore dell'esemplare di vendere a sua volta il libro, o di prestarlo e di declamarlo ad alta voce nella cerchia di persone a lui vicine. Tuttavia, qui, forse, finiscono le certezze. Molte situazioni invece non hanno una regolazione chiara che discende in maniera piana dal dettato della legge. Non è certo se il possessore del libro possa copiarne alcune parti per evitarne l'usura o per annotarlo. Non è certo se possa poi mettere questi frammenti a disposizione di un familiare, di un amico o di un collega. In sostanza, se è incontrovertibile che l'acquirente del libro possa leggerlo, non è invece chiaro cosa altro possa farne. In altri termini, non è chiaro fino a dove il diritto esclusivo dell'autore sulla sua opera si spinga a comprimere il diritto reale dell'acquirente sul suo esemplare. Questo vale a dire che il confine tra l'opera e l'esemplare è incerto, ed altrettanto incerta è la risoluzione dei conflitti tra i diritti di proprietà intellettuale sulla creazione ed i diritti reali sul supporto che la incorpora.

La risposta a queste domande era dubbia in ambiente analogico, e diviene ancora più problematica in ambiente digitale. Tornando al libro ed immaginando che versi in formato *ebook*, ci si potrebbe domandare se l'acquirente possa effettuarne una copia di *backup* per proteggersi da perdite di dati, se possa trasferirlo dal suo computer al suo *ereader*, e se

possa realizzarne un quantitativo limitato di copie per metterlo a disposizione dei suoi familiari, amici e colleghi più stretti. Le attività corrispondenti in ambiente analogico erano risolte in un certo modo. Non è detto che la loro soluzione rimanga la stessa in ambiente digitale. Infatti, la potenzialità dannosa e l'equilibrio degli interessi è completamente diverso rispetto al passato.

In questo quadro incerto ed in evoluzione, sembra opportuno chiarire i concetti di utilizzazione economica ed aneconomica. Questo potrà aiutare a tracciare una linea tra le utilizzazioni che rientrano nell'esclusiva autorale e quelle che non vi rientrano, e successivamente si rivelerà essenziale nel comprendere la regolazione applicabile all'utilizzazione privata. In questo modo, le diverse parti di questo studio si integrano vicendevolmente e dipendono l'una dall'altra. L'idea alla base di questo approccio è che lo studio del diritto esclusivo fa da presupposto indefettibile per lo studio del dominio pubblico.

2. La normativa

Le norme principali, che occorre tenere presenti nel tentare di astrarre una definizione dei concetti di utilizzo ed utilizzo economico dell'opera dell'ingegno, sono collocate in fonti internazionali, europee e nazionali. Se ne riproducono di seguito alcune.

A livello internazionale, nella Convenzione di unione di Berna[88] all'articolo 9 è previsto testualmente: *"Gli autori di opere letterarie ed artistiche protette dalla presente Convenzione hanno il diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione delle loro opere in qualsiasi maniera e forma"*; ed: *"è riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di*

88 Convenzione di Berna, conclusa a Berna, il 9 settembre 1886.

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". Altresì, è previsto all'articolo 11 bis e all'articolo 11 ter che gli autori hanno anche: *"il diritto esclusivo di autorizzare la recitazione pubblica delle loro opere"* ed: *"il diritto esclusivo di autorizzare ogni comunicazione al pubblico mediante qualsiasi mezzo"*.

Mentre, a livello europeo, va considerata la Direttiva infosoc[89] all'articolo 2 e all'articolo 3, in base ai quali: *"Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte"* ed: *"il diritto di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico su filo o senza filo"*. Inoltre, l'articolo 5 prevede che: *"Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: a) le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati"*.

A livello interno, nella Legge 633/1941[90] (di seguito l.a.) va preso in considerazione l'articolo 12 per cui: *"L'autore ha il diritto esclusivo di*

89 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

pubblicare l'opera. Ha altresì 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". Altresì, l'articolo 68 l.a. che prevede: *"È libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico"* e che: *"Fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, è consentita, nei limiti del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico, escluse le pagine di pubblicità, la riproduzione per uso personale di opere dell'ingegno effettuata mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo"*, ed infine il 71 sexies: *"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 indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater"*.

Queste sono le norme principali da tenere presenti, almeno in riferimento alla facoltà di riproduzione, che si rivelerà essere l'elemento centrale della trattazione che segue. Queste costituiscono il fulcro della definizione legislativa dell'esclusiva del titolare e della sfera di libertà dell'utilizzatore. Nel prosieguo della trattazione, se ne indicheranno diverse altre di dettaglio, ma queste sono quelle decisive che istituiscono il sistema di protezione e ne delineano il contenuto. Come è agevole evincere dalla loro lettura, esse adoperano tecniche legislative simili. Infatti, la legge di autore italiana nella parte relativa all'esclusiva è attuazione della Convenzione di Berna, e nella parte relativa alla sfera di

90 Legge 22 aprile 1941 numero 633, legge a protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio.

libertà è attuazione della Direttiva infosoc. In questo modo, queste norme si intrecciano tra loro, in un sistema unitario e coerente.

3. L'opera dell'ingegno

Un discorso relativo all'estensione della sfera di esclusiva dell'autore presuppone l'identificazione dell'oggetto della protezione e, quindi, la definizione dell'opera dell'ingegno. Questo passaggio logico è essenziale, in quanto le attività vietate ai consociati senza il consenso dell'autore possono essere individuate con precisione solo se si è preventivamente fissato con chiarezza quale sia l'entità protetta cui esse fanno riferimento. Tuttavia, non è affatto semplice definire questa entità protetta, in quanto non esiste una nozione legislativa e giurisprudenziale della creazione intellettuale, e nemmeno è possibile fare riferimento all'esperienza comune. A bene vedere, un riferimento al senso comune può essere *prima facie* utile per operare alcune esclusioni preliminari, ma poi occorrerà procedere attraverso ragionamenti puramente giuridici in quanto il concetto è in sé puramente giuridico, e necessita di una definizione autonoma in diritto[91].

Nel cercare di tracciare una definizione soddisfacente dell'oggetto di protezione, si può iniziare dall'escludere che costituisca opera dell'ingegno ciò che nell'esperienza comune si presenta come tale.

91 Nello scritto CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Società editrice foro italiano, Roma, 1943, 9 ss. si afferma che l'opera dell'ingegno è un concetto giuridico e quindi non può essere definito in base all'esperienza comune. Si vedano sul tema anche BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1950, 358 ss. e GAMBINO, *Note in tema di logica giuridica*, in *Riv. dir. civ.* 1968, 512 ss., i quali sostengono la necessità di una definizione autonoma delle espressioni giuridiche. Invece, PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica, una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.* 1969, 455 ss. mette in luce la necessità di evitare una separazione netta tra il linguaggio giuridico e quello comune.

Quindi, anzitutto va escluso che l'opera consista nella entità materiale che le persone percepiscono con i sensi, e poi va escluso che l'opera consista nella entità intellettiva che le persone elaborano nella loro mente.

(i) L'entità che viene percepita dalla persona umana con i sensi non costituisce sicuramente opera dell'ingegno. I sensi consentono all'uomo di percepire la materia di cui il bene fisico si compone e l'energia di cui si compongono le onde luminose e sonore. Così, con il tatto la persona percepisce la carta e l'inchiostro del libro, oppure con l'udito percepisce il suono della musica, oppure con la vista percepisce le linee ed i colori del dipinto, e attraverso queste percezioni ne ricava un godimento estetico o un accrescimento culturale. Ma, la carta non è il libro, né l'onda sonora è la musica, né l'onda luminosa è il dipinto. E' indubbio che questi supporti materiali siano necessari ai fini del godimento dell'opera. Senza di essi, l'opera sarebbe puro pensiero in continuo divenire, priva di una forma stabile, e si esaurirebbe nella sfera interiore dell'individuo, senza potere essere comunicata ad altri, e quindi senza potere ricevere regolazione giuridica alcuna. A bene vedere, in loro assenza non sarebbe neppure concepibile la creazione come elemento costitutivo del diritto. Tuttavia, essi non sono l'opera, e vanno tenuti distinti dall'opera.

L'opera dell'ingegno non può consistere in queste entità perché esse sono già oggetto di altri rapporti giuridici di diritto comune. La materia, che la persona percepisce con i sensi, è una cosa materiale determinata che è già oggetto di diritti reali di diritto comune, mentre l'energia, pure percepita con i sensi, è solo un servizio la cui prestazione è normalmente oggetto di un contratto di diritto comune. Queste entità, in quanto oggetto di rapporti giuridici di diritto comune, seguono le regole generali relative ai diritti reali, alle obbligazioni ed ai contratti.

(ii) Nemmeno l'entità puramente intellettiva che si forma e si esaurisce nella mente della persona umana è l'opera dell'ingegno. Nella mente dell'individuo ci sono le idee, le conoscenze, i fatti, i sentimenti, le opinioni, i dati, le informazioni. Tutte queste entità vengono continuamente recuperate ed elaborate dall'intelletto, il quale dà loro un ordine, e le trasforma in contenuti. Infine, li trasfonde in segni del linguaggio che comunemente sono adoperati per la comunicazione intersoggettiva in quanto conosciuti dalla generalità dei consociati. Così, lo scrittore pensa a quali contenuti vuole comunicare, li mette in ordine e li trasfonde in parole, ed il musicista prova il sentimento e lo trasfonde in una sequenza di note, ed anche il pittore trasfonde le sue sensazioni in linee e colori. Questa attività di pensiero che ha luogo nella mente è fluida ed indeterminata, e non assume una forma permanente. Ma, soprattutto, essa rimane all'interno dell'individuo e non può essere percepita dagli altri. Ebbene, anche quest'ultima non è l'opera, e va tenuta distinta dall'opera.

L'opera dell'ingegno non può consistere in queste entità perché la scienza giuridica ed il fenomeno giuridico non possono regolare fatti meramente interiori. Il diritto come scienza e come fenomeno presenta in sé dei limiti ontologici ad esso immanenti, i quali sono invalicabili. In altri termini, la tecnica giuridica non può ontologicamente controllare la sfera interiore degli individui, né può obbligare una persona a pensare o a sentire in un certo modo, né ad acquisire una certa nozione. La norma giuridica, piuttosto, si limita a ricollegare effetti giuridici ad eventi naturali, comportamenti delle persone, e loro manifestazioni di volontà, e quindi si

limita a regolare la realtà sensibile. La norma non può spingersi alla sfera interiore che è sottesa alla realtà sensibile[92].

L'opera dell'ingegno si colloca nel mezzo tra queste due entità. Non è pura attività mentale, e non è pura materia. L'attività mentale e la materia costituiscono, in effetti, gli estremi del processo comunicativo tra le persone, e non è agli estremi che si pone l'opera dell'ingegno. Essa va, piuttosto, ricercata nel punto intermedio del processo comunicativo. Per comprendere meglio, conviene esaminare ordinatamente la struttura di tale processo comunicativo, suddividendolo, per maggiore chiarezza in tre passaggi distinti:

(i) ebbene, il processo comunicativo tra le persone inizia con la rappresentazione nella mente del creativo di idee, conoscenze, fatti, sentimenti, opinioni, dati, informazioni, prosegue con la loro organizzazione in un contenuto, e prosegue con la successiva trasfusione di questo contenuto in segni del linguaggio idonei alla comunicazione intersoggettiva;

---

92 Le prime trattazioni che mettevano in luce questi aspetti sono in AMAR, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno*, Bocca, Torino, 1874, 16 ss.; ROSMINI, *Diritti di autore sulle opere dell'ingegno*, Società libraria, Milano, 1896, 21 ss.; PIOLA CASELLI, *Del diritto di autore*, in FIORE, *Il diritto civile italiano*, 1907, Eugenio Marghieri, Napoli, 1907, 256 ss.; PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, Utet, Torino, 1943, 173 ss.; VALERIO e ALGARDI, *Il diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 1943, 3 ss.. Le trattazioni migliori sul tema sono in ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *IDA* 1958, 367 ss.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 683 ss.; ARE, *L'oggetto del diritto di autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 35 ss.; DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 5 ss.. Per altre trattazioni, si rinvia a SORDELLI, *Idee, opere dell'ingegno ed invenzioni come oggetti di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 67 ss.; FRANCESCHELLI, *Le idee come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. ind.* 1961, 28 ss.; SANTINI, *La tutela giuridica della programmazione elettronica*, in *Giur. it.* 1968, 225 ss.. Di particolare interesse anche ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, 1 ss. e 149 ss..

(ii) quindi, si ha l'incorporazione di questa combinazione di segni nella materia o nell'energia;

(iii) e, infine, si conclude con la percezione della sequenza di segni da parte di altra persona attraverso l'accesso al supporto materiale, e la conseguente decifrazione dei segni, e rappresentazione mentale dei contenuti con godimento spirituale o accrescimento culturale.

Ebbene, l'opera è al centro di questo processo, e precisamente al punto ii). Essa consiste, quindi, nella combinazione di segni del linguaggio, che racchiude il contenuto ideativo o informativo, che a sua volta è stato originariamente concepito nella mente del creativo, la quale sequenza di segni è stata poi impressa nel mezzo materiale. Essa viene ad esistenza proprio con l'impressione della combinazione di segni nel mezzo materiale. Questa medesima sequenza potrà poi essere trasposta indefinite volte in altri beni fisici o manifestazioni energetiche, ma rimarrà sempre la medesima. A bene vedere, essa non è l'idea grezza, né l'insieme delle idee organizzate in un contenuto, ma è la forma espressiva di questo contenuto che versa in un linguaggio idoneo alla comunicazione e che è impressa in un supporto materiale. Chiaramente, questo supporto non deve necessariamente essere materia stabile, può anche essere energia effimera, addirittura potrebbe consistere semplicemente nell'onda sonora diffusa nell'aria con l'emissione della voce umana oppure nel movimento del corpo umano in uno spazio fisico. Quindi, anche la persona che pensa ad alta voce crea un'opera dell'ingegno mediante l'incorporazione della sequenza di segni in onde sonore emesse nell'aria. Oppure, la persona che recita o che danza. L'importante è che la sequenza di segni che racchiude il contenuto abbia acquisito una forma stabile, e sia stata impressa in un supporto che la renda percepibile ad altri. Questo non deve consistere necessariamente

in una cosa destinata a durare nel tempo. Perfino una emissione di voce in assenza di interlocutore, oppure un movimento corporeo in solitudine e senza un pubblico, destinati ad esaurirsi in un tempo estremamente effimero e senza possibilità di essere riprodotti, potrebbero essere sufficienti a questo fine. Anche essi costituirebbero una combinazione di segni impressa in un mezzo materiale[93].

Questa entità così definita ha una sua esistenza giuridica, ed è idonea ad essere oggetto di un diritto esclusivo. Infatti, essa può essere concettualmente separata dalla persona dell'autore e dalle sue qualità, ed altresì può essere distinta dalla cosa materiale che la incorpora. Quindi, essa può essere pensata autonomamente con una sua propria individualità che la differenzia da ogni altra creazione della stessa persona o di altra persona, incorporata nella stessa cosa o in altra cosa. Si potrebbe dire che essa presenta i caratteri della individuabilità e della

93 Concetto bene espresso in BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 275 ss. e BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 105 ss.. Ad ogni modo, spunti per questo tipo di riflessioni possono essere tratti dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono occupate della distinzione tra forma espressiva e contenuto. Nella tradizione, PIOLA CASELLI, *Del diritto di autore*, in FIORE, *Il diritto civile italiano*, Eugenio Marghieri, Napoli, 1907, 255 ss.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 354 e 700; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1974, 36 ss.. Altri approfondimenti su aspetti connessi a questo tema, in ALGARDI, *Il plagio letterario ed il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966, 376 ss. e DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 52 ss.. Interessanti anche le riflessioni contenute in OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 195 ss.; AMMENDOLA, *Note in tema di protezione dei sistemi di gioco e delle idee in generale*, in *Giust. civ.* 1978, 503 ss.; ABRIANI, *Dizionario di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011, 374 ss.. Si possono trarre spunti anche da alcune riflessioni sulla proteggibilità delle banche di dati aventi carattere creativo ed, in particolare, sul punto si veda UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto di autore*, in *Foro it.* 1984, 21 ss.; SPADA, *Banche di dati e diritto di autore*, in *AIDA* 1997, 6 ss.; CHIMENTI, *Banche di dati e diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 1999, 21 ss..

determinabilità, i quali sono propriamente i caratteri che servono per formare oggetto di un diritto esclusivo[94].

Questa entità ha un suo valore economico, che emerge essenzialmente sotto due distinti profili. Il valore economico della creazione intellettuale emerge se si considera che essa è idonea ad appagare bisogni umani per la cui soddisfazione le persone sono disposte a pagare, e quindi esiste una domanda di accesso ai mezzi che la rendono percepibile. Questa domanda, ovviamente, non è illimitata, ed anzi la sua soddisfazione nel tempo, attraverso la produzione di supporti e la prestazione di servizi che ampliano la platea di persone che accedono all'opera, ne comporta una progressiva riduzione. L'esclusiva garantisce al suo titolare il controllo sulla soddisfazione di questa domanda, e quindi il potere di determinare unilateralmente l'offerta. In altri termini, da un lato, esiste una domanda di accesso all'opera dell'ingegno, in quanto ci sono persone disposte a pagare per accedere ai mezzi che la rendono percepibile al fine di potere ottenere un piacere estetico o un accrescimento culturale, e, dall'altro lato, esiste un'offerta dell'opera dell'ingegno, in quanto il titolare, o suo avente causa, mette in circolazione i mezzi che consentono tale percezione, determinando liberamente la loro quantità secondo sue valutazioni di opportunità. Quindi, esiste un mercato in cui l'opera ha un proprio valore economico, che è dato dall'incontro tra domanda e offerta. Questo valore emerge, altresì, dall'osservazione empirica dei dati della realtà economica. Nella realtà fattuale, tutte le volte in cui una combinazione di segni viene impressa in un supporto vergine, il valore economico del supporto vergine

94 Su questi profili sono preziose le trattazioni sui beni immateriali di GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948, 3 ss.; GRECO, *Beni immateriali*, in AA. VV., *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1960, 356 ss. e LUCCHESI, *I beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1962, 1 ss..

si modifica immediatamente. In altri termini, se prima dell'incorporazione il supporto poteva essere offerto per un certo prezzo, dopo l'incorporazione esso può essere offerto per un prezzo completamente diverso. Questa differenza di prezzo è anzi solitamente apprezzabile e consistente. Questa elementare osservazione empirica dimostra che la combinazione di segni ha un autonomo valore economico. Se la materia o l'energia acquista un valore economico completamente diverso al momento dell'incorporazione, ed in particolare ha un valore solitamente superiore, allora la combinazione di segni che viene impressa nel supporto materiale ha un autonomo valore economico, il quale consiste esattamente nella differenza tra il valore della cosa prima e dopo l'incorporazione[95].

Questa impostazione concettuale è coerente con i principi generali del diritto di autore, ed in particolare con il principio della separazione tra forma e contenuto, ed anzi ne agevola l'applicazione. In base al principio di separazione tra forma e contenuto, il diritto di autore ha ad oggetto esclusivamente la forma espressiva della creazione intellettuale, e non invece il suo contenuto rappresentativo, e di conseguenza l'autore ha il controllo della sola forma esteriore, mentre ogni consociato può liberamente appropriarsi dell'idea sottostante. Questo principio trova consacrazione in trattati internazionali[96], in direttive[97], e nella legge[98], ed è unanimemente condiviso in dottrina e giurisprudenza. Ebbene,

95 Sugli aspetti relativi in particolare all'opera come autonomo bene economico si veda nella dottrina tradizionale VALERIO e ALGARDI, *Il diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1943, 88 ss.. Mentre, nella analisi economica del diritto di autore, si veda QUAEDVLIEG, *The economic analysis of intellectual property law*, Wolters Kluwer, Boston, 1992, 379 ss.; MACKAAY, *Law and economics for civil law systems*, Edward Elgar Publishing, Celtenham, 2013, 299 ss.; WATT, *The basic economic theory of copyright*, in WATT, *Handbook on the economics of copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, 9 ss..

l'impostazione che qui è stata adottata agevola l'applicazione di questo principio, in quanto identifica meglio i concetti di cui esso si compone. Infatti, spesso, si hanno molte difficoltà a definire in cosa consista la forma espressiva e a differenziarla dal suo contenuto rappresentativo. Nella prospettiva qui scelta, la forma espressiva protetta coincide semplicemente con la combinazione di segni del linguaggio idonei alla comunicazione intersoggettiva, ed in essa è trasfuso il contenuto organizzato di idee, conoscenze, fatti, opinioni, sentimenti, dati ed informazioni che si vuole trasmettere. La protezione è sulla sequenza dei segni, e non invece sulle idee. Di conseguenza, nessuno potrebbe riprendere la esatta sequenza dei simboli, ma ciascuno potrebbe liberamente appropriarsi delle idee e rielaborarle. Evidentemente, con l'adesione all'impostazione concettuale qui prospettata, è agevole, anche in pratica, l'applicazione del principio di separazione tra forma e contenuto. Semplicemente, si tratterebbe di distinguere, da un lato, la sequenza dei segni del linguaggio, che sarebbe riconducibile all'oggetto del diritto di autore e quindi protetta, e, dall'altro lato, le idee, le conoscenze, i fatti, le opinioni, i sentimenti, i dati e le informazioni, che invece ne rimarrebbero fuori e sarebbero liberamente appropriabili da ciascun consociato[99].

---

96 In particolare, si vedano i TRIPS, sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale in relazione al commercio, concluso a Marrakech, il 15 aprile 1994, all'articolo 9 comma 2, e si veda il Trattato OMPI, sulla protezione dei diritti di autore, concluso a Ginevra, il 20 dicembre 1996, all'articolo 2.

97 In particolare, si veda la Direttiva 9/1996, direttiva sulla protezione delle banche di dati, all'articolo 3 comma 2, e anche la Direttiva 24/2009, direttiva sulla protezione del software, all'articolo 1.

98 In particolare si veda la l.a. all'articolo 2 numeri 8 e 9.

Questa impostazione concettuale è, altresì, coerente con un altro principio generale del diritto di autore, e cioè il principio di estensione della protezione alla forma interna, intesa come organizzazione delle idee e delle informazioni. Infatti, questa concezione non impedisce al diritto esclusivo di estendersi a proteggere l'organizzazione delle idee e delle informazioni che versa nella sequenza dei segni. Si badi bene, non le idee, bensì la loro organizzazione. E' certamente vero che, nella prospettiva qui adottata, il diritto esclusivo protegge la sequenza esatta dei segni, ma, a quanto si è detto finora, va aggiunto che non è necessaria la ripresa dell'intera sequenza per integrarne la violazione. Anzi, costituirebbe violazione del diritto esclusivo anche la mera ripresa di alcuni segni della sequenza, purché essi siano atti ad esprimere gli elementi essenziali caratterizzanti l'apporto creativo impresso nel contenuto della creazione. In questo modo, il diritto, che protegge direttamente la sequenza di segni, si spinge indirettamente a tutelare anche l'organizzazione delle idee che compongono il suo contenuto. In altri termini, secondo l'impostazione concettuale che qui si adotta, il diritto esclusivo insiste solo ed unicamente sulla sequenza di segni del linguaggio e non sul contenuto, tuttavia esso protegge indirettamente anche la forma interna di questo contenuto intesa come organizzazione delle idee che lo compongono. Questo avviene in quanto, ai fini della violazione del diritto esclusivo, non si valuta solo la ripresa di una

99 In dottrina, PIOLA CASELLI, *Del diritto di autore*, in FIORE, *Il diritto civile italiano*, Eugenio Marghieri, Napoli, 1907, 255 ss.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 354 e 700; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1974, 36 ss.. In giurisprudenza, Corte di Giustizia 16 luglio 2009, C-5/2008, in *AIDA* 2009, *1261*; Cass. 13 dicembre 1999, in *AIDA* 2000, *659*; App. Torino 8 aprile 1960, in *IDA* 1960, 343 ss.; Trib. Roma 30 ottobre 1980, in *Riv. dir. ind.* 1980, 287 ss.; Pret. Brescia 1 dicembre 1994, in *AIDA* 1996, *382*. Si veda anche CASELLA, *Nota a Tribunale Milano 12 luglio 2013*, in *AIDA* 2015, *1670*.

porzione della combinazione di segni, ma anche l'importanza dell'elemento contenutistico che è racchiuso all'interno del frammento della sequenza che viene estratto nell'ambito del contenuto complessivo della creazione. In sostanza, si effettua una doppia valutazione, una prima valutazione sulla ampiezza della sequenza estratta, ed una seconda valutazione sull'importanza del contenuto da essa espresso nell'ambito del contenuto complessivo della creazione. In questo modo, il diritto esclusivo sulla sequenza protegge anche indirettamente il contenuto di idee ed informazioni, almeno limitatamente alla sua organizzazione interna[100].

4. Il primo elemento della clausola generale: l'utilizzo dell'opera dell'ingegno

Si è definita l'opera dell'ingegno come la combinazione di segni del linguaggio che racchiude un contenuto e che è impressa in un supporto materiale, e quindi si è escluso consista nelle idee organizzate e nella materia o energia. Si sono altresì delineati nel dettaglio i diversi passaggi che compongono il processo comunicativo, dal flusso di idee nella mente dall'autore, fino alle percezioni sensoriali del fruitore. Questi chiarimenti costituiscono il presupposto logico per potere adesso trattare del concetto di utilizzazione della creazione intellettuale, il quale costituisce il primo elemento della clausola generale di utilizzazione economica. Pare opportuno, anche in questo caso, tentare di definire il concetto partendo

100 Queste considerazioni si ricavano dal giudizio sulla contraffazione in ALGARDI, *Il plagio letterario ed il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966, 192 ss.; FABIANI, *Plagio parziale o camuffato di composizione musicale*, in *IDA* 1994, 464 ss.; CAROSONE, *Nota a Cassazione 10 marzo 1994 n. 2345*, in *IDA* 1995, 146 ss.; DE ANGELIS, *Nota a Tribunale Roma 6 luglio 1999*, in *AIDA* 2001, *751*; BERTANI, *Nota a Tribunale 27 maggio 2002*, in *AIDA* 2003, *919*.

dal senso comune, e procedendo attraverso la confutazione o la conferma delle diverse credenze che si hanno su di esso nell'esperienza comune, per delineare poi un concetto giuridico pienamente autonomo ed indipendente.

Nel cercare di tracciare una definizione soddisfacente dell'utilizzazione dell'opera dell'ingegno, si può iniziare con il riflettere sulla qualificazione di tre generi di attività con la creazione intellettuale. (i) Il primo gruppo è composto dalle attività di mero godimento, quali la lettura, l'ascolto e la visione, e le attività di godimento personale, quali il consumo dell'esemplare e la presenza fisica nel luogo di emissione delle onde luminose e sonore. (ii) Il secondo gruppo dalle attività di estrinsecazione della forma espressiva in supporti o energia, quali la riproduzione e la comunicazione al pubblico. (iii) Il terzo gruppo dalle attività di intermediazione nella circolazione dei supporti materiali, quali la distribuzione ed il noleggio e prestito.

(i) Secondo il senso comune, l'opera dell'ingegno si utilizza traendo un godimento estetico o un accrescimento culturale dal supporto materiale in cui è incorporata, oppure anche consumando materialmente il mezzo materiale senza trarne alcun piacere o conoscenza. Per le opere incorporate in beni materiali questa credenza si rileva in realtà fallace, in quanto confonde l'utilizzo del mezzo materiale in base al diritto di proprietà e l'utilizzo della creazione intellettuale in base al diritto esclusivo. Il diritto reale sulla materia garantisce al proprietario la possibilità di contemplare la combinazione di segni che vi è impressa, e, se la contemplazione è attenta, consente altresì di trarre piacere estetico o conoscenza dalla rappresentazione mentale del contenuto racchiuso nella sequenza. Ma, a bene vedere, l'accesso alla sequenza di segni è garantito dal diritto reale, mentre il godimento estetico e l'accrescimento

culturale sono ontologicamente al di fuori del fenomeno giuridico. Per le opere incorporate in energie questa credenza è altrettanto fallace, in quanto l'accesso alla creazione avviene sulla base di un contratto di diritto comune o incidentalmente per la presenza fisica della persona nell'area di diffusione delle onde luminose e sonore, ed il piacere che deriva dalla rappresentazione mentale del contenuto è estraneo ad ogni possibilità di regolazione giuridica. Quindi, il lettore che sfoglia tra le mani distrattamente le pagine del suo esemplare non sta in realtà utilizzandolo. Neppure il lettore appassionato e diligente che riesce a trarre piacere e conoscenza dalla sua attenta lettura sta in realtà utilizzando l'opera. Allo stesso modo, né lo spettatore divertito, né lo spettatore assonnato, i quali assistono ad un dramma in teatro stanno utilizzando l'opera. Semplicemente, il lettore e lo spettatore godono del bene materiale o ricevono una prestazione contrattuale. I loro comportamenti rilevano per il diritto civile generale dei diritti reali, delle obbligazioni e dei contratti, e sono da esso regolati. Essi sono, invece, estranei alla proprietà intellettuale ed all'utilizzazione delle risorse protette.

(ii) Secondo il senso comune, l'opera si utilizza anche estrinsecandola, e cioè imprimendo la sequenza di segni del linguaggio, che compongono la forma espressiva, al cui interno è racchiuso il contenuto ideativo o informativo, in un supporto materiale. Cioè, l'opera si utilizza anche producendo un bene fisico o prestando un servizio che racchiude la sequenza di segni e, quindi, consente la comunicazione intersoggettiva dei contenuti. In effetti, questo è esattamente ciò che il legislatore intende per utilizzo dell'opera. Lo si può agevolmente evincere dalle utilizzazioni tipizzate dal legislatore europeo ed italiano agli articoli 2 e seguenti della

Direttiva infosoc[101] ed agli articoli 13 e seguenti della l.a.. Infatti, le attività tipizzate dal legislatore in questi cataloghi comportano sempre l'impressione della forma espressiva della creazione in cose o energie. La facoltà esclusiva di riproduzione comporta l'impressione della sequenza in un bene materiale, e la facoltà esclusiva di comunicazione al pubblico comporta l'impressione di questa in una manifestazione energetica. Quindi, si può con certezza affermare che, nella prospettiva del legislatore europeo ed italiano, l'utilizzo è anzitutto questa estrinsecazione, la quale comporta la produzione di un esemplare o la prestazione di un servizio in cui è impressa la forma espressiva. Quindi, se il leggere un libro non è utilizzare la creazione, lo è invece il ricopiarlo, fotocopiarlo, moltiplicarlo con macchinari industriali. Allo stesso modo, se l'assistere allo spettacolo non è utilizzare, lo è invece il rappresentare il dramma davanti ad un pubblico. In altri termini, è lo stampatore che utilizza il libro e non invece il lettore, ed è l'attore che utilizza il dramma e non lo spettatore. Questi comportamenti costituiscono sicuramente utilizzazioni della risorsa protetta.

(iii) Secondo il senso comune, è utilizzo anche la successiva intermediazione nella circolazione dei beni o dei servizi in cui la sequenza di segni è incorporata. In effetti, anche questa è intesa come utilizzazione dal legislatore sia all'articolo 4 della Direttiva infosoc e sia all'articolo 1 della Direttiva noleggio e prestito[102], ed anche agli articoli 17 e 18 bis l.a.. Infatti, la facoltà esclusiva di distribuzione, intesa come riserva sull'attività di trasferimento di diritti reali sui mezzi materiali, e la facoltà di prestito, intesa come riserva dell'attività di concessione in godimento temporanea

101 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

102 Direttiva 92/100, direttiva concernente il noleggio ed il prestito di supporti.

dei mezzi materiali, consistono esattamente in questa intermediazione. Quindi, è altrettanto certo che, nella prospettiva del legislatore, anche questa è utilizzazione. A questo proposito, va però precisato che il legislatore sancisce, anche, l'esaurimento della facoltà di distribuzione dopo la prima cessione del bene fisico, e quindi limita la qualificazione in termini di utilizzo alla sola prima intermediazione nella circolazione del bene fisico. Di conseguenza, non è utilizzo ogni successiva intermediazione nella circolazione dell'esemplare. Questa puntualizzazione non si estende, invece, alla facoltà di comunicazione al pubblico che è inesauribile, e quindi ogni diffusione dell'opera incorporata in energia costituisce utilizzo, sia la prima, e sia tutte le successive. Ricapitolando, anche l'attività di intermediazione, con i limiti derivanti dall'esaurimento della sola facoltà di distribuzione sul singolo esemplare con la prima cessione, rientra nel concetto di utilizzazione. Quindi, l'offrire in vendita ed il vendere un esemplare dell'opera è utilizzazione, ed è utilizzazione anche l'offrire ed il fornire prestazioni contrattuali che

determinino la percezione di manifestazioni energetiche, con l'eccezione dell'offerta in vendita e della vendita successive alla prima[103].

Questa lettura sistematica del concetto di utilizzazione che si ricava dalle norme giuridiche può trovare alcune giustificazioni in considerazioni di carattere generale e di opportunità.

(i) In particolare, l'estensione del concetto di utilizzo alla acquisizione di un godimento estetico non sarebbe concepibile per limiti ontologici intrinseci alla stessa scienza del diritto ed allo stesso fenomeno giuridico. Su questo aspetto ci si è già soffermati, e qui si ribadisce. Si è detto che il diritto e la tecnica giuridica non possono ontologicamente controllare la sfera interiore degli individui, e non possono obbligare una persona a pensare, sentire o conoscere. Il diritto e le norme giuridiche, infatti,

103 Le trattazioni essenziali per comprendere questi concetti sono in ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *IDA* 1958, 367 ss.; ARE, *L'oggetto del diritto di autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 35 ss.; ed in ASCARELLI, *Produzione di massa e tutela della probabilità*, in *Riv. dir. ind.* 1954, 297 ss.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 309 ss. e 384 ss. e 685 ss. e 732 ss. e 741 ss.; ed in GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Utet, Torino, 1948, 1 ss.; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1974, 101 ss. e 130 ss.. Si veda anche CRISTOFARO, *Proprietà ed utilizzazione*, in *Foro it.* 1936, 829 ss.; DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 5 ss.; ZAGATO, *L'antinomia beni materiali e beni immateriali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in AA. VV., *Cultura e Innovazione*, Giuffrè, Milano, 2000, 101 ss.; RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 408 ss.; SENA, *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Riv. dir. ind.* 2004, 55 ss.. Ma si veda anche AUTERI, *Internet ed il contenuto del diritto di autore*, in *AIDA* 1996, 90 ss.; AUTERI, *Il diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 597 ss.; ed anche BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 275 ss. e 308 ss.; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 105 ss. e 145 ss..

possono solo ricollegare effetti giuridici ad eventi naturali che già esistono nella realtà sensibile[104].

(ii) Ma, anche l'estensione al comportamento esteriore consistente nel consumo fisico del mezzo materiale o nella percezione dell'energia non sarebbe opportuna, per quattro ordini di ragioni. (ii a) La prima ragione attiene al valore stesso della privativa. In effetti, a bene vedere, il valore economico della creazione intellettuale discende dalle possibilità di godimento che sono assicurate all'utilizzatore finale. L'impedirgli di godere appieno del bene fisico o l'impedirgli di venderlo potrebbe incidere negativamente su questo valore, e quindi pregiudicare la posizione dell'autore medesimo. In sostanza, se al consumatore fosse offerto un potere di godimento ridotto, questi sarebbe disposto a pagare di meno, e quindi si ridurrebbe il valore economico della privativa[105]. (ii b) La seconda ragione attiene alla protezione della sfera della riservatezza degli utilizzatori finali. Infatti, eventuali restrizioni e divieti che limitino le possibilità di godimento del bene fisico e le possibilità di disposizione dello stesso richiederebbero una gravissima invasione della sfera della riservatezza della persona. Dovrebbe, per ipotesi, essere attivato un controllo della forza pubblica che verifichi le modalità con cui il bene viene goduto dai proprietari nelle proprie abitazioni, e che verifichi altresì la

104 Sul tema, per alcuni spunti, ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *IDA* 1958, 367 ss.; ARE, *L'oggetto del diritto di autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 35 ss.; ed in ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 683 ss.; ed in DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 5 ss..

105 Sul tema, si veda GUIBAULT, *Copyright limitations and contracts*, Wolters Kluwer, London, 2002, 47 ss.; DREIER, *Contracting out of copyright in the information society*, in GRIFFITHS e SUTHERSANEN, *Copyright and free speech*, Oxford university press, Oxford, 2005, 385 ss. e LITMAN, *Lawful personal use*, in *Texas law review* 2007, 1879 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

provenienza dei beni in modo da assicurare che ogni prodotto in circolazione sia stato venduto dal titolare, o con il consenso del titolare, all'utilizzatore che ne sia attualmente in possesso. Evidentemente, questa invasione consistente della sfera della riservatezza non potrebbe essere giustificabile per la tutela di un mero interesse patrimoniale, quale è quello del titolare al controllo dell'opera[106]. (ii c) La terza ragione è che queste restrizioni e divieti rappresenterebbero un ostacolo all'accesso alle informazioni ed alla conoscenza, e più in generale complicherebbero i processi di disseminazione delle creazioni intellettuali presso il pubblico. In questo modo, tra l'altro, limitando le opportunità di ciascun consociato di sviluppare in autonomia un proprio processo creativo ed un proprio autonomo pensiero, in quanto, come noto, la maturazione di un pensiero maturo e consapevole abbisogna sempre del più ampio accesso possibile alle fonti preesistenti[107]. (ii d) La quarta ragione è che queste restrizioni e divieti sarebbero probabilmente, altresì, ineffettivi nella pratica, in quanto gli accertamenti effettivamente realizzati dai titolari rappresenterebbero comunque una percentuale eccessivamente ridotta rispetto all'ammontare complessivo violazioni, e quindi non si potrebbe ragionevolmente ingenerare nei consociati alcun ragionevole timore di

106 Sul tema, si veda GINSBURG, *Authors and users in copyright*, in *Journal of the copyright society in the USA* 1997, 1 ss.; GINSBURG e GAUBIAC, *Private copying in the digital environment,* in *Intellectual property and information law* 1998, 149 ss.; GEIGER, *Right to copy and three steps test*, in *Comparative law review* 2005, 7 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

107 Sul tema, si veda GEIGER, *Copyright and free access to information: for a fair balance of interests in a globalised world*, in *EIPR* 2006, 366 ss.; GEIGER, *Copyright and the freedom to create*, in *International review of intellectual property and competition law* 2007, 707 ss.; GEIGER, *The answer to the machine should not be the machine: safeguarding private copy exception in a digital environment*, in *EIPR* 2008, 122 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

applicazione della sanzione[108]. (ii e) L'ultima ragione è che si verificherebbe un fallimento del mercato, in quanto i costi di transazione per ottenere le licenze per il godimento personale sarebbero troppo elevati, ed altrettanto elevati sarebbero i costi di *enforcement* per il titolare e per le pubbliche autorità. Di conseguenza, con ogni probabilità, i titolari semplicemente rinuncerebbero a perseguire gli utilizzatori in relazione a certe utilizzazioni, e gli utilizzatori semplicemente rinuncerebbero a svolgere alcune attività di fruizione della creazione[109]. Su tutti questi temi, ci si soffermerà molto più diffusamente in seguito. Per il momento, ci si limita a segnalarli ed accennarli per quanto rileva in questa sede.

Queste necessità ontologiche e queste valutazioni di fattibilità ed effettività impediscono di includere nel concetto di utilizzo il godimento spirituale ed il godimento meramente personale. Ciò che è aldilà di queste attività, è proprio l'estrinsecazione e l'intermediazione, e cioè proprio quelle attività che sono state qualificate come utilizzo nella lettura sistematica del dato normativo che si è qui operata. Quelle attività costituiscono, quindi, esattamente l'utilizzo in senso tecnico giuridico. In questo modo, si fornisce una definizione sistematica di utilizzo della creazione intellettuale, nei termini secondo i quali è utilizzo l'estrinsecazione e l'intermediazione, ed invece non lo è il godimento spirituale ed il godimento personale, che, oltre ad apparire

108 KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home copying, levies and DRM*, in *Entertainment law review* 2005, 77 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

109 Sul tema, si veda GORDON, *Market failure and intellectual property*, in *Boston university law review 2002,* 1031 ss. e GORDON, *Excuse and justification in the law of fair use: commodification and market perspectives*, in ELKIN-KOREN e NETANEL, *The commodification of information*, Kluwer law international, The Hague, 2002, 149 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

sistematicamente coerente, appare anche quella più opportuna per le numerose ragioni appena ricordate.

Il chiarimento del concetto di utilizzazione della creazione intellettuale in questi termini potrebbe avere conseguenze rilevanti, qui se ne fa cenno ad una in particolare. Sul piano teorico questa impostazione potrebbe porre una prospettiva diversa sulla questione della scarsità, escludibilità e rivalità dei beni immateriali. Questa prospettiva diversa, pur avendo natura teorica, può rivestire un'importanza notevole in sede interpretativa, con tutte le conseguenze pratiche che questo comporta.

A questo proposito, il ragionamento può essere formulato nei termini che seguono. Se si aderisse alla tesi secondo la quale il comportamento consistente nel trarre piacere estetico o conoscenza dalla fruizione del mezzo materiale costituisce utilizzo, allora ne deriverebbe che l'opera sarebbe configurabile in termini di bene per sua natura non scarso, non rivale e non escludibile, e l'esclusiva costituita dal legislatore avrebbe l'effetto di renderlo artificialmente scarso. Infatti, in questa prospettiva l'opera potrebbe essere utilizzata da tutti senza che questo comporti una riduzione delle possibilità di godimento altrui. Per fare alcuni esempi, un libro può essere letto con lo stesso piacere da un numero indefinito di persone, ed, allo stesso modo, uno spettacolo può essere ammirato con lo stesso interesse da una indefinita platea.

Invece, se si adottasse la lettura sistematica che qui viene proposta, e quindi si ritenesse che l'utilizzazione sia necessariamente estrinsecazione ed intermediazione, si potrebbe arrivare, almeno sotto una certa prospettiva, come meglio spiegato di seguito, a mettere in discussione la tesi tradizionale che vede il bene immateriale come un bene intrinsecamente non scarso. Infatti, se ci si ponesse dal punto di

vista dell'utilizzazione del bene come la si è qui intesa, ed in particolare si prendesse in considerazione il valore economico dell'utilizzazione, si rileverebbe che le singole utilizzazione della medesima opera non sarebbero tra loro equivalenti, in quanto ogni utilizzo consentirebbe di trarre un vantaggio inferiore rispetto a quello precedente. E' certamente vero che, astrattamente, la sequenza di segni potrebbe essere impressa in materia o energia indefinite volte, ma è altrettanto vero che ad ogni successiva impressione della sequenza in un supporto, si otterrebbe un esemplare o un servizio il cui valore sarebbe inferiore rispetto alla volta precedente. Ad esempio, lo stampatore che procede a moltiplicare in copie un libro riduce le possibilità di godimento di un altro stampatore, e così l'attore che recita un dramma davanti ad una platea limita il vantaggio che un altro attore ottiene mediante la recitazione dello stesso dramma. In tutti questi casi, la domanda di accesso alla creazione è limitata, ed ogni successiva estrinsecazione ed intermediazione ne comporta una riduzione. Pertanto, anche il bene immateriale, esattamente come il bene materiale, risulterebbe essere, se si adotta questa prospettiva, almeno sotto il profilo del valore economico, un bene scarso in se stesso. Se non altro perché, al pari del bene materiale, il suo valore economico, per l'appunto, sembrerebbe ridursi in corrispondenza di ogni utilizzo.

Le considerazioni appena riferite non vogliono porsi in contrasto con la letteratura dominante, che da sempre qualifica la creazione intellettuale come bene ontologicamente non scarso, non rivale e non escludibile, alla stregua del fuoco, dell'aria e dell'acqua[110]. Un bene, dunque, che, nella

110 Nella prima parte di questo lavoro, si è già detto, tra l'altro, che la perfetta sovrapponibilità tra l'opera dell'ingegno ed i tradizionali beni non rivali e non escludibili è opinabile. Si ribadisce che si potrebbero muovere almeno due contestazioni: (i) anzitutto, è fattibile, ed oggi estremamente semplice ed efficace, costituire un'esclusiva che renda

prospettiva dominante, nasce non scarso e diviene poi artificialmente scarso in conseguenza di un precetto giuridico che ne sancisce l'appropriazione in capo ad un soggetto e che attribuisce a tale soggetto il potere di agire per escludere gli altri consociati dal suo godimento. Per comprendere come queste riflessioni si concilino con la prospettiva dominante, occorrono alcune precisazioni. Sul piano fattuale ed ontologico, non può essere negato, e qui non viene negato, che la creazione intellettuale possa essere rappresentata nella mente delle persone ed impressa in supporti materiali un numero indefinito di volte, senza che, nel corso delle successive utilizzazioni, si riduca l'intensità del piacere estetico che se ne trae e la qualità dell'esemplare che si realizza. Ma se si passasse dal piano fattuale a quello economico, emergerebbe invece con evidenza come il succedersi delle utilizzazioni riduca l'utilità che è possibile trarre dalla creazione. Ebbene, queste considerazioni vogliono solo valorizzare questo valore economico, ed eleggerlo a parametro di riferimento nell'apprezzamento delle caratteristiche del bene, senza negare nessuno degli assunti tradizionali che invece privilegiano altri fattori ed altri profili. Secondo questa lettura, il valore economico del bene è il dato essenziale cui sembra ragionevole fare riferimento nella valutazione della scarsità del bene. E, tale valore economico non è correlato, o lo è in misura minima, alla cosa materiale determinata che esiste nella realtà ed alle sue caratteristiche fisiche. Piuttosto, il valore economico dei beni che ci circondano, materiali ed

artificialmente scarsa una creazione intellettuale, ed invece la creazione fattuale di una barriera di questo tipo e con questi effetti è impossibile con i tradizionali beni non scarsi; (ii) in secondo luogo, la riserva in esclusiva della creazione intellettuale gode da secoli di un solido sostegno morale, etico e sociale che giustifica l'appropriazione ai singoli della risorsa, ed invece nessun tipo di sostegno può razionalmente essere rinvenuto con riferimento alla riserva dei tradizionali beni non scarsi. Sul tema, in particolare, PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1982, 1178 ss..

immateriali, sembra dipendere dall'intensità della loro protezione giuridica, piuttosto che dalla loro consistenza corporale. Infatti, secondo questa lettura, nessun bene è appropriabile in sé, ma lo diviene solo in forza di un precetto giuridico che ne riservi il godimento in esclusiva ad un soggetto. In assenza di una regola di diritto, anche un'automobile o un immobile non avrebbe in sé valore economico. Si immagini per un momento che un soggetto possessore di un immobile non abbia il potere di agire per ottenerne la restituzione nell'eventualità di perdita della disponibilità materiale del bene. Evidentemente, il valore economico del suo diritto sarebbe infinitamente minore rispetto a quello cui siamo abituati a pensare in presenza dell'azione di rivendica. In questo senso, se la prospettiva è il valore economico insito nel diritto soggettivo, il quale dipende dalla protezione giuridica, e diminuisce in corrispondenza di ogni utilizzo, il bene immateriale appare essere scarso, rivale ed escludibile al pari di quello materiale[111].

Il concetto di utilizzazione che si è delineato presenta tre corollari logici. Si è giunti a sostenere che l'utilizzo dell'opera consiste nella estrinsecazione della forma espressiva in prodotti o servizi o nella intermediazione nella loro circolazione. A bene vedere, da questa impostazione deriva logicamente che ogni atto di utilizzazione produce necessariamente tre effetti.

(i) Il primo effetto è quello di realizzare una intermediazione tra l'autore ed il pubblico nella circolazione del contenuto ideativo o informativo che è impresso nella forma espressiva della creazione. Infatti, a bene vedere,

111 Queste considerazioni sono ispirate da OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 191 ss. e da PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1982, 1178 ss..

ogni volta che le idee, le conoscenze, i fatti, i sentimenti e le opinioni vengono impressi in una forma espressiva, che viene incorporata in materia o energia, cui un membro del pubblico accede per trarre piacere estetico o accrescimento culturale, si ha sempre un passaggio intermedio nel processo di comunicazione dei contenuti dalla mente dell'autore a quella del pubblico.

(ii) Il secondo effetto è quello di mettere l'opera a disposizione di altri affinché questi possano godere della sua forma rappresentativa. Infatti, con ogni utilizzazione, un soggetto rende accessibile l'opera ad un altro soggetto o a diversi altri soggetti, consentendo loro di percepire la forma espressiva della creazione, e dando loro l'opportunità di contemplarla. Ogni utilizzazione, quindi, si risolve in una messa a disposizione della creazione ad altri in modo che la possano percepire e ne possano trarre godimento spirituale.

(iii) Il terzo, e più importante effetto, è quello di ampliare l'intensità e le possibilità di godimento dell'opera, nel senso che, ogni utilizzazione, amplia la platea di persone ammesse a percepire la creazione. Infatti, l'atto di utilizzo potrebbe, alternativamente, determinare la realizzazione di ulteriori mezzi di accesso alla creazione, sotto forma di mezzi materiali o manifestazioni energetiche, e quindi un incremento del numero di supporti in circolazione, oppure potrebbe determinare un mutamento soggettivo delle persone ammesse a percepirla. Nel senso che, l'estrinsecazione aumenta il numero di supporti in circolazione, e l'intermediazione determina un mutamento soggettivo delle persone che vi accedono. In entrambe le ipotesi, si ha una cosa o una manifestazione energetica in più da cui l'opera è fruibile, o almeno si ha un allargamento del numero di persone che hanno accesso all'esemplare già in circolazione. Pertanto, ogni utilizzazione, almeno potenzialmente, allarga,

in astratto, la platea di consociati che ha accesso alla creazione, ed amplia le sue possibilità di fruizione tra i medesimi[112].

(Segue). Il test

Alla luce di tutti i discorsi svolti finora, si potrebbe costruire un test per la verifica della qualificazione di una certa attività di fruizione di una creazione intellettuale in termini di utilizzazione in senso tecnico giuridico. L'elaborazione di un test, al termine di queste riflessioni, consente di fornire indicazioni operative puntuali per la valutazione del caso concreto. Questo vuole servire a dare una rilevanza pratica ai discorsi sui principi generali e sui concetti astratti che si sono svolti fino a questo momento. In altri termini, con questo test, si intende trarre, dalle riflessioni di carattere generale ed astratto, delle regole operative puntuali e concrete.

Il test si dovrebbe strutturare in quattro sezioni, e di seguito si formula ciascuna in forma di quesito per ragioni di semplicità ed immediatezza. Solo in caso di risposta affermativa a tutte e quattro le domande che si formuleranno, si deve ritenere che, l'attività con l'opera, costituisca utilizzazione della creazione intellettuale in senso tecnico giuridico.

112 Su questi temi in particolare Oppo, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 191 ss.. Ma anche Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 309 ss. e 384 ss. e 685 ss. e 732 ss. e 741 ss. ed Auteri, *Il diritto di autore*, in Aa. Vv., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 597 ss.. Va precisato che, nel caso l'attività dia luogo ad un mero mutamento soggettivo senza ampliare la platea delle persone ammesse a percepire la creazione, potrebbe operare il principio dell'esaurimento del diritto. Si veda in proposito Sarti, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 66 ss..

i) L'attività in esame ha comportato l'impressione della sequenza di segni del linguaggio, e cioè della forma espressiva che racchiude le idee, le conoscenze, i fatti, le opinioni, i sentimenti, i dati e le informazioni, in un mezzo materiale o in una manifestazione energetica (con la precisazione che anche la voce umana emessa nell'aria ed il movimento corporeo in uno spazio sono manifestazioni energetiche)? Oppure, in alternativa, ha comportato l'intermediazione nella circolazione degli esemplari in cui questa è impressa (con la precisazione che non deve trattarsi di una intermediazione nella circolazione di un bene materiale successiva alla prima cessione)?

ii) L'attività ha comportato una potenziale comunicazione della creazione, e cioè l'intermediazione tra l'autore ed il pubblico nella circolazione del suo contenuto ideativo o informativo?

iii) L'attività ha comportato la potenziale messa a disposizione della creazione ad altri, e cioè ha offerto loro l'opportunità di percepire la forma espressiva della creazione?

vi) L'attività ha comportato un potenziale ampliamento del numero di mezzi in circolazione che danno accesso alla creazione, o, in alternativa, un potenziale mutamento soggettivo nelle persone che accedono ad un mezzo preesistente, e quindi ha determinato un possibile ampliamento della platea di persone che hanno accesso ai mezzi che la rendono percepibile?

Questi quattro passaggi conducono ad includere nel concetto di utilizzo l'estrinsecazione e l'intermediazione, ed ad escludere invece il mero godimento spirituale ed il godimento personale. Su questi ultimi due profili occorre soffermarsi ulteriormente nell'immediato prosieguo della trattazione.

4.1. Estraneità del mero godimento spirituale al concetto di utilizzo

Il concetto di utilizzo che si è delineato non comprende in sé l'attività di mero godimento spirituale dell'opera dell'ingegno, e quindi questa attività non costituisce utilizzazione della creazione intellettuale in senso tecnico giuridico. Il mero godimento spirituale dell'opera consiste nella attività di contemplazione nella mente della creazione al fine di ricavarne un piacere estetico o un accrescimento culturale. Essa si sostanzia, quindi, nella rappresentazione mentale del contenuto racchiuso nella combinazione di segni, con la conseguente sensazione o beneficio o vantaggio interiore che ne discende. Per chiarire bene cosa si intenda, può essere utile ripercorrere il processo comunicativo dell'opera, che è già stato illustrato in precedenza e che qui di seguito si riassume per comodità. L'autore richiama alla mente i contenuti, e li organizza, quindi li trasforma in una sequenza di segni, che incorpora in un mezzo di trasmissione. L'utilizzatore accede al mezzo, quindi percepisce con i sensi la combinazione di segni, e procede a rappresentarsi nella mente i contenuti che vi sono racchiusi, e questa rappresentazione gli dà una sensazione di gradevolezza o un apporto di conoscenza. Ebbene, il mero godimento si colloca esattamente nell'ultimo passaggio del processo comunicativo, quando il fruitore si rappresenta nella mente i contenuti racchiusi nella forma espressiva e gode spiritualmente di questi, ricavandone piacere o conoscenza. Così, la persona gode spiritualmente dell'opera letteraria rappresentandosi nella mente la trama narrata dall'autore, e dell'opera figurativa o musicale rappresentandosi le sensazioni e le emozioni avvertite dal creativo. Sia la rappresentazione

mentale, che la sensazione, il piacere o l'arricchimento che ne consegue, costituiscono mero godimento della creazione[113].

Questo godimento non costituisce, evidentemente, utilizzo in senso tecnico giuridico. A bene vedere, ogni attività riconducibile a questa forma di fruizione non comporta l'estrinsecazione della creazione e quindi l'incorporazione della sequenza di segni in un nuovo supporto, e neppure l'intermediazione nella circolazione dei supporti materiali preesistenti. In nessun caso comporta la messa a disposizione della creazione ad altri, ed in nessun caso amplia il numero di mezzi di accesso in circolazione o la platea di persone che hanno accesso a tali mezzi.

L'esclusione del mero godimento spirituale dal concetto di utilizzo ha una giustificazione di tipo ontologico, cui si è fatto cenno e che conviene ribadire nuovamente. Questa giustificazione è ontologica, in quanto questa attività non è assoggettabile all'esclusiva per la sua stessa natura. La scienza del diritto, il fenomeno giuridico, e la tecnica giuridica non possono ontologicamente controllare la sfera interiore degli individui, né possono obbligare una persona a costruire nella mente una rappresentazione di un contenuto, o a pensare, o a sentire in un certo modo, o ad acquisire una certa nozione. La norma giuridica, piuttosto, si limita a ricollegare effetti giuridici ad eventi naturali, ed in particolare ai comportamenti delle persone ed alle loro manifestazioni di volontà. Esse si limitano a regolare la realtà sensibile. Il diritto non può invece controllare un fatto che nasce e si esaurisce nella sfera interiore. Quindi, non può costituire oggetto di regolazione giuridica il fatto meramente interno del lettore che si rappresenta nella mente la storia durante la lettura, o dello spettatore che sente le emozioni dello scorrere del

113 La migliore delineazione del concetto è in OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 191 ss..

dramma nella rappresentazione teatrale. Nessuna norma giuridica potrebbe ricollegare effetti giuridici ai sentimenti ed ai pensieri che non si manifestano all'esterno nella realtà sensibile.

A bene vedere, invece la regolazione può interessare il momento che precede il mero godimento spirituale. Tutti questi fatti meramente interiori, infatti, presuppongono sul piano economico l'accesso ad un mezzo che rende percepibile l'opera. Ebbene, il diritto è perfettamente idoneo a regolare questo accesso al mezzo che consente la percezione dell'opera, in quanto la materia o l'energia di cui si compone ed in cui i segni sono incorporati esistono nella realtà sensibile. Così, tornando agli esempi precedenti, può essere oggetto di regolazione giuridica il comportamento della persona che consiste nello sfogliare le pagine di un libro, e così pure può essere vietato ad una persona di essere fisicamente presente nel luogo in cui si svolge uno spettacolo. Su questo non vi è dubbio, e su questo si tornerà a riflettere nell'immediato prosieguo di questa trattazione[114].

(Segue). Il limite dell'utilizzo computazionale

Una riflessione attenta potrebbe però mostrare che il principio di libertà del mero godimento dell'opera dell'ingegno, su cui si è appena riferito, non sia in realtà assoluto, ed incontrerebbe dei limiti. Uno di questi limiti potrebbe essere rappresentato dall'utilizzo computazionale

114 Sul tema, ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *IDA* 1958, 367 ss. ed ARE, *L'oggetto del diritto di autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 35 ss.. Anche ASCARELLI, *Produzione di massa e tutela della probabilità*, in *Riv. dir. ind.* 1954, 297 ss. ed ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 309 ss. e 384 ss. e 685 ss. e 732 ss. e 741 ss.. Inoltre, DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 5 ss..

della creazione intellettuale. L'utilizzo computazionale costituisce una delle nuove possibilità di fruizione della creazione offerte dalle tecnologie informatiche, e presenta una notevole importanza sul piano economico. In particolare, esso consiste nell'applicazione di un procedimento automatizzato fondato su complessi algoritmi matematici per l'estrazione di nuova conoscenza da un insieme preesistente di dati. Tale conoscenza si rivela poi essere generalmente utile allo studio delle preferenze dei consumatori e degli utenti. Evidentemente, sulla base di questa conoscenza estratta dai dati, si possono poi orientare le politiche industriali e le strategie di marketing delle imprese, nonché le decisioni di investimento degli investitori istituzionali e dei risparmiatori.

Questa particolare modalità di fruizione della creazione intellettuale non sembrerebbe rientrare nella sfera del controllo autorale, per due ordini di ragioni. La prima ragione è che, da un punto di vista strettamente tecnico, i dati estratti dalla creazione, ad opera del computer, non sono autonomamente proteggibili in base ai principi generali di diritto di autore. Infatti, il frammento estratto mediante il procedimento elettronico non costituisce una porzione della creazione che racchiude in sé gli elementi essenziali caratterizzanti l'opera nel suo insieme, né, a sua volta, l'opera è riconoscibile nel frammento estratto. Anzi, addirittura, il dato estratto potrebbe non essere neppure contenuto nella sequenza di segni di cui essa si compone, e quindi non costituirne neppure un frammento[115]. La

115 Sul tema della proteggibilità di singoli frammenti e del *quantum* che serve ad integrare la contraffazione, in generale, si veda De Sanctis, *In tema di plagio della opera inedita*, in *IDA* 1955, 464 ss.; Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali,* Giuffrè, Milano, 1960, 860 ss.; Algardi, *Il plagio letterario ed il carattere creativo dell'opera,* Giuffrè, Milano, 1966, 192 ss.; Greco e Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno,* in Vassalli, *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1974, 355 ss.; Carosone, *Dalle utilizzazioni libere al plagio-contraffazione,* in *IDA* 1976, 61 ss.; Ammendola, *La violazione del diritto di autore,* in Ubertazzi e Ammendola, *Il diritto d'autore,* Utet, Torino, 1993, 82 ss.; si veda sul giudizio di contraffazione in particolare Piola

seconda ragione è che, sempre da un punto di vista tecnico, l'estrazione avviene mediante una mera osservazione della macchina, assimilabile al mero godimento della persona umana che legge, vede e sente. La mera elaborazione da parte del calcolatore elettronico, a bene vedere, non comporta nessuna impressione della forma espressiva in materia od energia, ma solo la sua visualizzazione. Anzi, potrebbe essere sufficiente anche la visualizzazione di singoli dati presenti nella creazione o associati ad essa, senza necessità di visualizzazione né integrale né parziale[116]. Sembrerebbe, perciò, che l'utilizzo computazionale della macchina, in alternativa, o non costituisca nemmeno godimento dell'opera, o vada assimilato interamente al mero godimento dell'essere umano. In entrambi i casi, sarebbe pienamente libero[117].

CASELLI, *Codice del diritto d'autore,* Utet, Torino, 1943, 620 ss.; ARE, *L'oggetto del diritto d'autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 71 ss.; DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore,* Giuffrè, Milano, 2000, 144 ss.; e si veda in giurisprudenza Cass. 3 agosto 1942 n. 2401, in *Giur. it.* 1943, 45 ss.; Cass. 10 marzo 1994 n. 2345, in *Foro it.* 1994, 2415 ss.; Trib. Roma 25 giugno 1973, in *Giur. mer.* 1975, 128 ss.; Trib. Milano 5 giugno 1975, in *IDA* 1976, 462 ss.; Trib. Napoli 28 novembre 1986, in *IDA* 1987, 522 ss.; Trib. Roma 20 luglio 1989, in *IDA* 1992, 282 ss.; Pret. Roma 10 maggio 1971, in *IDA* 1972, 56 ss.; si veda sul giudizio di riconoscibilità in particolare Trib. Torino 25 ottobre 1960, in *IDA* 1961, 234 ss.; Trib. Roma 12 aprile 1986, in *IDA* 1987, 521 ss.; Trib. Napoli 28 novembre 1986, in *IDA* 1987, 522 ss.; Trib. Bari 9 dicembre 2005, in *AIDA* 2007, *1145*; Pret. Roma 31 dicembre 1987, in *IDA* 1989, 496 ss.. Sul punto, si veda anche CASELLA, *Nota a Cassazione 19 febbraio 2015 n. 3340*, in *AIDA* 2015, *1655;* CASELLA, *Nota a Cassazione 2 marzo 2015*, in *AIDA* 2016, *1718* e CASELLA, *Nota a Cassazione 19 gennaio 2016 n. 804*, in *AIDA* 2016, *1726*.

116 Questo si evince da JOCKERS, SAG e SCHULTS, *Brief of digital humanities and law scholars as amici curiae in partial support of defendant's motion for summary judgment or in the alternative summary adjudication*, in *Ssrn*, 4 june 2013, 1 ss..

117 Questo si evince da JOCKERS, SAG e SCHULTS, *Brief of digital humanities and law scholars as amici curiae in partial support of defendant's motion for summary judgment or in the alternative summary adjudication*, in *Ssrn*, 4 june 2013, 1 ss..

Tuttavia, una certa dottrina adotta una impostazione differente, per ragioni di opportunità sul piano degli interessi coinvolti. Il ragionamento alla base di questa tesi, è descritto di seguito. Dato per assunto che il mero godimento umano sia libero in quanto il titolare non possa ontologicamente controllarlo e comunque non avrebbe interesse a farlo, allora, sul presupposto che queste due condizioni non si realizzino con riferimento al mero godimento della macchina, tale tesi conclude che l'utilizzo computazionale della macchina rientra nella sfera di controllo del titolare. Infatti, venute meno, con riferimento al mero godimento della macchina, le ragioni per cui si ritiene essere libero il mero godimento umano, il controllo del titolare si espande. Ed, in effetti, il titolare può controllare il mero godimento effettuato da un elaboratore elettronico mediante particolari software, e quindi il limite ontologico viene meno. Altresì, il titolare ha interesse a controllarlo perché può domandare un prezzo per esso, e quindi anche il limite funzionale viene meno. Dunque, se è vero che l'autore di un romanzo non può controllare la visualizzazione mentale della trama nel lettore e non può chiedere un prezzo all'acquirente del libro per la sua lettura, è altresì vero che l'autore può impedire e può domandare un compenso ulteriore per l'estrazione di conoscenza mediante l'analisi con procedimenti automatici di tipo matematico e statistico. La fattibilità del controllo, e la sussistenza di questo interesse a controllare, potrebbero rendere l'utilizzo computazionale riservato, e quindi differenziarlo dal mero godimento umano. D'altronde, considerato che le imprese che si occupano di estrarre conoscenza dalle creazioni intellettuali realizzano enormi fatturati ed utili, non vi è ragione per escludere l'autore dalla partecipazione a

questi benefici economici, che, in qualche misura, provengono anche dalla sua opera[118].

A bene vedere, nessuna critica può essere mossa a questo pensiero, almeno dal punto di vista dell'opportunità di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi. Tuttavia, se anche si aderisse a questa tesi, in quanto realizza un migliore contemperamento tra i contrapposti interessi, non verrebbe meno la validità del principio della libertà del mero godimento spirituale. Piuttosto, occorrerebbe, semplicemente, delimitarne l'oggetto e le conseguenze. La sfera di libertà nel godimento meramente spirituale era stata concepita in relazione alla rappresentazione mentale dell'uomo, e non all'osservazione della macchina. Nel diverso contesto attuale, questo ragionamento obbliga, quindi, a svolgere una precisazione su questo principio, e cioè che esso si riferisce al mero godimento umano e non a quello della macchina. Per giunta, a tale conclusione si perviene sulla base di un ragionamento fondato su considerazioni di mera opportunità, e non invece per necessità o coerenza, come si è appena riferito. Ad ogni modo, si ribadisce, tale conclusione certamente non inficia la validità del principio di libertà del mero godimento spirituale sul piano generale, che invece rimane perfettamente libero, con la precisazione che deve essere svolto da un essere umano, e non da una macchina sulla base di procedimenti matematici automatizzati diretti ad estrarre conoscenza da un insieme di dati preesistenti[119].

---

118 OTTOLIA, *L'utilizzo computazionale dell'opera dell'ingegno in internet*, in *AIDA* 2014, 386 ss..

119 Per uno spunto di riflessione, SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 360 ss..

4.2. Estraneità del godimento personale al concetto di utilizzo

Il concetto di utilizzo che si è delineato fin qui, a bene vedere, non comprende in sé il godimento personale dell'opera dell'ingegno, e quindi questa attività di fruizione non costituisce utilizzazione della creazione intellettuale in senso tecnico giuridico. La fruizione esclusivamente personale è quella attività che consiste nell'utilizzo corporale del bene fisico, oppure nella percezione fisica dell'energia nel luogo in cui viene diffusa. La creazione intellettuale può essere goduta, cioè, anche attraverso il consumo materiale con la propria persona del mezzo fisico in cui è incorporata, oppure attraverso la percezione delle energie con cui viene estrinsecata. La fruizione esclusivamente personale va però concettualmente distinta dal mero godimento, in quanto si colloca in un momento diverso del processo comunicativo. Il mero godimento attiene alla rappresentazione mentale dei contenuti ed alla acquisizione di piacere o conoscenza attraverso di essa, mentre la fruizione personale concerne il consumo della materia o la percezione dell'energia. Nel processo comunicativo, viene prima la fruizione personale e poi il mero godimento. Questa distinzione è essenziale, in quanto, come si vedrà meglio, la fruizione esclusivamente personale, a differenza del mero godimento, può essere oggetto di regolazione giuridica, e, invece, le ragioni per cui andrebbe esentata dal controllo del titolare sono di mera opportunità. Per fare degli esempi di fruizione personale, si pensi all'acquirente del libro che lo apre e lo sfoglia, oppure all'acquirente del disco che lo inserisce nell'apparecchio riproduttore, oppure all'acquirente del quadro che lo fissa alla parete.

Una attenta riflessione potrebbe, forse, fare rientrare in questa fruizione esclusivamente personale dell'opera anche il trasferimento a terzi di diritti diritti reali sul bene fisico che incorpora la creazione. E, quindi, si

potrebbe connettere la libertà nel godimento personale del mezzo materiale con il principio dell'esaurimento del diritto, e di conseguenza ritenere che il secondo sia corollario del primo. Quindi, per fare un esempio rientrerebbe nel godimento personale anche il comportamento del proprietario del libro che lo venda ad un terzo. In questa prospettiva, la libertà di vendere a terzi l'esemplare che si è acquistato non sarebbe null'altro che un riflesso della più ampia libertà di godimento personale dell'esemplare. In sostanza, la previsione legislativa che liberalizza la vendita successiva alla prima servirebbe, quindi, a risolvere un profilo del conflitto tra il titolare del diritto reale sull'esemplare ed il titolare del diritto esclusivo della creazione, liberalizzando uno specifico frammento del godimento personale[120].

Il godimento personale, al pari del mero godimento spirituale, non costituisce evidentemente utilizzo in senso tecnico giuridico. Come per quest'ultimo, anche per la forma di fruizione qui in esame, ogni attività ad essa riconducibile non comporta l'estrinsecazione della creazione e quindi l'incorporazione della sequenza di segni in un nuovo supporto, e neppure l'intermediazione nella circolazione dei supporti materiali, né comporta la messa a disposizione della creazione ad altri, né amplia il numero di mezzi di accesso in circolazione o la platea di persone che hanno accesso a tali mezzi.

L'esclusione della fruizione esclusivamente personale dal concetto di utilizzo si fonda su una serie di giustificazioni. Queste sono diverse rispetto a quello che concernono il mero godimento. Per il mero

120 Le migliori delineazioni del concetto sono in ASCARELLI, *Produzione di massa e tutela della probabilità*, in *Riv. dir. ind.* 1954, 297 ss. ed in ARE, *L'oggetto del diritto di autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 35 ss.. Ma, si veda anche ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 309 ss. e 384 ss. e 685 ss. e 732 ss. e 741 ss. e OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 191 ss..

godimento, si è ravvisato un limite ontologico della tecnica giuridica, mentre invece il godimento personale dà luogo ad un comportamento esteriore cui una norma potrebbe ricollegare conseguenze giuridiche. Le ragioni sono diverse, e sono di fattibilità ed opportunità. Tali ragioni, sono già state accennate prima, e si tratteranno più approfonditamente in seguito. Qui, per comodità, le si riportano brevemente.

(i) La prima ragione attiene al valore economico della riserva di attività del titolare sulla creazione, che è evidentemente correlato alle facoltà di godimento concesse all'utilizzatore finale sull'esemplare. In effetti, l'utilità economica traibile dal titolare mediante lo sfruttamento economico della creazione intellettuale discende anche dalle possibilità di godimento che sono assicurate all'utilizzatore finale, ed in particolare dalle sue possibilità di accedere, lui personalmente, senza limiti all'esemplare che ha acquistato e di rivenderlo a terzi. Il porre dei limiti a questo godimento, potrebbe essere pregiudizievole, quindi, per il titolare stesso. In presenza di tali limiti, si verificherebbe una flessione negativa della domanda e del prezzo degli esemplari, rispetto alla situazione attuale. Mentre, con ogni probabilità, all'estensione del controllo del titolare sulla risorsa, non corrisponderebbe un aumento delle probabilità di guadagno. All'estremo, quando venga compressa eccessivamente la sfera di libertà dell'utilizzatore con riferimento a questa forma di fruizione, potrebbe venire meno del tutto la domanda di esemplari, ed in assenza di domanda la riserva di attività sarebbe priva di valore economico. Quanto qui riferito, sollecita una riflessione più ampia. In linea generale, è certamente vero che il valore economico della creazione dipende dalla intensità della tutela giuridica, e tuttavia esiste un limite, varcato il quale, una maggiore protezione si rivela essere addirittura pregiudizievole per il valore del cespite, in quanto ne riduce la domanda. Ad un limite estremo,

potrebbe svuotare il cespite di ogni valore. In questo quadro, la garanzia di piena libertà di godimento personale e disposizione della cosa materiale di cui si è proprietari appare essere funzionale ad assicurare il valore economico alla riserva di attività, o almeno, evitarne una riduzione[121].

(ii) La seconda ragione attiene alla protezione della sfera della riservatezza degli utilizzatori finali. Infatti, non sarebbe concepibile l'effettività di divieti che limitino le possibilità di godimento del bene fisico e le possibilità di disposizione dello stesso, se non a costo di una gravissima invasione della riservatezza della persona. In sostanza, occorrerebbe porre in essere controlli sistematici della forza pubblica al fine di accertare le modalità con cui il bene viene goduto dai proprietari nelle proprie abitazioni, e verificare la provenienza dei beni così da garantire che ogni prodotto in circolazione sia stato venduto all'utilizzatore che ne è in possesso dal titolare medesimo o con il suo consenso[122].

(iii) La terza ragione è che queste restrizioni e divieti potrebbero recare un pregiudizio considerevole all'accesso ed alla circolazione dei contenuti,

---

121 Sul tema, si veda GUIBAULT, *Copyright limitations and contracts*, Wolters Kluwer, London, 2002, 47 ss.; DREIER, *Contracting out of copyright in the information society*, in GRIFFITHS e SUTHERSANEN, *Copyright and free speech*, Oxford university press, Oxford, 2005, 385 ss. e LITMAN, *Lawful personal use*, in *Texas law review* 2007, 1879 ss.. Sul rapporto tra tutela e possibilità di guadagno GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Utet, Torino, 1948, 1 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

122 Sul tema si veda GINSBURG, *Authors and users in copyright*, in *Journal of the copyright society in the USA* 1997, 1 ss.; GINSBURG e GAUBIAC, *Private copying in the digital environment,* in *Intellectual property and information law* 1998, 149 ss.; GEIGER, *Right to copy and three steps test*, in *Comparative law review* 2005, 7 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

senza, tuttavia, attribuire alcun beneficio significativo al titolare in termini di maggiore valore economico ed alla collettività in termini di maggiore incentivo alla realizzazione di nuove creazioni. Anzi, considerato che ogni processo creativo ed ideativo umano si fonda sulla conoscenza pregressa, l'ostacolo che si verrebbe a costituire rispetto all'accessibilità delle fonti pregresse, si risolverebbe in una riduzione delle possibilità di ciascun consociato di realizzare nuove opere e di maturare in maniera consapevole il proprio pensiero[123].

(iv) La quarta ragione è che queste restrizioni e divieti probabilmente sarebbero comunque ineffettivi, in quanto la repressione sarebbe comunque limitata ad un numero ridotto di violazioni, di per sé inidoneo ad instillare nei consociati il timore della sanzione ai fini della loro astensione. Difatti, non sarebbe possibile materialmente perseguire una quantità considerevole di violazioni, e quindi ciascun consociato, consapevole di ciò, si sentirebbe al sicuro da eventuali sanzioni[124].

(v) L'ultima ragione è che si verificherebbe un fallimento del mercato, a causa degli elevati costi di transazione per ottenere le licenze di godimento personale, ed a causa degli elevati costi di *enforcement* a carico del titolare e delle pubbliche autorità. Probabilmente, quindi, si produrrebbe una situazione in cui, da un lato, i consumatori non chiedono

---

123 Sul tema si veda GEIGER, *Copyright and free access to information: for a fair balance of interests in a globalised world*, in *EIPR* 2006, 366 ss.; GEIGER, *Copyright and the freedom to create*, in *International review of intellectual property and competition law* 2007, 707 ss.; GEIGER, *The answer to the machine should not be the machine: safeguarding private copy exception in a digital environment*, in *EIPR* 2008, 122 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

124 KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home copying, levies and DRM*, in *Entertainment law review* 2005, 77 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

le licenze, e, dall'altro lato, i titolari non procedono ad intentare le azioni giudiziarie, e, se anche le intentassero, l'autorità pubblica non vi darebbe adeguatamente seguito. Oltretutto, alcuni consumatori si asterrebbero dall'attività, senza che da questo derivi beneficio alcuno per i titolari, che comunque non otterrebbero un corrispettivo aggiuntivo[125].

Alla luce di queste riflessioni, emerge, da un lato, che è ontologicamente possibile concepire il concetto di utilizzazione esteso al godimento personale, e, dall'altro lato, che questo va assolutamente evitato. La lunga serie di ragioni di fattibilità ed effettività che si sono indicate depone fortemente per la sua esclusione. Di seguito, il tema sarà reso in maniera più approfondita e dettagliata.

(Segue). Il limite della liceità dell'esemplare

Finora, si è definito il concetto di utilizzo come estrinsecazione della forma espressiva in materia o in energia e come intermediazione nella circolazione dei supporti. In questo modo, si sono escluse alcune attività dalla sfera dell'esclusiva, ed in particolare l'attività di mero godimento spirituale e l'attività di godimento esclusivamente personale. In realtà, bisogna fare menzione di alcune previsioni legislative che sembrerebbero contrastare con le letture sistematiche di questi concetti che sono state delineate fino a questo momento. In particolare, si fa qui riferimento agli articoli 158 e 159 l.a. che prevedono, da un lato, che il titolare del diritto possa domandare i provvedimenti di distruzione ed aggiudicazione in

125 Sul tema si veda GORDON, *Market failure and intellectual property*, in *Boston university law review 2002,* 1031 ss. e GORDON, *Excuse and justification in the law of fair use: commodification and market perspectives*, in ELKIN-KOREN e NETANEL, *The commodification of information*, Kluwer law international, The Hague, 2002, 149 ss.. Successivamente il tema sarà ripreso in maniera più approfondita.

caso di violazione, e, dall'altro lato, che questi provvedimenti non colpiscano gli esemplari contraffatti acquistati in buona fede per uso personale.

Da un primo esame, sembrerebbe che queste disposizioni istituiscano a tutela dei diritti di utilizzazione economica delle sanzioni di tipo reintegratorio, le quali si estendono alla mera detenzione di esemplari contraffatti se questi sono stati acquistati in mala fede. Si potrebbe argomentare agevolmente nel senso che, se il legislatore istituisce sul piano rimediale una sanzione reintegratoria per una certa situazione, ne deriva che, quella situazione, non è conforme al contenuto del diritto sul piano sostanziale. Quindi, ne discenderebbe che, il titolare dei diritti di utilizzazione economica possa pretendere, in base a queste disposizioni rimediali, la rimozione della situazione non conforme sul piano sostanziale. La conseguenza sarebbe che, nel contenuto del diritto di autore, rientrerebbe la pretesa alla distruzione o alla aggiudicazione degli esemplari realizzati senza il consenso del titolare, anche se questi esemplari siano stati ceduti dal contraffattore a terzi e questi terzi si limitino a detenerli, e quindi a goderne personalmente. Ovviamente, a condizione che il terzo sia in malafede al momento dell'acquisto dell'esemplare contraffatto. In questo modo, sarebbe vietato dal diritto di autore il godimento personale dell'esemplare contraffatto se lo si è acquistato in mala fede. Questa lettura porterebbe a mettere in dubbio le ricostruzioni che si sono operate del concetto di utilizzo, ed imporrebbe la qualificazione come utilizzo di quell'attività che si esaurisce nel godimento esclusivamente personale della copia. Quindi, la situazione del possessore del libro fotocopiato, che si limiti a sfogliare la carta stampata scorrendola con le mani e leggere la sequenza delle parole che vi sono impresse, sarebbe contraria al contenuto del diritto sul piano sostanziale,

ed in ogni momento potrebbe essere resa ad esso conforme mediante il suo spossessamento su domanda del titolare[126].

In realtà, di questa disposizione, sembra opportuno offrire una lettura diversa e compatibile con le ricostruzioni che si sono proposte. Se si assumesse che la ricostruzione effettuata finora del concetto di utilizzazione sia corretta, e quindi che, in nessun caso, possa rientrarvi il mero godimento spirituale ed il godimento esclusivamente personale, allora questa disposizione acquisterebbe un diverso significato, comunque ragionevole. Essa potrebbe semplicemente costituire una precisazione, forse perfino superflua, delle regole sul concorso nella contraffazione. Cioè, si limiterebbe a ribadire che l'acquirente del bene contraffatto non possa mai essere chiamato a rispondere dell'illecita riproduzione e distribuzione dell'esemplare se versi in buona fede al momento dell'acquisto, ed invece nulla direbbe dell'acquirente in malafede. Quest'ultimo potrebbe benissimo non concorrere nell'illecito in base alle regole di diritto civile generale, ma potrebbe anche concorrervi. Dunque, qualsiasi acquirente di una copia illecitamente riprodotta e distribuita, sia che versi in buona fede sia che versi in mala fede, non sarebbe soggetto alle misure restitutorie e potrebbe liberamente godere

126 Per questa lettura della disposizione si veda SARTI, *L'assegnazione in proprietà*, in *AIDA* 2000, 226 ss. che, in particolare, la ricava dalla sua concezione del contenuto del diritto esclusivo come potere di determinare la quantità degli esemplari in circolazione; si veda anche FABIANI, *Commercio e importazione di prodotti e tutela giuridica dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano,1959, 76 ss.; SARTI, *Appunti su circolazione dei prodotti contraffatti e responsabilità degli acquirenti commercianti*, in *AIDA* 1993, 349 ss.; SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.* 1998, 645 ss.; VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'articolo 124 c.p.i*., in *Riv. dir. ind.* 2010, 26 ss.; e, per un ampio approfondimento, si veda SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 360 ss.. In giurisprudenza, Cass. 18 febbraio 1993 n.1996, in *AIDA* 1993, *133*; Cass. 7 aprile 1999 n. 3353, in *AIDA* 1999, *587*.

dell'esemplare e trarne ogni vantaggio spirituale sul piano estetico e conoscitivo, con il solo limite del concorso nella contraffazione in base alle regole di diritto civile generale, il quale però andrebbe certamente escluso in presenza di uno stato soggettivo di buona fede. Ragionevolmente, il concorso si verificherebbe solo in ipotesi eccezionali, ad esempio in caso di istigazione alla contraffazione con la volontà specifica di rivendere per ricavarne un lucro. Ad ogni modo, si tratta di una problematica di diritto civile generale, da risolvere secondo le regole generali del concorso nell'illecito civile[127].

Il discorso va completato con un rapido cenno ad un'altra disposizione legislativa che sembrerebbe, a prima analisi, corroborare la lettura incompatibile con la tesi che invece qui, invece, si sostiene. Si tratta della norma posta all'articolo 2 della Legge 248/2000[128], la quale assoggetta a sanzioni amministrative la attività consistente nell'acquistare un esemplare su supporto audiovisivo, fonografico o informatico realizzato in violazione del diritto di autore. Anche in questo caso, la sanzione dell'acquisto sembrerebbe rendere illecita la mera detenzione dell'esemplare contraffatto. A bene vedere, tuttavia, anche in questo caso, è possibile offrire una seconda lettura. Questa potrebbe essere giustificata sulla base del principio di coerenza dell'ordinamento civile ed amministrativo. Questo principio, infatti, sollecita ad interpretare la disposizione in modo che il comportamento civilisticamente lecito non si riveli essere amministrativamente illecito. Quindi, porta a preferire la tesi, pure traibile dal dato letterale, come anzidetto, secondo cui invece la

127 BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non sanzionabile*, in *AIDA* 2000, 358 ss.. Ma anche NIVARRA, *Dolo colpa e malafede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2000, 348.

128 Legge 248/2000, recante nuove norme sulla tutela del diritto di autore.

sanzione amministrativa si applichi solo quando sussistono nel caso concreto tutti i presupposti per configurare un concorso nell'attività illecita di riproduzione o di distribuzione dell'esemplare contraffatto secondo le regole dell'illecito civile generale, e non invece quando manchino gli estremi per la sua integrazione. In altri termini, secondo la lettura qui proposta, la norma commina una sanzione amministrativa in relazione alle sole ipotesi in cui sussiste concorso nella contraffazione in base alla disciplina generale dell'illecito civile[129].

(Segue). Il limite delle opere utili

Una attenta riflessione potrebbe suscitare qualche perplessità in ordine alla mancata riconducibilità del godimento esclusivamente personale al concetto di utilizzo con riferimento alle creazioni utili, ed in particolare al software ed alle banche di dati. Infatti, nella prassi contrattuale, sono estremamente diffusi contratti con l'utilizzatore finale dell'opera che prevedono espressamente forti limitazioni alla sua possibilità di fruizione personale. Si pensi ai contratti che impongono la fruizione del software su un unico dispositivo, o che prevedono condizioni diverse in caso utente sia una persona fisica o una persona giuridica, o che impongono la consultazione della banca dati solo in una particolare modalità di visualizzazione, o che restringono l'accesso ad essa a certe categorie di utenti.

Nessuno mette in dubbio la validità di questi contratti. In tutti questi casi, è riconosciuto come meritevole di protezione l'interesse dell'autore a restringere il godimento personale dell'utente, in modo da massimizzare il suo profitto. Ne consegue che, viene, in qualche modo, implicitamente

129 BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non sanzionabile*, in *AIDA* 2000, 362 ss..

riconosciuto sul piano sostanziale che il godimento personale è atto di utilizzo, e che tale godimento personale rientra nell'esclusiva autorale. Pertanto, è riconosciuto all'autore il potere di disporre mediante contratto del godimento personale, e questo contratto viene ritenuto essere perfettamente valido ed efficace. E' chiaro che, se si ritenesse che il godimento personale non rientri nel controllo autorale, questi contratti dovrebbero essere considerati nulli, in quanto l'autore starebbe disponendo di diritti che non gli spettano. Probabilmente, si tratterebbe di una nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto. Invece, tali contratti sono di regola considerati perfettamente validi, così implicitamente affermando che il titolare controlli, con il suo diritto di autore, anche il godimento personale[130].

A bene vedere, nessuna critica può essere mossa a questo pensiero. Tuttavia, è bene delimitarne l'oggetto e le conseguenze. La sfera di libertà nell'utilizzo personale dell'esemplare era stata concepita in un contesto in cui l'oggetto di protezione era limitato a creazioni intellettuali dalla cui contemplazione si trae piacere estetico o conoscenza. Ebbene, nel momento in cui questo oggetto si estende alle creazioni utili, le cose cambiano. Infatti, la contemplazione della creazione utile può costituire fattore di affermazione concorrenziale, ed è ragionevole ritenere che l'autore abbia un interesse a controllare lo sfruttamento di questo vantaggio, così come è ragionevole che possa monetizzarlo. Da questa analisi emerge, da un lato, che questa critica coglie nel segno e quindi obbliga a modificare l'impostazione che si è adottata, e dall'altro lato, che le ragioni su cui si fonda sono specifiche di

130 Alcuni spunti di riflessione in SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 360 ss.; FRASSI, *Creazioni utili e diritto di autore*, Giuffrè, Milano 1997, 297 ss. e 335 ss.; MARCHEGIANI, *Opere utili e libertà della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 271 ss..

una certa categoria di opere e non estensibili ad altre. In altri termini, la necessità di ampliamento dell'esclusiva alla sfera del godimento personale è limitata ai diritti sulle creazioni utili. Esse fanno sistema a sé, e quindi per esse va pensato un diverso confine del diritto esclusivo. Ma questo non influenza i ragionamenti di carattere generale che si sono svolti, impone solo di precisare che essi riguardano le opere tradizionali e non le creazioni utili, o meglio specifiche creazioni utili, quali in particolare software e banche di dati[131].

4.3. Altre concezioni di utilizzo

L'impostazione concettuale che è stata adottata in questo lavoro non è l'unica possibile. Nella letteratura anglosassone, è, invece, prevalente una impostazione molto diversa, in cui il concetto di utilizzazione è molto più vasto. Secondo questa impostazione, il concetto di utilizzo della creazione intellettuale non si limita all'estrinsecazione ed all'intermediazione, bensì si estende al mero godimento ed all'utilizzo personale. In questo senso, il concetto di utilizzo si espande a comprendere qualsiasi forma di accesso ai beni materiali o alle energie che rendono percepibile la creazione, e giunge perfino alla mera contemplazione mentale della forma espressiva. Una tale impostazione, tuttavia, è sempre accompagnata dalla enunciazione della c.d. *"teoria della licenza implicita"*. Secondo questa teoria, nel momento in cui il titolare dei diritti stipula il contratto con il consumatore o con l'utente per la cessione del bene materiale che incorpora l'opera o per la prestazione del servizio che la rende percepibile, il medesimo titolare stipula altresì con lo stesso utilizzatore un secondo contratto accessorio di licenza non

131 SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 360 ss..

esclusiva che attribuisce a quest'ultimo la facoltà di godere spiritualmente della creazione e di godere personalmente del bene o del servizio acquistato[132].

Questa impostazione concettuale non conduce a risultati differenti, rispetto a quella prospettata in questo lavoro. In questa prospettiva, la sfera del mero godimento spirituale e del godimento personale rimarrebbe libera, seppure non in virtù della sua estraneità al controllo del titolare, bensì in base ad un contratto accessorio ed implicito di licenza stipulato con il medesimo. Infatti, a bene vedere, la libertà del godimento personale non discenderebbe dalla conformazione legale del contenuto del diritto di autore, bensì da un atto di disposizione volontario, seppure implicito, del titolare.

Nel prosieguo della trattazione, si preferirà la ricostruzione tradizionale rispetto a quella appena illustrata. Questa scelta interpretativa è dettata da evidenti ragioni di semplificazione. Infatti, il ricorso alla figura della licenza, al fine di ottenere lo stesso risultato che si otterrebbe con il restringimento del concetto di utilizzazione, sembra essere sconveniente. A bene vedere, la licenza presenta una sua apposita disciplina, in parte imperativa ed inderogabile, la quale potrebbe creare equivoci e difficoltà in non pochi casi. Inoltre, in caso di successiva

132 STERN, *Some reflections on parallel importation of copyrighted products into the United States and the relation of the exhaustion doctrine to the doctrine of implied license*, in *EIPR* 1989, 119 ss.; PIHLAJARINNE, *Setting the limits for the implied license in copyright and linking discourse - the European perspective*, in *International review of intellectual property and competition law* 2012, 700 ss.; FIELDS, *The perils of contractual machinery and implied licenses: High Court considers existence and terms of implied software license*, in *Computer and telecommunications law review* 2013, 237 ss.; LIU, *Academic performers' rights as impediment to the progress of science: is the implied license a solution?,* in *EIPR* 2014, 707 ss.; NEWMAN, *What exactly are you implying?*, in *Cardozo art and entertainment law journal* 2014, 1 ss..

circolazione dell'esemplare, si dovrebbe immaginare un intricato sistema di licenze e sublicenze, il quale si risolverebbe in una complicazione inutile e pericolosa.

5. Il secondo elemento della clausola generale: l'utilizzo economico dell'opera dell'ingegno

Si è definita l'opera dell'ingegno come una combinazione di segni del linguaggio che incorpora un contenuto, e si è definita l'utilizzazione dell'opera dell'ingegno come l'attività consistente nell'estrinsecazione di questa combinazione in un supporto materiale o in energia e nell'intermediazione nella successiva circolazione dei supporti. Questi chiarimenti costituiscono il presupposto logico per potere adesso trattare del carattere della economicità dell'utilizzazione, il quale costituisce il secondo elemento della clausola generale di utilizzazione economica. Infatti, il legislatore definisce la sfera di esclusiva in termini di utilizzo economico, e non di mero utilizzo della creazione intellettuale, quindi, l'esclusiva del titolare è limitata alle sole attività di utilizzo della creazione intellettuale che presentino questo carattere ulteriore.

Il concetto di economicità, che determina l'inclusione dell'atto di utilizzazione nella sfera di esclusiva, non è stato oggetto di un esame particolarmente approfondito in dottrina. Tra l'altro, le opinioni principali sono tra di loro contrastanti. Ciascuna ricostruisce in maniera diversa l'interesse giuridicamente protetto dal diritto di utilizzazione economica, e quindi ne traccia in maniera diversa il contenuto. La giurisprudenza sembra tenersi lontano da questo dibattito.

In realtà, a bene vedere, il requisito dell'economicità non appare solo controverso, ma addirittura sostanzialmente cancellato nei ragionamenti

della maggioranza dei giuristi accademici e pratici. Questi, quando si trovano a dovere qualificare una certa utilizzazione in termini di soggezione al controllo del titolare, si limitano solitamente alla verifica della riconducibilità della attività concreta del fruitore ai modelli tipizzati dal legislatore europeo ed italiano di riproduzione, distribuzione, noleggio e prestito e comunicazione al pubblico. Pertanto, applicano un meccanismo logico automatico, secondo cui ogni moltiplicazione in copie è di per sé riproduzione, ed ogni rappresentazione ad un pubblico presente o trasmissione ad un pubblico distante è di per sé comunicazione al pubblico. Nessuna indagine ulteriore viene in genere svolta. In questo modo, il requisito in esame viene sostanzialmente abrogato. Anche questa cancellazione costituisce, in qualche modo, una presa di posizione nel dibattito sul contenuto del requisito in esame. In particolare, con essa, si afferma che il requisito non ha contenuto, e quindi ogni utilizzazione, anche aneconomica, è assoggettata al controllo del titolare. Inoltre, si semplifica in qualche misura il quadro mediante l'individuazione e la qualificazione dell'utilizzazione sulla base di meri criteri tecnici. In sostanza, si associa all'utilizzazione ogni procedimento tecnico che moltiplichi in copie, o rappresenti ad un pubblico, o trasmetta a distanza la forma espressiva della creazione.

Questi meccanismi logici semplificatori sono comprensibili in termini di valorizzazione della certezza del diritto, in quanto l'attività tecnica di duplicazione e di diffusione a distanza è individuabile con sicurezza ed in modo univoco. In effetti, una mera verifica di tipo fenomenico nella realtà sensibile non ammette possibilità di errore. Tuttavia, essa non è conforme al dettato normativo. L'articolo 12 l.a. attribuisce all'autore una facoltà generale di utilizzazione economica dell'opera in ogni forma e modo, e gli articoli 13 e seguenti esemplificano le attività di riproduzione,

distribuzione, noleggio e prestito e comunicazione al pubblico. Queste sono mere esemplificazioni. Non tutte queste attività costituiscono necessariamente in ogni caso utilizzazione economica, e non ogni utilizzazione economica corrisponde necessariamente ad una di queste attività. La lettera del dato normativo propende per un diverso meccanismo mentale. Il ragionamento giuridico dovrebbe verificare la riconducibilità dell'attività concreta al concetto di utilizzazione e la presenza del carattere della economicità. Invece, la mera riconducibilità ad una delle esemplificazioni dovrebbe costituire solo un valido indice interpretativo, in sé però inidoneo ad esaurire l'analisi. A questo proposito, si pensi, ad esempio, ad una riproduzione fatta da una persona fisica di un'opera fuori commercio e che non potrebbe mai essere ristampata per assenza di sufficiente domanda che copra i costi dell'editore. Questo è un caso sufficientemente chiaro in cui viene posta in essere una attività tecnicamente riproduttiva, e tuttavia in cui è palesemente assente ogni economicità. In casi di questo tipo, la qualificazione in termini di riproduzione non dovrebbe comportare automaticamente la qualificazione in termini di utilizzazione economica, e quindi, in tali casi, le caratteristiche tecniche dovrebbero essere smentite dalle valutazioni economiche[133].

133 Per vedere questo automatismo concettuale all'opera, si legga *ex multis* la trattazione istituzionale di AUTERI, *Il diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 597 ss.; l'inciso in AUTERI, *Internet ed il contenuto del diritto di autore*, in *AIDA* 1996, 90 ss.; e anche AUTERI, *Sub art. 13 e 14 l.a.*, in GALLI e GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Utet, Torino, 2011, 2904 ss.. Nella prospettiva di Auteri, ma che è presupposta in moltissime riflessioni in dottrina, ogni messa a disposizione ad altri dell'opera costituisce utilizzo economico. In altri termini, è tale ogni attività che consente l'accesso ad un mezzo che rende percepibile la forma espressiva della creazione. In questo modo, ogni attività di utilizzo in senso tecnico presenta il carattere della economicità.

In questa trattazione, si intende valorizzare e dare contenuto a questo requisito, in contrasto con la posizione che abroga sostanzialmente il carattere dell'economicità. Tale posizione non può essere condivisa per almeno tre ordini di ragioni, qui di seguito riportate.

(i) Questa posizione interpreta l'articolo 12 l.a. in modo esattamente contrario alla lettera della legge, che costituisce il principale criterio ermeneutico tipizzato nell'articolo 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile[134], addirittura, questa tesi interpretativa procede ad una implicita abrogazione di uno dei due requisiti legali. Ebbene, una esegesi anomala di questo tipo, si giustificherebbe solo in casi eccezionali, in cui risulti preminente l'esigenza di ricostruzione coerente dell'ordinamento o la necessità di protezione di interessi particolari. Invece, nelle sentenze e negli scritti di dottrina che fanno applicazione di questa esegesi, ignorando il requisito in esame, tale interpretazione viene quasi postulata, senza una motivazione specifica e senza riferire alcuna riflessione sistematica o teleologica a suo sostegno.

(ii) Al contrario, esigenze di lettura sistematica della normativa in materia autorale propendono decisamente per la valorizzazione di questo requisito. In particolare, esso spiegherebbe e sarebbe perfettamente in linea con le numerose previsioni legislative che limitano la facoltà di riproduzione in ambito privato in relazione alla copiatura con mezzi inidonei allo spaccio, in relazione alla reprografia, ed in relazione alla copia privata, almeno a certe condizioni, nonchè sarebbe perfettamente coerente con la previsione che limita la facoltà di comunicazione al pubblico in presenza di una platea ridotta alla cerchia della famiglia o di persone avvinte da uno stretto legame, e con la previsione che limita la

134 Disposizioni sulla legge in generale preliminari al codice civile, c.d. Preleggi al codice civile, articolo 12.

facoltà di prestito a quello effettuato dalle istituzioni nei confronti del pubblico. In sostanza, vi sono numerose previsioni nella l.a., poste dal legislatore per delimitare i confini delle facoltà esclusive, che evidenziano una concezione legislativa in cui l'area dell'esclusiva non si estende a qualsiasi utilizzazione, bensì si arresta nelle ipotesi dove è palesemente assente ogni economicità. Pertanto, l'articolo 12 l.a. non sarebbe norma isolata, ma si inserirebbe in un più ampio disegno legislativo sistematico e consapevole.

(iii) Infine, esigenze di lettura teleologica depongono per una lettura valorizzatrice di questo requisito. Infatti, la configurazione di un automatismo tra messa a disposizione ed utilizzo economico non consente di valorizzare le circostanze del caso concreto al fine di realizzare una equilibrata composizione degli interessi contrapposti. Invece, la definizione dell'esclusiva mediante una clausola generale tende esattamente ad attribuire all'interprete una flessibilità sufficiente ad effettuare la comparazione tra i contrapposti interessi nel caso concreto. La rinuncia a questa flessibilità comporta l'accettazione del rischio di decisioni non equilibrate. Queste sono estremamente pericolose, principalmente perché potrebbero minare la legittimazione del sistema autorale nel giudizio dei consociati. Invece, la sua effettività si fonda anzitutto su una forte legittimazione. In altre parole, l'attribuzione all'interprete della facoltà di valutazione in ordine all'economicità dell'utilizzazione consente di escludere dal controllo del titolare quelle attività il cui assoggettamento al consenso risulta essere gravemente iniquo ed ingiusto nel caso concreto. Essa introduce un elemento di flessibilità per la effettuazione di una comparazione tra i contrapposti interessi nel caso concreto, al fine di ottenere una decisione giusta. Questa flessibilità è preziosa in un ambito in continua evoluzione, dove le

norme sono state concepite e realizzate sulla base di equilibri tra contrapposti interessi precari e mutevoli, e quindi dove, in ogni momento, è molto elevato il rischio di soluzioni ingiustificate ed irragionevoli dei conflitti interprivati[135].

Prima di passare ad esaminare il concetto di utilizzo economico, andrebbe svolta una precisazione su un tema separato, che di seguito si svolge incidentalmente. Il diritto di autore si costituisce al momento della creazione, e quindi con l'estrinsecazione della combinazione di segni nel supporto materiale o nella emissione della manifestazione energetica. Anche la semplice emissione di aria per esprimere il proprio pensiero è sufficiente per la costituzione del diritto. A bene vedere, però, dal momento in cui avviene la creazione, e fino al momento in cui essa viene portata a conoscenza di un pubblico indeterminato[136], all'autore è garantito un controllo assoluto sulla creazione intellettuale, il quale si estende oltre le attività riservate dalle facoltà di utilizzazione economica. In base all'articolo 12 l.a., l'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera, e quindi anche di opporsi alla pubblicazione[137]. Si tratta di un diritto autonomo rispetto al diritto di utilizzazione economica[138]. Questo gli garantisce una signoria assoluta sulla cosa, che è più ampia

135 La necessità della valorizzazione del requisito in esame è bene sostenuta in SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 2013, 174 ss..

136 CRUGNOLA, *Rassegna di giurisprudenza in tema di opere delle arti figurative e dell'architettura*, in *IDA* 1978, 167 ss.; GATTI, *L'opera d'arte figurativa in unico esemplare*, in *Riv. dir. comm.* 1999, 6 ss.; ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, 123 ss..

137 SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959, 41 ss.; VANZETTI, *Il diritto di inedito*, in *Riv. dir. civ.* 1966, 384 ss.; DE SANCTIS, *Contratto di edizione*, in CICU e MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1965, 205 ss..

dell'esclusiva in cui consiste il diritto di utilizzazione economica. In base a questa signoria assoluta, l'autore può impedire non solo qualunque estrinsecazione dell'opera o intermediazione, ma perfino il godimento personale dell'esemplare ed il mero godimento spirituale. L'autore, in base ad esso, può pretendere che ogni consociato si astenga dal fruire materialmente del supporto che incorpora la creazione. Pertanto, di conseguenza, nessuno potrà sfogliare e leggere un libro inedito, o assistere ad una esecuzione musicale privata. Questa signoria assoluta cessa, ed il diritto di prima pubblicazione si estingue, solo quando l'opera sia diffusa con la volontà dell'autore, e perciò entri nel patrimonio conoscitivo comune. A quel punto, all'autore residua il controllo minore che gli è garantito dal diritto di utilizzazione economica. Di questo si è trattato finora, e di questo si tratterà nel prosieguo. Questa precisazione incidentale, forse superflua, vuole eliminare ogni dubbio sull'oggetto di queste riflessioni[139].

5.1. L'economicità come riflesso negativo sulla vita economica dell'opera: il criterio che appropria tutti i possibili profitti conseguibili mediante qualsiasi forma di utilizzo dell'opera

Una prima opinione sostiene che il carattere della economicità debba essere definito in base all'interesse del titolare alla probabilità di guadagno che può essere ottenuta mediante l'utilizzazione dell'opera, e

138 OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.* 1969, 5 ss.; ma vedi contra UBERTAZZI e AMMENDOLA, *Il diritto di autore,* Utet, Torino, 1993, 38 ss..

139 PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, in BRUGI, *Il diritto civile italiano*, Utet, 1927, 408 ss..

quindi afferma che l'esclusiva riservi al titolare tutte le possibilità di profitto conseguibili mediante l'estrinsecazione della creazione in prodotti o servizi e la successiva intermediazione nella loro circolazione. Più precisamente, questa prima posizione, più che correlare l'economicità ad una generica probabilità di guadagno, la correla bensì a quella specifica probabilità di guadagno che può essere ottenuto mediante qualsiasi tipo di utilizzazione della creazione. Per spiegare meglio questa posizione, occorre procedere con ordine, partendo dai presupposti ed arrivando alle conclusioni. Ogni utilizzazione ha valore economico se ed in quanto esiste una domanda per l'accesso al suo risultato, e cioè esistono persone disposte a pagare per l'acquisto del prodotto o del servizio che rende percepibile la creazione o per l'attività intermediaria nella sua circolazione. E' chiaro che ogni successiva utilizzazione riduce la domanda, in quanto ne soddisfa una parte. Inoltre, ciascuna utilizzazione potrebbe anche ridurre la domanda per ragioni diverse, ed in particolare perché svilisce il pregio della creazione nell'opinione del pubblico. In questo senso, l'opera va immaginata come un cespite di possibili profitti, i quali possono essere ottenuti mediante il suo utilizzo nel tempo. Questo cespite, dunque, consente di conseguire guadagni con ogni utilizzo, e allo stesso tempo si svaluta in corrispondenza di ogni utilizzo, con la precisazione che il conseguimento del guadagno e la riduzione del valore sono conseguenze normali di ogni atto di utilizzo, ma non necessarie in quanto non sempre avvengono. L'esclusiva appropria al titolare esattamente questo cespite, e quindi gli riserva tutti gli atti di estrinsecazione ed intermediazione che possono portare un guadagno, o che comunque possono incidere negativamente sul valore del cespite per qualsiasi ragione. Con questo ragionamento, si arriva a comprendere la posizione secondo cui l'esclusiva assume la funzione di attribuire al

titolare ogni possibile profitto che si possa trarre da ogni possibile utilizzo dell'opera, e quindi vieta qualsiasi comportamento che possa sottrarre al titolare una qualsiasi possibilità di guadagno.

Secondo questa impostazione, in via generale, presenta il carattere della economicità ogni utilizzo che consenta di conseguire un guadagno, o che in alternativa possa portare ad una riduzione del valore del cespite. Invece, non presenta questo carattere l'utilizzo per cui nessuno sia disposto a pagare e quindi da cui non sia possibile ottenere un'entrata, e che allo stesso tempo non sia idoneo ad incidere sulla domanda generale di accesso alla creazione attraverso altre modalità. In sostanza, è utilizzo economico l'atto di estrinsecazione o intermediazione che produca un bene o un servizio per cui possa essere domandato un corrispettivo, e corrispondentemente o alternativamente rechi una diminuzione della capacità di domandare corrispettivi per la messa a disposizione della creazione in qualunque altra forma.

Vanno svolte alcune precisazioni importanti sulla possibilità di guadagno e sulla possibilità di riduzione del valore del cespite. Quanto alla possibilità di guadagno, va precisato che la sua valutazione richiede un giudizio ipotetico in astratto *ex ante* che prenda in considerazione la tipologia di opera, la tipologia di utilizzazione ed il mercato cui idealmente si indirizza tale utilizzazione. Quindi, va valutato se, astrattamente, tenuto conto della tipologia di opera, della tipologia di utilizzazione e delle condizioni del relativo mercato, possa essere domandato un corrispettivo. Non rileva, invece, che in concreto sia stato ottenuto un corrispettivo, o un risparmio di spesa, o non sia stato conseguito nulla. Quanto alla possibilità di svalutazione del cespite, anche essa richiede lo stesso giudizio. Quindi, andrebbe verificato che la tipologia di utilizzazione posta in essere sia inidonea ad incidere negativamente su uno qualsiasi dei

mercati in cui l'opera possa essere commercializzata. Va, inoltre, aggiunta una precisazione su questo secondo giudizio, ed in particolare occorre evidenziare che la svalutazione del cespite può essere diretta o indiretta. La svalutazione diretta è quella che deriva da atti di utilizzazione che soddisfano una parte della domanda. Invece, la svalutazione indiretta è quella che deriva da atti di utilizzazione che riducono la domanda senza soddisfarla in quanto determinano uno svilimento della creazione nell'opinione del pubblico. In entrambi i casi, si ha un riflesso negativo sulla vita economica dell'opera, e cioè un effetto negativo sulla capacità di profitto del cespite. Proprio quest'ultimo elemento costituisce il discrimine essenziale, secondo questa ricostruzione, in relazione al carattere della economicità[140].

Questo criterio, così formulato, richiede quindi due requisiti alternativi, uno positivo ed uno negativo. Il requisito positivo consiste nella esistenza di una domanda di accesso alla tipologia di prodotti o servizi che sono il risultato della tipologia di atto di utilizzazione posto in essere. Questo requisito è il meno stringente, e si esaurisce nel valutare che

140 L'idea alla base di questo pensiero è tratta, in parte, da PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, in FIORE, *Il diritto civile italiano*, Eugenio Marghieri, Napoli, 1927, 399 ss. e 410 ss.; in parte da ZARA e ALGARDI, *Il plagio letterario ed il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966, 143 ss.; in parte da ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1954, 873 ss.; ASCARELLI, *Produzione in massa e tutela della probabilità*, in *Riv. dir. ind.* 1954, 297 ss.; ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, 35 ss.; in parte da GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948, 256 ss.; GRECO, *Beni immateriali*, in AA. VV, *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1960, 356 ss.; in parte da AUTERI, *Il diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 597 ss.; AUTERI, *Internet ed il contenuto del diritto di autore,* in *AIDA* 1996, 90 ss.. In giurisprudenza, vi è qualche spunto in Cass. 7 aprile 2000 n. 4353, in *AIDA* 2000, *661*; App. Bologna 11 gennaio 2001, in *AIDA* 2003, *894*; Pret. Venezia 10 novembre 1990, in *IDA* 1991, 569 ss.; Pret. Milano 4 aprile 1991, in *IDA* 1991, 572 ss.; Pret. Aquila 5 aprile 1991, in *IDA* 1991, 574 ss.; Pret. Verona 23 marzo 1992, in *AIDA* 1993, *146.*

esista ragionevolmente una domanda dei prodotti e dei servizi ottenuti mediante il tipo di utilizzazione considerata nel mercato cui essi si indirizzano. Mentre, il requisito negativo consiste invece nella idoneità a cagionare un pregiudizio, anche solo indiretto, per il valore economico dell'opera, e quindi a comportare una riduzione della sua capacità di profitto a causa dell'atto di utilizzazione. Questo secondo requisito è quello più stringente, in quanto impone di valutare che la tipologia di utilizzazione posta in essere non sia idonea a determinare la riduzione della domanda in nessuno dei mercati in cui possono essere commercializzati i prodotti ed i servizi ottenuti dalla creazione. A bene vedere, esso porta a qualificare in termini di economicità qualunque tipologia di attività di utilizzo che possa, in qualche modo o misura direttamente o indirettamente, assumere rilevanza economica, e di conseguenza porsi potenzialmente in concorrenza con il titolare nella realizzazione di valori economici[141].

L'adozione di questo criterio assicura al titolare il massimo profitto economico possibile. Solo questi potrà porre in essere atti di utilizzo che potenzialmente possano portare un guadagno, ed allo stesso tempo sono vietati ai consociati tutti gli atti di utilizzo che possano ridurre il profitto da lui ottenibile mediante qualsiasi utilizzazione. Solo lui decide come monetizzare la domanda di accesso all'opera, mentre ai consociati è vietato qualunque comportamento che possa in qualsiasi modo ridurre i guadagni derivanti dallo sfruttamento di questa[142].

Se si adotta questa impostazione, appare chiaro che le particolarità del caso concreto non rilevano nel giudizio sulla economicità dell'utilizzazione. Questo giudizio si fonda unicamente su elementi

141 In particolare, si veda ASCARELLI, *Produzione in massa e tutela della probabilità*, in *Riv. dir. ind.* 1954, 297 ss..

oggettivi che attengono alla tipologia di opera, alla tipologia di utilizzazione ed alle condizioni ideali del mercato di riferimento. In sostanza, rileva unicamente l'oggettiva esistenza di domanda per quella particolare tipologia di utilizzazione dell'opera nel suo mercato di riferimento, e la oggettiva perdita di capacità di profitto per la particolare tipologia di opera in uno qualsiasi dei possibili mercati di commercializzazione. Quindi, ad esempio, si avrebbe utilizzazione anche nel caso in cui il soggetto cui è stata messa a disposizione la creazione non era in concreto disposto a pagare, come avviene ad esempio per molte delle attività di condivisione di opere in internet tra gli utenti. Addirittura, nel caso in cui questo soggetto non avrebbe potuto pagare non essendovi esemplari in circolazione, come avviene ad esempio per le opere fuori commercio. Proprio con riferimento alle opere fuori commercio, dove è particolarmente evidente l'assenza di lesione per gli interessi dell'autore, è stato ipotizzato in dottrina che occorra operare una

142 Scritti essenziali per tutte queste riflessioni sul primo criterio, ed in particolare per queste conclusioni, sono FABIANI, *La nozione di uso personale nel diritto di autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, in *IDA* 1955, 161 ss.; GIANNINI, *Utilizzazioni radiofoniche, cinematografiche, grammofoniche*, in *Riv dir. ind.* 1956, 294 ss.; FABIANI, *Concorrenza e libere utilizzazioni nella disciplina del diritto di autore*, in *IDA* 1961, 210 ss.; COLLOVA, *Diritto d'autore, diritti connessi e utilizzazione a mezzo magnetofono di opere dell'ingegno*, in *IDA* 1965, 275 ss.. A bene vedere, sono interessanti anche le riflessioni sulla reprografia che precedono l'adozione della limitazione, nonché alcune riflessioni occasionate dalla nascita di nuove tecnologie, ed in particolare FARNEL, *La fotocopia nel progetto di legge italiano*, in *IDA* 1939, 359 ss.; GIANNINI, *Questioni e note sul diritto di autore*, in *Riv. dir. comm.* 1955, 257 ss.; GIANNINI, *Questioni di diritto di autore*, in *Riv. dir. ind.* 1955, 314 ss.; FABIANI, *Appunti in tema di utilizzazione delle opere dell'ingegno a mezzo delle videocassette*, in *Rass. dir. cin.* 1970, 45 ss.; LEONELLI, *Le videocassette e il diritto di autore*, in *IDA* 1970, 209 ss.; DE SANCTIS, *In tema di reprografia e diritto di autore*, in *IDA* 1974, 35 ss.; LUCENTINI, *Il dritto di autore e le nuove tecnologie di riproduzione*, in *IDA* 1982, 35 ss.; CAROSONE, *Utilizzazioni libere e contraffazione per reprografia*, in *IDA* 1987, 59 ss.; FABIANI, *Ancora sull'attività illecita delle copisterie per fotocopia di opere protette*, in *IDA* 1991, 575 ss..

distinzione. In particolare, è stato sostenuto che occorra distinguere il caso in cui una persona riproduca un libro fuori catalogo che non sia richiesto da tempo e venga raramente consultato nelle biblioteche, e quindi per cui non sarebbe ragionevole una ristampa, ed il caso in cui la stessa persona riproduca un libro che sia consultato di frequente, e che pur essendo fuori catalogo potrebbe ragionevolmente essere ristampato. Solo nel primo caso, si è ritenuto, sussisterebbe il carattere dell'economicità. Già questa distinzione fatta in dottrina, però, a bene vedere, presuppone un livello di concretizzazione del giudizio che non si attaglia perfettamente al criterio generale fin qui delineato. Non stupisce, quindi, non sia stata accolta in giurisprudenza[143].

Se si adotta questa impostazione, appare anche chiaro che divengono essenziali elementi probabilistici e presuntivi nel giudizio sulla economicità dell'utilizzazione. Le valutazioni che si richiedono si basano necessariamente sull'esperienza e su indizi. In particolare, per valutare se qualcuno sia disposto a pagare per una certa tipologia di utilizzazione dell'opera si potrebbe avere riguardo alle vendite passate di prodotti e servizi simili relativi ad altre creazioni appartenenti al medesimo genere. Altresì, per valutare se una certa tipologia di utilizzazione riduca la capacità di profitto, si potrebbe avere riguardo alle analisi di mercato che mettono in relazione la fungibilità o meno del particolare prodotto o servizio realizzato rispetto ad altri prodotti o servizi realizzabili[144].

143 Spunto tratto da RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 416 ss.. Tuttavia, nella giurisprudenza italiana non si esita ad affermare che, anche nella ipotesi di opera fuori commercio non più edita da tempo, ogni riproduzione costituisca utilizzazione economica, si veda in proposito Pret. Milano 28 giugno 1991, in *AIDA* 1992, *51*.

144 Spunto, seppure con riferimento ad altri elementi, tratto da GIANNINI, *Questioni e note sul diritto di autore*, in *Riv. dir. comm.* 1955, 257 ss. e GIANNINI, *Questioni di diritto di autore*, in

Se si adotta questa impostazione, appare chiaro che non rileva lo scopo lucrativo dell'utilizzazione. Un'utilizzazione senza sopo lucrativo potrebbe astrattamente portare un guadagno se qualcuno sia disposto a pagare per essa, o comunque potrebbe incidere negativamente sul valore del cespite qualora riduca la domanda di accesso alla creazione, ed andrebbe quindi considerata economica. Mentre, un'utilizzazione finalizzata a conseguire un guadagno potrebbe non essere astrattamente idonea ad assicurarlo e allo stesso tempo non pregiudicare la domanda di prodotti e servizi, e non andrebbe quindi considerata economica. In realtà, però, ad una più attenta riflessione, lo scopo lucrativo non è sempre irrilevante in questa impostazione. Non lo è, in particolare, nelle fattispecie eccezionali in cui il legislatore lo assume come elemento essenziale ai fini della qualificazione dell'opera in termini di economicità. Questo avviene nei casi in cui l'utilizzazione è, secondo la valutazione legislativa, normalmente inidonea ad intaccare le possibilità di guadagno del titolare e produrre conseguenze negative sul valore del cespite. In particolare, all'articolo 16 l.a., il legislatore sancisce la non economicità della esecuzione in pubblico nella cerchia delle persone con cui si hanno stretti legami familiari, lavorativi o affettivi a condizione che non vi sia fine di lucro, e analogamente, all'articolo 1 della Direttiva noleggio e prestito[145], e 17 della l.a., sancisce la non economicità del prestito al pubblico fatto da privati sempre a condizione che non vi sia fine di lucro. Si può perciò affermare che, nelle sole ipotesi eccezionali tipizzate dal legislatore, il fine di lucro integra il criterio generale. Perciò, nel valutare l'economicità di queste utilizzazioni di regola aneconomiche, si dovrà procedere, dopo l'applicazione del criterio generale, alla ulteriore verifica

Riv. dir. ind. 1955, 314 ss..

145 Direttiva 100/1992, direttiva sulle facoltà di noleggio e prestito.

dell'assenza di scopo di lucro. Ad esempio, per verificare se la dizione ad alta voce di un'opera drammatica in una cerchia ristretta di persone conosciute presenta il requisito della economicità, bisognerà prima interrogarsi astrattamente sulla possibilità di ottenere un guadagno con questa modalità di utilizzo, ed altresì interrogarsi astrattamente sulla riduzione delle possibilità di ottenerlo in futuro con qualsiasi altra modalità di utilizzo, e, poi, occorrerà anche procedere separatamente a verificare in concreto lo scopo di lucro, e quindi la mancanza di ogni intento lucrativo. Pertanto, in questi casi, il requisito dello scopo di lucro si aggiunge al giudizio sull'economicità, e precisamente lo segue sul piano logico. Entrambi sono però necessari in questi casi particolari[146].

(Segue). Il test

Alla luce di tutti i discorsi svolti sopra, si potrebbe costruire un test per la verifica della sussistenza del carattere della economicità. Anche in questa occasione, l'elaborazione di un test al termine delle riflessioni di carattere generale vuole servire a fornire indicazioni operative puntuali per la valutazione del caso concreto, e quindi è intesa a dare una rilevanza pratica a questi discorsi.

Alla luce di tutto quanto si è detto, tale test per la verifica del carattere della economicità andrebbe strutturato in due distinti passaggi. Affinché il test abbia esito positivo, e quindi sussista il carattere in esame,

146 Spunto tratto da CARUSO, *Temi di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2000, 158 ss.. In giurisprudenza si riflette sul venire meno della cerchia privata in presenza di un lucro soggettivo, sul punto Cass. 1 settembre 1997 n. 8304, in *AIDA* 1998, *509;* Cass. 2 aprile 2008 n. 13822, in *Rep. di AIDA* 2009, *I.7.4.7*; e si veda anche App. Roma 9 maggio 1994, in *AIDA* 1995, *322* e Trib. Milano 4 giugno 1998, in *AIDA* 1998, *571*.

è necessaria la verificazione della condizione richiesta in almeno uno di questi passaggi:

i) Considerata la tipologia di opera, la tipologia di utilizzazione ed il mercato cui idealmente essa si indirizza, qualcuno sarebbe disposto a pagare per essa un corrispettivo? Cioè, esiste una domanda sul mercato di quella particolare tipologia di prodotti e servizi che sono il risultato dell'atto di utilizzazione dell'opera?

ii) Considerata la tipologia di opera, la tipologia di utilizzazione, e tutti i possibili mercati in cui l'opera può idealmente essere commercializzata, questa utilizzazione, astrattamente considerata, è idonea ad incidere negativamente sulla domanda di accesso all'opera in uno qualunque di questi mercati soddisfacendone una parte o svilendo la considerazione che il pubblico ha di essa o del suo autore? Cioè, la realizzazione della particolare tipologia di prodotto o servizio, che è il risultato di tale attività di utilizzo, è, in qualche misura, idonea a ridurre la capacità di profitto ottenibile dallo sfruttamento della tipologia di creazione in esame da parte del titolare?

Solo in caso di risposta affermativa ad almeno una di queste due domande, deve ritenersi che l'attività di utilizzazione abbia carattere economico, e quindi essa sia soggetta al controllo del titolare. L'assenza di economicità seguirebbe, invece, ad una doppia risposta negativa a queste due domande.

(Segue). Le conseguenze della sua applicazione

L'adozione di questo criterio ha, come conseguenza sul piano pratico, la sostanziale abrogazione del requisito della economicità, e

l'espansione dell'esclusiva a tutte le attività di utilizzo. A bene vedere, è difficile immaginare utilizzazioni di un'opera che, astrattamente considerate, non possano incidere negativamente sulla sua vita economica.

Ad ogni modo, si potrebbe pensare che non incidono sulla vita economica dell'opera alcune utilizzazioni marginali.

(i) Il mero godimento spirituale ed il godimento personale sicuramente non incidono, seppure esse non sono neppure giuridicamente qualificabili come utilizzazioni.

(ii) Al di fuori di quest'area, invece, si potrebbe forse escludere vi incidano quelle attività assolutamente inidonee ad assumere rilevanza economica, e quindi a fare concorrenza al titolare per varie ragioni, quali l'infungibilità della copia realizzata con l'originale, oppure la mancanza di vocazione al mercato della stessa per sua natura o per particolari circostanze, oppure la sua mancanza di fruibilità autonoma.

Quanto alla infungibilità della copia con l'originale, si potrebbe pensare a tutte le attività che comportino la realizzazione di prodotti o servizi da cui l'opera sia percepibile con una qualità estremamente bassa, come ad esempio la fotografia con uno smartphone non particolarmente pregevole di ampie parti di un libro, o la ripresa con una videocamera a risoluzione molto bassa di un film in una sala cinematografica, ovvero si potrebbe pensare ai prodotti e servizi che incorporino frammenti estremamente ridotti dell'opera, come ad esempio la fotografia di poche pagine di una vasta enciclopedia[147].

147 La giurisprudenza interna, talvolta, ammette la mancanza dell'economicità quando il frammento riprodotto è talmente ridotto da non potere ritenersi in alcun modo ed in alcun caso sostituibile con l'esemplare, si veda in proposito Pret. Verona 23 marzo 1992, in *AIDA* 1993, *146*.

Quanto alla mancanza di vocazione al mercato per la natura della copia, si potrebbe pensare a quelle attività in cui il risultato nasca destinato all'utilizzo in ambito privato, e quindi non sia vocato alla commercializzazione sul mercato per la natura particolare della creazione, come ad esempio le trascrizioni delle lezioni realizzate da uno studente diligente per potere ripetere in vista dell'esame[148].

Quanto alla mancanza di una domanda sul mercato per particolari circostanze, si potrebbe pensare, invece, ai casi limite dell'opera fuori commercio per cui non sia assolutamente conveniente una ristampa o altra forma di utilizzazione[149].

Quanto alla mancanza di autonoma fruibilità, si potrebbe infine pensare a quelle attività dove il risultato non sia neppure fruibile con autonomia dall'utilizzatore che effettua la copia, come ad esempio la copia *cache* realizzata dall'elaboratore nella memoria provvisoria[150].

(iii) Forse, si potrebbe anche escludere vi incidano le utilizzazioni indirette, e cioè quelle che avvengono in maniera incidentale, senza particolare consapevolezza, e sono atipiche rispetto alle attività tradizionalmente qualificate come utilizzo economico. Ad esempio, si immagini il caso di un ragazzo che effettui riprese con una sua

148 La giurisprudenza interna, talvolta, ammette la mancanza dell'economicità quando l'esemplare riprodotto non nasce vocato alla circolazione sul mercato, si veda in proposito Trib. Milano 12 ottobre 1998, in *AIDA* 1999, *618*.

149 La giurisprudenza interna ritiene, invece, che la riproduzione di un'opera fuori commercio per cui non è conveniente la ristampa costituisca comunque utilizzazione economica, si veda in proposito Pret. Milano 28 giugno 1991, in *AIDA* 1992, *51*.

150 La giurisprudenza europea ritiene, infatti, che la copia *cache* non incida sugli interessi patrimoniali del titolare, si veda in proposito Corte di Giustizia 5 giugno 2014, C-360/13, in *AIDA* 2014, *1591*.

videocamera di una sua esibizione di un suo brano musicale nella sua stanza, dove però è affisso un poster o è presente un oggetto di design con una forma esteticamente gradevole.

A questo, ci si dovrebbe probabilmente fermare, e conseguentemente si dovrebbe ammettere che ogni altra attività di utilizzazione rientri nel controllo del titolare, con il solo limite di espresse libere utilizzazioni tipizzate dal legislatore.

5.2. L'economicità come ingerenza nelle scelte di determinazione delle dimensioni di disponibilità dell'opera sul mercato: il criterio che appropria i profitti di tipo monopolistico derivanti dal controllo dell'offerta dei prodotti e servizi che incorporano l'opera

Una seconda opinione sostiene che il carattere della economicità debba essere definito in base all'interesse del titolare a determinare la quantità ed il prezzo dei prodotti e dei servizi che incorporano l'opera sul mercato. Questa tesi, per essere compresa, richiede una lettura sistematica della disciplina sostanziale, della disciplina rimediale, e della disciplina amministrativa che regolano il contenuto dell'esclusiva. Vanno messi insieme, e vanno fatti interagire, diversi indici normativi tra loro molto distanti[151].

(i) Il primo indice normativo può essere rinvenuto nella disciplina sostanziale, ed in particolare può essere ricavato dall'esame delle

151 Gli scritti principali su cui si fonda l'elaborazione di questo secondo criterio sono costituiti da SARTI, *Copia privata e diritto di autore*, in *AIDA* 1992, 33 ss.; SARTI, *Appunti su circolazione dei prodotti contraffatti e responsabilità degli acquirenti commercianti*, in *AIDA* 1993, 349 ss.; SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 4 ss. e 357 ss..

utilizzazioni economiche tipizzate dal legislatore agli articoli 9 e seguenti della Convenzione di Berna, agli articoli 2 e seguenti della Direttiva infosoc[152] ed agli articoli 13 e seguenti della l.a.. Queste norme tipizzano due fondamentali attività di utilizzo, e cioè la riproduzione e la comunicazione al pubblico. Ebbene, la prima si esaurisce nella estrinsecazione della creazione in un supporto materiale, e quindi nella realizzazione di un prodotto, mentre la seconda nella estrinsecazione della stessa in una manifestazione energetica, e quindi nella prestazione di un servizio. Dunque, le due principali attività tipizzate dal legislatore come utilizzo economico realizzano, a bene vedere, un nuovo mezzo di accesso alla creazione, e questo mezzo nasce destinato all'immissione sul mercato ed alla successiva circolazione in esso. Pertanto, ciascuna delle attività tipizzate dal legislatore comporta l'immissione sul mercato di un supporto materiale ulteriore ovvero di un servizio ulteriore che fa aumentare di una unità le dimensioni di disponibilità dell'opera. Attraverso la riserva al titolare di queste attività, il legislatore intenderebbe, quindi, sul piano sostanziale, garantire l'esclusiva nella scelta in ordine al numero di esemplari e di comunicazioni in circolazione. In altre parole, intenderebbe garantire il controllo della politica di offerta dei prodotti e dei servizi, attraverso il potere di determinare esattamente quanti esemplari fisici e quante manifestazioni energetiche devono essere rese disponibili ai consociati[153].

---

152 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

153 Spunti su questa prospettiva in RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 410 ss.; RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA* 2002, 48 ss.; GUGLIELMETTI, *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, in *AIDA* 2010, 147 ss.; AUTERI, *Diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 613 ss..

(ii) Il secondo indice può essere rinvenuto nella disciplina rimediale, ed in particolare può essere ricavato dall'esame dei rimedi inibitori, risarcitori e restitutori tipizzati agli articoli 3 e seguenti della Direttiva enforcement[154] e agli articoli 156 e seguenti l.a.. Questi rimedi assicurano, in caso di lesione della sfera di esclusiva, l'immediata cessazione dello svolgimento dell'attività, il risarcimento del danno, ed il ripristino della situazione precedente. L'ultimo rimedio è quello determinante ai fini di questa analisi. In base agli articoli 10 e seguenti della Direttiva enforcement ed agli articoli 158 e 159 l.a., il titolare può pretendere la rimozione dello stato di fatto da cui risulta la violazione del suo diritto, mediante la distruzione o l'aggiudicazione dei prodotti che sono frutto della contraffazione. Le norme specificano che queste misure non possono estendersi agli esemplari contraffatti acquistati in buona fede per uso personale, e, da ciò, sembrerebbe quindi, *a contrario*, che esse si estendano agli esemplari acquistati in malafede per uso personale. Evidentemente, l'ammissione di una pretesa del titolare contro l'acquirente del bene contraffatto che si limiti ad utilizzarlo presuppone, sul piano logico, la riserva in capo a questi della determinazione della quantità di esemplari che sono in circolazione. Chiaramente, questa azione viene meno quando l'esemplare è acquistato in buona fede per ovvie ragioni di certezza nella circolazione dei beni materiali che corrispondono ad un interesse pubblico sovraordinato. Tuttavia, quando questo interesse pubblico non c'è, in quanto l'acquisto è operato in mala fede, al titolare è espressamente concessa una azione che gli consente di controllare l'offerta dei prodotti sul mercato, e quindi il loro esatto numero in circolazione[155].

154 Direttiva 48/2004, direttiva sull'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale.

(iii) Il terzo ed ultimo indice può essere rinvenuto nella disciplina amministrativa, ed in particolare può essere ricavato dall'esame delle sanzioni amministrative poste all'articolo 2 della L. 248/2000[156]. Questa norma assoggetta a sanzioni amministrative la attività genericamente consistente nell'acquistare un esemplare su supporto audiovisivo, fonografico o informatico realizzato in violazione del diritto di autore. La sanzione risponde perfettamente alla logica della riserva al titolare della determinazione della quantità di esemplari da immettere sul mercato, ed in effetti trova applicazione proprio quando viene meno la corrispondenza tra il numero di esemplari immessi in circolazione dal titolare ed il numero di esemplari effettivamente in circolazione[157].

In sostanza, dall'esame delle discipline sostanziali, rimediali ed amministrative emerge il quadro seguente. Sul piano sostanziale, il

---

155 Sulla distinzione tra rimedio restitutorio e rimedio risarcitorio in forma specifica *ex multis* BELLELLI, *Risarcimento del danno in forma specifica e azioni dirette alla tutela dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1977, 1292 ss. e DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987, 217 ss.. Questo rimedio è reintegratorio e non risarcitorio, in quanto è funzionale all'eliminazione della situazione antigiuridica, e non occorre invece vi sia un illecito. In altri termini, è sufficiente la lesione del diritto, a prescindere dall'elemento soggettivo ed a prescindere dalle conseguenze dannose. Sull'azione contro il terzo detentore che ha acquistato in malafede, si veda FABIANI, *Commercio e importazione di prodotti e tutela giuridica dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano,1959, 76 ss.; SARTI, *Appunti su circolazione dei prodotti contraffatti e responsabilità degli acquirenti commercianti*, in *AIDA* 1993, 349 ss.; SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.* 1998, 645 ss.; VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'articolo 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.* 2010, 26 ss.. In giurisprudenza *ex multis* Cass. 18 febbraio 1993 n.1996, in *AIDA* 1993, *133*; Cass. 7 aprile 1999 n. 3353, in *AIDA* 1999, *587*.

156 Legge 248/2000, legge recante nuove norma a tutela del diritto di autore.

157 Per alcune fonti giornalistiche risalenti al tempo dell'adozione della Legge 248/2000, LAZZARO, *In carcere chi duplica i cd rom*, in *Corriere della sera* 19.9.2000, 19 ss..

legislatore assicura al titolare il diritto di determinare in esclusiva il numero di prodotti e di servizi da mettere a disposizione dei consociati sul mercato, e di riflesso vieta ad ogni consociato qualsiasi comportamento che possa interferire con la politica di offerta degli esemplari e delle comunicazioni. Sul piano rimediale, il legislatore concede azione contro chiunque semplicemente detenga un esemplare che lui non ha deliberatamente deciso di destinare al mercato, e così gli consente di ripristinare nella realtà di fatto la situazione di diritto, e cioè la determinazione sua ed esclusiva della quantità di beni a disposizione dei consociati. Infine, sul piano amministrativo, il legislatore completa il quadro corroborando la protezione dell'interesse del titolare alla determinazione in esclusiva degli esemplari da destinare al mercato con una sanzione amministrativa addizionale. Il disegno appare in questo modo sistematico, coerente e completo.

Il corollario di questo ragionamento è che il diritto di utilizzazione economica appropria, in capo al titolare, quel particolare profitto che deriva dal controllo delle dimensioni di disponibilità del prodotto sul mercato. A bene vedere, questo è esattamente il profitto tipico del monopolista. Infatti, nella sua nozione più diffusa e generica, il monopolio consiste nella situazione dove un operatore vende da solo in un certo mercato un bene ed i suoi succedanei più vicini e non vi sono altri operatori che offrono lo stesso bene o beni affini. In questa situazione, l'operatore decide in piena autonomia la quantità di beni da immettere in circolazione ed il loro prezzo, in vista della massimizzazione del suo profitto. Appare chiaro che, il sistema appena delineato appropria al titolare esattamente il profitto monopolistico che deriva dall'essere l'unico

che vende sul mercato un certo bene e che determina in autonomia la sua quantità ed il suo prezzo[158].

La protezione legislativa dell'interesse del titolare a controllare le dimensioni di disponibilità del prodotto sul mercato, e quindi ad appropriarsi dei profitti di tipo monopolistico ricavabili dall'esclusiva nell'offerta dei mezzi di accesso alla creazione, è posta dal legislatore in funzione della valorizzazione dei meccanismi negoziali di libera contrattazione. Un diritto esclusivo così strutturato, e con questo oggetto di protezione, è pensato esattamente in funzione della garanzia della allocazione efficiente dell'opera in base ad un sistema di scambi contrattati. Alla base di questa struttura, vi è l'assunto secondo il quale la libera contrattazione del prezzo tra titolare ed utilizzatore sul mercato determina una allocazione ottimale delle risorse. Dunque, un assunto che poggia sulla convinzione che il mercato e la libera negoziazione costituiscano gli strumenti migliori per conseguire l'allocazione ottimale delle risorse, e quindi il beneficio maggiore di tutti i soggetti coinvolti e la soddisfazione più elevata di tutti gli interessi in conflitto[159].

Va adesso svolta un'importante precisazione che completa il disegno di questa impostazione. Secondo questo pensiero, la possibilità

---

158 Per il concetto di monopolio, si veda FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 7 ss.; FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica degli istituti di diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1956, 137 ss.; FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1957, 1 ss. e FRANCESCHELLI, Trattato di diritto industriale, Giuffrè, Milano, 1960, 469 ss.. Altra ricostruzione autorevole, è operata in CASANOVA, *Beni immateriali e teoria dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.* 1941, 76 ss.; CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Utet, Torino, 1955, 1 ss. e CASANOVA, *Impresa e azienda*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1974, 686 ss..

159 Sul punto, DENOZZA, *Licenze di brevetto e circolazione delle tecniche*, Giuffrè, Milano, 1979, 81 ss..

di controllare di fatto una certa attività di utilizzo costituisce il presupposto affinché essa possa incidere sui profitti di tipo monopolistico e possa essere oggetto di negoziazione. Con ciò, si intende affermare che, qualora un certo utilizzo non sia controllabile in fatto per sue caratteristiche intrinseche, allora per esso il titolare non potrebbe chiedere un corrispettivo, ed, in relazione ad esso, non avrebbe potere negoziale. Ne deriverebbe che lo svolgimento di quella attività sarebbe inidoneo ad incidere sui suoi profitti monopolistici, ed inidoneo a sottostare ai meccanismi della libera negoziazione. Quindi, si collocherebbe al di fuori del concetto di economicità.

Pertanto, non è economica l'utilizzazione che non sia controllabile in quanto (i) non possa essere attivato per il suo accertamento e la sua repressione il controllo della forza pubblica; (ii) il controllo della forza pubblica sarebbe ineffettivo nella maggioranza dei casi, (iii) l'azione giudiziaria contro i soggetti che compiono attività di contraffazione presenterebbe costi eccessivi. Questa attività dovrebbe, dunque, collocarsi fuori dalla esclusiva, in quanto, se la si facesse rientrare, non si rispetterebbe la funzione dell'esclusiva, ed inoltre in quanto, altrimenti, si pregiudicherebbe la diffusione ottimale della creazione.

Questa precisazione porta ad emendare la definizione di utilizzo economico in questo senso. Un'attività andrebbe qualificata in termini di utilizzo economico qualora tale attività leda l'interesse giuridicamente protetto del titolare a controllare le dimensioni di disponibilità del prodotto sul mercato, in quanto sia idonea ad incidere sui profitti monopolistici del titolare ed allo stesso tempo sia idonea ad essere oggetto di scambi contrattati. Essa, invece, non andrebbe qualificata in tali termini se il titolare non possa domandare un corrispettivo per il suo svolgimento, né

possa negoziarlo, anche solo per limiti di effettività della sua riserva derivanti dalla incontrollabilità della risorsa nella realtà fattuale.

(Segue). Il test

Alla luce di tutto quanto si è detto, è agevole ricostruire la struttura del test per la verifica del carattere della economicità in due passaggi. Affinché il test abbia esito positivo, e quindi sussista il carattere in esame, è necessaria la verificazione delle condizioni richieste in entrambi questi passaggi:

i) Sul piano astratto, l'utilizzazione posta in essere è potenzialmente idonea ad incidere sulle decisioni del titolare in ordine alle dimensioni di disponibilità dell'opera sul mercato? Quindi ad incidere sui profitti di tipo monopolistico che derivano da questo controllo?

ii) Sul piano concreto, l'utilizzazione considerata è suscettibile di essere fattualmente controllata e quindi di formare oggetto di scambi contrattati?

Solo in caso di risposta affermativa alla prima ed alla seconda domanda, deve ritenersi che l'attività di utilizzazione abbia carattere economico, e quindi essa sia soggetta al controllo del titolare. La risposta negativa ad una di queste due domande comporta l'assenza del requisito in esame.

(Segue). Le conseguenze della sua applicazione

L'adozione di questo criterio valorizza il requisito della economicità, ed attribuisce rilievo essenziale alla controllabilità di fatto della attività di utilizzazione. In particolare, con l'adesione a questa tesi, rimarrebbero

fuori dal concetto di utilizzo economico tutte quelle attività di estrinsecazione ed intermediazione nella circolazione che non siano idonee ad incidere sui profitti monopolistici, oppure che non possano essere negoziate perché non sono di fatto controllabili dal titolare.

(i) Pertanto, sicuramente le attività che sono state prima escluse in base alla precedente concezione.

(ii) Ad esse, andrebbero ad aggiungersi, in generale, tutte le attività di utilizzo in ambito privato realizzate senza scopo di lucro, questo però nella misura in cui risultino essere di fatto non controllabili per qualsiasi ragione. Le attività, che avvengono nella sfera privata, e che siano invece fattualmente controllabili, rientrerebbero, invece, nell'esclusiva del titolare, in quanto esse potrebbero portare all'aumento dei mezzi di accesso alla creazione in circolazione ed allo stesso tempo potrebbero essere oggetto di negoziazione, e di conseguenza da esse potrebbero derivare profitti monopolistici che spettano al titolare. Evidentemente, ai fini della inclusione nella sfera di controllo del titolare delle attività di utilizzazione privata, il discrimine essenziale poggerebbe sulla controllabilità nella realtà fattuale di tali attività.

5.3. L'economicità come utilizzo in una attività economica di impresa: il criterio che appropria i profitti derivanti dallo sfruttamento imprenditoriale dell'opera

Una terza opinione sostiene che il carattere della economicità debba essere definito in base all'interesse del titolare a sfruttare l'opera in una attività di impresa diretta alla realizzazione di nuova ricchezza mediante la produzione di beni e la prestazione di servizi che incorporano la sua forma espressiva.

Preliminarmente, è opportuno chiarire il concetto di impresa cui si fa riferimento in questo paragrafo, e cui, in generale, si è fatto e si farà riferimento anche nel resto di questo lavoro. Come noto, ai sensi dell'articolo 2082 c.c., l'impresa è un'attività economica che presenta tre distinte caratteristiche, e cioè: (i) l'economicità, (ii) la professionalità, e (iii) l'organizzazione. Con il primo requisito, si fa generalmente riferimento al concetto di autosufficienza dell'attività medesima attraverso il tendenziale pareggio tra ricavi e costi. In sostanza, tale requisito richiederebbe che l'attività non sia geneticamente concepita dall'imprenditore come strutturalmente in perdita, e quindi come attività diretta a consumare ricchezza nel tempo, bensì nasca e si sviluppi come attività astrattamente idonea a coprire i costi del lavoro e del capitale con i ricavi derivanti dalla cessione dei beni e dei servizi , e quindi come attività diretta a produrre nuova ricchezza. Con il secondo requisito, si fa poi riferimento alla abitualità e non occasionalità dell'attività medesima, e quindi alla ripetizione nel tempo in via non isolata e non saltuaria di atti diretti a produrre nuova ricchezza mediante la produzione di beni e la prestazione di servizi o l'intermediazione nella loro circolazione. Dunque, con questo secondo requisito, si farebbe riferimento alla sistematicità dell'attività, che assumerebbe un oggettivo carattere stabile sia dal punto di vista dell'imprenditore che dal punto di vista dei terzi che vengono in contatto con lui. Con il terzo requisito, infine, si fa generalmente riferimento all'impiego di prestazioni lavorative altrui o di beni strumentali nello svolgimento dell'attività. In sostanza, tale requisito richiederebbe che la produzione di ricchezza non avvenga solo per mezzo del lavoro personale dell'imprenditore, ma anche per mezzo di prestazioni lavorative altrui, opportunamente coordinate dall'imprenditore, ed anche, oppure in alternativa, per mezzo dell'utilizzo di beni materiali, opportunamente a

disposizione dell'imprenditore. Cioè, occorrerebbe che l'imprenditore si avvalga di un apparato aziendale, anche se minimo[160]. Questa impostazione risente degli studi economici sull'impresa, dove si sostiene generalmente che quest'ultimo requisito, l'organizzazione, consisterebbe nell'intermediazione operata dall'imprenditore tra l'offerta di lavoro e capitale, da un lato, e la domanda di beni e servizi, dall'altro lato. In questo senso, l'imprenditore organizzerebbe i fattori della produzione, manodopera e danari presi a prestito, in modo da conseguire un profitto che consiste nella differenza tra la loro remunerazione, e cioè salari ed interessi passivi, ed il prezzo cui cede ai consumatori ed agli utenti i beni ed i servizi prodotti e prestati. A bene vedere, nonostante il dato letterale del codice, e nonostante il consolidamento delle teorie economiche cui si è fatto cenno, tuttavia, i più recenti studi in tema di impresa tendono a svalutare il requisito dell'organizzazione nella definizione del concetto di imprenditore. In effetti, nell'ordinamento commercialistico vi sono alcuni indici testuali da cui è dato, con un minimo di elaborazione sistematica, revocare in dubbio l'essenzialità del requisito in esame nella definizione del concetto di imprenditore. A questo proposito, si potrebbe pensare alla nozione di piccolo imprenditore sancita all'articolo 2083 c.c. ed alla nozione di imprenditore artigiano sancita all'articolo 2 Legge 8 agosto 1985 n. 443[161]. In entrambi i casi, secondo la lettura che ne viene data generalmente, queste due norme sembrerebbero ammettere che, si abbia imprenditore, pur in assenza di qualunque forma di organizzazione del lavoro altrui, ed anche se ci si limitasse ad organizzare

160 Si vedano in proposito i manuali di base quali PUTZOLU, *Impresa e imprenditore nel codice civile*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Monduzzi, Bologna, 2010, 1 ss. e CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 2015, 10 ss..

161 Legge 8 agosto 1985 n. 443, sull'imprenditore artigiano.

esclusivamente il lavoro proprio. In questo modo, il concetto di impresa si estenderebbe anche al lavoro autonomo, purché non si tratti di una professione intellettuale protetta, dove vale l'espressa esclusione in forza di apposita previsione legislativa cui al 2238 c.c.. Ebbene, in questo lavoro si adotta esattamente questa nuova ampia concezione di imprenditore, che prescinde dall'organizzazione, ed abbraccia anche il lavoro autonomo. D'altro canto, l'adozione di un concetto ristretto di impresa, che richieda l'impiego del lavoro altrui o di un apparato aziendale, sarebbe irragionevole ai fini di ciò che si intende fare in questo lavoro, e cioè delineare i criteri di determinazione della sfera di esclusiva. Infatti, il restringere la sfera di esclusiva alle sole utilizzazioni che avvengono nell'ambito di attività allo stesso tempo economiche, professionali ed organizzate condurrebbe inevitabilmente a restringere eccessivamente la sfera del controllo del titolare. Si potrebbe giungere al punto di spostare fuori dall'area dell'illecito le attività sistematiche di moltiplicazione in copie condotte con lavoro esclusivamente personale, solo perché manca l'utilizzo di lavoro altrui o di beni materiali. Considerato che, al giorno di oggi, una persona singola, con lavoro esclusivamente personale, è perfettamente in grado di recare un pregiudizio molto intenso agli interessi del titolare, l'adozione di un tale concetto di imprenditore non è adeguata. Invece, la nozione di imprenditore proposta più di recente, che verte sulla professionalità come *discrimen*, e quindi sull'abitualità della condotta, sembra essere uno strumento più adeguato ai fini della delineazione di un criterio di distinzione ragionevole tra privativa e libertà. In effetti, l'elemento essenziale da cui dipende il conflitto con gli interessi dei titolari è rappresentato, generalmente, proprio dalla sistematicità delle condotte di utilizzazione dei consumatori e degli utenti, piuttosto che dall'apparato di

cui avvalgono nell'ambito dell'utilizzazione. In questo senso, l'adozione di questa nozione di imprenditore, ai fini che qui interessano, e cioè al fine di tracciare il confine tra privativa e libertà, consente di valorizzare l'elemento che costituisce il principale *discrimen* sul piano fattuale e dell'analisi economica, la sistematicità, ed allo stesso tempo di svalutare l'elemento che invece sul piano fattuale è normalmente irrilevante, potendo la lesione degli interessi autorali essere realizzata anche in sua assenza, l'organizzazione[162].

Chiarito il concetto di impresa, si può adesso passare all'esposizione di questa tesi. Ai fini della sua comprensione, occorre procedere ad un ordinato svolgimento di considerazioni di carattere sistematico, distinte in tre gruppi differenti[163].

Una prima considerazione concerne il sistema del diritto industriale nel suo complesso, ed in particolare attiene all'esistenza di un principio generale di libertà di utilizzazione della creazione, dell'idea inventiva e del segno distintivo da parte di soggetti privati nella sfera privata.

(i) Sul punto, il dato normativo è particolarmente chiaro in materia brevettuale. L'articolo 68 comma 1 lettera a del c.p.i.[164] sancisce che il diritto esclusivo di brevetto non si estende agli atti compiuti in ambito

162 Le tesi qui prospettate, sulla svalutazione del requisito dell'organizzazione nella definizione di impresa, sono tratte da GALLETTI, *L'imprenditore*, in TOMMASINI e GALLETTI, *Statuto dell'imprenditore e azienda*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009, 17 ss. e da FERRARA e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2011, 29 ss.. Ma si veda anche ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1962, 158 ss.. In giurisprudenza, *ex multis* Cass. 16 settembre 1983 n. 5589, in *Giur. it.* 1984, 942 ss..

163 Gli scritti principali su cui si fonda l'elaborazione di questo terzo criterio sono costituiti da BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non sanzionabile*, in *AIDA* 2000, 349 ss., 358 ss., 362 ss.; BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 299 ss.; BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 145 ss..

privato e a fini non commerciali. La norma è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano con la Legge 388/1979, e risolveva un ampio dibattito dottrinale che sul punto contrapponeva opinioni divergenti[165]. Con questo intervento normativo, la questione veniva risolta definitivamente nel sistema brevettuale[166]. Tale intervento normativo appare essere di ancora maggiore rilevanza se si considera che esso corrisponde alle previsioni normative poste nella Convenzione di Lussemburgo sul brevetto europeo all'articolo 26[167], ed anzi è stato dettato dall'esigenza di adeguare la legge brevettuale alla convenzione. Va certamente rilevato che questa convenzione non è mai entrata in vigore, cionondimeno, essa ha dato impulso ad una forte azione armonizzatrice delle discipline nazionali in materia. Pertanto, la previsione in esame è comune a diversi ordinamenti europei, e costituisce uno dei principi alla base dei rispettivi sistemi brevettuali[168].

(ii) Anche il dato normativo in materia di segni distintivi è abbastanza esplicito. A questo proposito, l'articolo 20 c.p.i. prevede espressamente

164 Legge 10 febbraio 2005 numero 30, codice della proprietà industriale.

165 Erano a favore dell'estensione della privativa brevettuale all'utilizzazione privata FRANZOSI, *L'invenzione*, Giuffrè, Milano, 1965, 278 ss.; GRECO e VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1969, 198 ss.; AULETTA e MANGINI, *Invenzioni industriali*, in SCIALOJA e BRANCA, *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1987, 8 ss.. Era, invece, contrario a questa estensione ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 632 ss..

166 FLORIDIA, *Il diritto di brevetto*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 236 ss..

167 Convenzione di Lussemburgo, conclusa in Lussemburgo, il 15 dicembre 1975.

168 BRICENO, *Le limitazioni del diritto di brevetto*, in SCUFFI e FRANZOSI, *Diritto industriale italiano*, Cedam, Padova, 2014, 682 ss..

che il diritto esclusivo di marchio si limita all'utilizzo del segno in una attività economica, e quindi non si estende al suo utilizzo in privato. Ad ogni modo, appare abbastanza evidente che nessuna delle funzioni del marchio potrebbe subire un pregiudizio da una semplice alterazione del prodotto o del segno da parte dell'utilizzatore finale nella sfera privata, o dalla sua apposizione su cose che gli appartengono, in assenza dell'offerta sul mercato del prodotto o del servizio. Infatti, la funzione di indicazione di origine o provenienza del prodotto da una certa fonte imprenditoriale, la funzione di costanza qualitativa del prodotto nel tempo, ed anche la funzione promozionale richiedono che il prodotto sia immesso in circolazione ed entri in contatto con il pubblico dei consumatori. In assenza di rapporti con il pubblico, non si vede come gli interessi giuridicamente protetti del titolare del diritto sul segno distintivo possano subire una effettiva lesione[169].

In questo quadro, si potrebbe forse pensare che il principio della libertà di utilizzo privato abbia carattere generale nel diritto della proprietà intellettuale, e sia, quindi, ragionevole una sua estensione al diritto di autore. A questo proposito, si potrebbe notare che, le opere dell'ingegno, allo stesso modo delle invenzioni e dei segni distintivi, si utilizzano tipicamente in rapporto con i terzi, e consentono tipicamente di conseguire guadagni quando utilizzate in una attività economica di produzione di beni e servizi da destinare al mercato. Si potrebbe anche notare che, in relazione ad esse, l'interesse del titolare è tipicamente quello di utilizzarle in attività con queste caratteristiche. Una ricostruzione sistematica delle esclusive industrialistiche depone, quindi, per una generalizzazione del principio di libertà di utilizzo privato, con la

169 RICOLFI, *I segni distintivi*, Giappichelli, Torino, 1999, 142 ss..

conseguente limitazione dell'esclusiva alle sole attività di utilizzo della creazione che si collocano nell'ambito dell'esercizio di un'impresa[170].

Una seconda considerazione può derivare da una certa lettura sistematica delle previsioni normative che definiscono le facoltà esclusive. In particolare, si potrebbe adottare il seguente approccio interpretativo. Considerato che l'articolo 12 l.a. pone una clausola generale, e gli articoli 13 e seguenti l.a. tipizzano una serie numerosa di attività di utilizzazione direttamente qualificate come economiche dal legislatore, si potrebbe cercare di astrarre, partendo dalle esemplificazioni, i caratteri comuni ed i limiti comuni della categoria, al fine di ricostruire il contenuto della enunciazione generale. In altri termini, questo approccio interpretativo partirebbe dall'esame delle diverse attività tipizzate come utilizzazione economica dal legislatore, per astrarre, da esse, i caratteri ed i limiti che sono ad esse propri, e quindi ricostruire il concetto generale di utilizzo economico. In questa operazione esegetica, andrebbero tenute in considerazione anche le libere utilizzazioni che

170 A favore della libertà di utilizzazione privata nel diritto di autore, si vedano, in una prospettiva molto risalente, AMAR, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno*, Bocca, Torino, 1874, 122 ss.; ROSMINI, *Diritti di autore sulle opere dell'ingegno*, Società libraria, Milano, 1896, nota 238 e 284 e STOLFI, *Il diritto di autore*, Società editrice libraria, Milano 1932, 445 ss.. Si vedano poi più di recente SORDELLI, *L'opera dell'ingegno: Interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora*, Giuffrè, Milano, 1954, 227 ss.; GUGLIELMETTI, *Apparecchi fonomagnetici e riproduzione per uso personale*, in *IDA* 1956, 490 ss.; MANGINI, *Riproduzioni fonomeccaniche e loro uso personale*, in *Riv. dir. civ.* 1961, 385 ss. ed ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 741 ss.. Si vedano infine di recente SARTI, *Copia privata e diritto di autore*, in *AIDA* 1992, 33 ss.; SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 362 ss. e BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non sanzionabile*, in *AIDA* 2000, 349 ss.. Spunti di riflessione sugli altri temi in SARTI, *Antitrust e diritto di autore*, in *AIDA* 1995, 109 ss. e LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per violazione di norme generali sulla concorrenza*, in AA. VV., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 179 ss..

sono connesse alle attività tipizzate come utilizzazione economica dal legislatore, in quanto anche esse concorrono a definire i loro caratteri ed i loro limiti[171].

(i) Ebbene, dall'esame degli articoli 13 e seguenti l.a., emerge che il legislatore tipizza in particolare quattro attività: la riproduzione, la comunicazione al pubblico, la distribuzione ed il prestito. A bene vedere, queste presentano alcune caratteristiche comuni. Anzitutto, tutte queste attività comportano la produzione di un bene o la prestazione di un servizio che incorpora la forma espressiva dell'opera, o implicano l'intermediazione nella circolazione di un prodotto. Inoltre, tutte queste attività realizzano un valore economico, e cioè nuova ricchezza attraverso la produzione del prodotto, la prestazione del servizio o lo svolgimento dell'intermediazione. Infine, esse sono tipicamente destinate al mercato, ed anzi realizzano questo valore economico proprio attraverso lo scambio del prodotto o del servizio sul mercato.

(ii) Si può ricavare anche altro dall'esame di queste utilizzazioni economiche tipiche. In particolare, si potrebbe notare che il legislatore, nel tipizzare la attività che consiste nella prestazione di un servizio che incorpora la forma espressiva dell'opera, e cioè la comunicazione al pubblico, espressamente escluda la sua estensione all'ambito privato. Cioè, escluda che rientri in questa attività la diffusione che ne è fatta nell'ambito di persone tra cui sussistono stretti legami familiari, lavorativi o affettivi. Ad esempio, non costituirebbe comunicazione al pubblico

171 Sul carattere meramente esemplificativo *ex multis* ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, 47 ss.; sul ragionamento che partendo dalle utilizzazioni tipizzate astrae il significato della clausola generale AUTERI, *Il diritto di autore*, AUTERI, *Il diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 602 ss..

l'esecuzione di una musica fatta all'interno delle mura domestiche per allietare i propri familiari o i propri amici[172].

Lo stesso fa con l'attività che consiste nella distribuzione dell'esemplare fisico, escludendo dalla sua fattispecie la messa in circolazione che non avvenga in favore del pubblico. Ad esempio, non costituirebbe distribuzione la cessione dell'esemplare ad un familiare oppure ad un amico[173].

Lo stesso fa con l'attività che consiste nel prestito dell'esemplare fisico, escludendo dalla fattispecie la cessione in uso che non sia fatta da istituzioni aperte al pubblico. Ad esempio, non costituirebbe prestito la concessione in godimento dell'esemplare fatta da un privato ad altro privato[174].

Infine, lo stesso fa, seppure solo in parte, anche con l'attività di riproduzione. In questo caso, occorre però coordinare le previsioni normative dettate in relazione alle facoltà esclusive con le altre dettate in relazione alle libere utilizzazioni. Ebbene, da questa combinazione emergerebbe che, anche la attività consistente nel moltiplicare in copie gli esemplari, non sia immune da limitazioni espresse nell'ambito privato. In particolare, il diritto di riproduzione non si estenderebbe, in base

---

172 Sui limiti in cui è liberalizzata la comunicazione al pubblico da parte del legislatore, si veda GALLI, *Sub art. 16 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1551 ss., il quale mette in evidenza anche la avvenuta parziale abrogazione ad opera di leggi successive.

173 Sul punto GALLI, *Sub art. 17 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1567 ss..

174 Sul punto GALLI, *Sub art. 18 bis l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1578 ss..

all'articolo 68 l.a., alla ripresa di parti di opera fatta con mezzi inidonei allo spaccio o alla diffusione tra il pubblico, né si estenderebbe, in base all'articolo 71 sexies l.a., alla riproduzione di fonogrammi o videogrammi in ambito privato a certe condizioni, né si estenderebbe, in base all'articolo 68 l.a., alla reprografia con certi limiti ed a certe condizioni[175].

A bene vedere, traendo le conseguenze da quanto detto finora, quindi, le utilizzazioni tipiche presentano un carattere comune essenziale, e cioè sono normalmente attività di produzione di beni e prestazione di servizi o intermediazione nella loro circolazione che realizzano nuova ricchezza incorporando la forma espressiva della creazione in supporti fisici o manifestazioni energetiche destinati al mercato, e non si estendono alle attività realizzate in ambito privato finalizzate ad un godimento limitato di una cerchia ristretta di persone. Questi due elementi comuni potrebbero fare discendere un terzo elemento, e cioè quello di cui si è alla ricerca in questa analisi. In effetti, da essi, ne deriverebbe che le attività di utilizzazione sono tipicamente realizzate da imprenditori e si collocano nell'ambito dell'esercizio di una attività di impresa.

Una terza considerazione consiste nella rilettura delle norme rimediali ed amministrative che apparentemente sanzionano il mero utilizzo dell'opera contraffatta, ed in particolare l'articolo 159 l.a. e l'articolo 2 Legge 248/2000[176]. Questa rilettura è già stata tentata sopra, e la si riporta per comodità. Va evidenziato, preliminarmente, che, in questa sede, la si riprende solo per prevenire l'utilizzo di argomenti contrari alle conclusioni che derivano dalle due considerazioni precedenti.

---

175 Sul punto CORBELLINI, *Sub art. 68 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012, 1546 ss..

176 Legge 248/2000, legge recante nuove norma a tutela del diritto di autore.

(i) Ebbene, quanto all'articolo 159 l.a., si potrebbe reinterpretare come segue. La previsione normativa potrebbe semplicemente costituire una precisazione superflua delle regole sul concorso nella contraffazione. Cioè, si limiterebbe a ribadire che l'acquirente del bene contraffatto non possa mai essere chiamato a rispondere dell'illecita riproduzione e distribuzione dell'esemplare qualora versi in buona fede al momento dell'acquisto. Invece, nulla direbbe dell'acquirente in malafede, che potrebbe benissimo non concorrere nell'illecito in base alle regole di diritto civile generale. Dunque, l'acquirente di una copia illecitamente riprodotta e distribuita, che utilizzi personalmente la sua copia, sarebbe certamente soggetto alle misure restitutorie, ma solo a condizione che sia integrato il concorso nella contraffazione. Quindi, da questa norma, non sarebbe dato evincere alcunché sul piano che qui rileva.

(ii) Quanto all'articolo 2 della Legge 248/2000[177], anche in questo caso si potrebbe ritenere che la sanzione amministrativa si applichi solo quando sussistono nel caso concreto tutti i presupposti per configurare un concorso nell'attività illecita di riproduzione o di distribuzione dell'esemplare. Quindi, anche da questa norma, nulla si potrebbe evincere sul piano che qui rileva[178].

Le tre considerazioni che si sono svolte finora portano a pensare ad una diversa definizione di utilizzo economico. Ebbene, alla luce di quanto riferito, sembrerebbe che, un'attività possa essere qualificata in termini di utilizzo economico se lede l'interesse giuridicamente protetto del titolare a sfruttare l'opera dell'ingegno in una attività di impresa, e cioè

177 Legge 248/2000, legge recante nuove norma a tutela del diritto di autore.

178 NIVARRA, *Dolo colpa e malafede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2000, 348.

in una attività economica esercitata professionalmente diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi destinati al mercato. Pertanto, le utilizzazioni economiche costituirebbero estrinsecazioni ed intermediazioni della creazione nell'ambito di attività economiche esercitate abitualmente, e questa collocazione varrebbe a distinguerle da quelle aneconomiche. Invece, di conseguenza, non costituirebbero utilizzazioni economiche tutte quelle utilizzazioni della creazione intellettuale che siano estranee a qualsiasi attività imprenditoriale, ed in particolare tutte quelle utilizzazioni che si collochino nella sfera privata dei consumatori e degli utenti.

(Segue). Il test

Alla luce di tutto quanto si è detto, è agevole ricostruire la struttura del test per la verifica del carattere della economicità. Ebbene, per verificare se una certa attività di utilizzo sia utilizzo economico e quindi rientri nella privativa del titolare, il test dovrebbe essere composto di questi passaggi:

i) L'utilizzazione ha comportato la produzione di un bene o la prestazione di un servizio che incorporano la forma espressiva dell'opera, ovvero ha comportato l'intermediazione nella circolazione di un esemplare?

ii) L'utilizzazione ha comportato la produzione di nuova ricchezza, e cioè la realizzazione di un nuovo valore economico?

iii) L'utilizzazione è avvenuta nell'esercizio di una attività di impresa, o almeno in connessione con una attività di impresa, intesa come attività economica esercitata professionalmente diretta alla produzione di beni e servizi?

Solo in caso di risposta affermativa a tutte queste domande deve ritenersi che l'attività di utilizzazione abbia carattere economico, e quindi sia soggetta al controllo del titolare. Invece, se anche solo una di queste tre domande ricevesse risposta negativa, l'utilizzazione mancherebbe inevitabilmente del carattere della economicità.

(Segue). Le conseguenze della sua applicazione

L'adozione di questo criterio valorizza ulteriormente il requisito della economicità. In particolare, il concetto di utilizzo economico sarebbe limitato allo sfruttamento imprenditoriale dell'opera dell'ingegno, e pertanto da esso rimarrebbero fuori tutte quelle attività di estrinsecazione ed intermediazione che non si collocano nell'esercizio di una attività economica di impresa diretta a realizzare nuova ricchezza mediante l'incorporazione della forma espressiva in beni e servizi.

(i) Risulterebbero al di fuori del controllo del titolare tutte le attività che sono state prima escluse in base alla precedente concezione.

(ii) Ad esse, andrebbero ad aggiungersi, in generale, tutte le attività di utilizzo in ambito privato, a prescindere dalla loro controllabilità in fatto. Infatti, nella prospettiva di questo ultimo criterio, l'esclusiva autorale riserverebbe al titolare solo ed esclusivamente lo sfruttamento imprenditoriale della creazione, e non invece quello non imprenditoriale. Ebbene, di conseguenza, l'utilizzazione privata, non costituendo utilizzazione imprenditoriale, non sarebbe in nessun caso soggetta al controllo del titolare. Quindi, a differenza del criterio prima descritto, con quest'ultimo criterio, l'utilizzazione privata sarebbe libera anche qualora essa sia in fatto perfettamente controllabile dal titolare. Essa, anche in questo caso, si sottrarrebbe comunque all'esclusiva.

5.4. Il caso Google Books

Il tema dell'economicità dell'utilizzo economico si è posto di recente in un caso molto importante sul piano socio economico, ma anche molto interessante sul piano strettamente giuridico. Nel 2004 Google ha avviato un imponente progetto editoriale che aspira idealmente alla digitalizzazione di tutte le opere letterarie che siano state realizzate in ogni tempo. L'idea è quella di scansionare ogni libro, qualunque sia il periodo storico in cui sia stato redatto e qualunque sia il linguaggio adoperato, di trasformarlo in un formato *searchable*, di associargli *metatags* e di metterlo a disposizione del pubblico online attraverso un motore di ricerca semplice ed accurato. In questo modo, ogni utente della rete che adoperi questo motore di ricerca avrebbe la possibilità di individuare il libro di suo interesse mediante ricerca di parole chiave nel testo e corrispondenza dei *metatags*, ed avrebbe la possibilità di accedere all'opera e leggerla direttamente e gratuitamente. Ovviamente, con riferimento a tutte le opere che non siano cadute in dominio pubblico, non essendo per esse ancora spirato il termine di protezione, Google non potrebbe procedere alla digitalizzazione. Per esse, la multinazionale informatica si limiterebbe, invece, a scannerizzare dei piccoli frammenti, c.d. *snippets,* e ad associare *metatags*. A questo punto, sorge una controversa questione giuridica. La questione giuridica è se, la scansione e la messa a disposizione su internet di *snippets*, nonchè l'associazione dei medesimi a *metatags,* costituisca utilizzazione economica della creazione intellettuale, e pertanto necessiti dell'autorizzazione del titolare dei diritti, oppure sia del tutto libera. La questione diviene ancora più interessante se si considera che questa utilizzazione costituisce sicuramente dal punto di vista tecnico una riproduzione parziale e forse

una elaborazione, e tuttavia dal punto di vista economico non sottrae al titolare alcuna possibilità di guadagno. Per giunta, la questione si complica ulteriormente se si considera che, da un lato, la multinazionale informatica esercita una attività economica ed è mossa da una finalità lucrativa, ma che, allo stesso tempo, dall'altro lato, la realizzazione del progetto lucrativo da parte sua rappresenterebbe un importante avanzamento per la civiltà umana nel suo insieme, la quale per la prima volta nella sua storia vedrebbe la conoscenza accumulata in millenni organizzata in modo da essere accessibile con immediatezza in ogni suo frammento. Queste complicazioni rendono la questione molto interessante nell'ambito del discorso che qui si sta affrontando sul concetto di utilizzazione economica e sull'ampiezza della riserva autorale[179].

L'uso trasformativo che Google compie in relazione alle opere dell'ingegno protette da diritto di autore, cioè il caricamento in rete di *snippets* associati a *metatags*, sicuramente non reca alcun danno economico al titolare dei diritti, né gli sottrae alcuna possibilità di guadagno, per due ragioni fondamentali[180]. In primo luogo, il titolare non potrebbe domandare alcun compenso per questa particolare modalità di utilizzo, al di fuori di pagamenti forfettari alle società di gestione collettiva, in quanto queste attività di massa sono caratterizzate da costi di transazione proibitivi che escludono la possibilità di licenze individuali e di pagamenti personalizzati[181]. In secondo luogo, questa modalità di utilizzo non incide negativamente sulle possibilità di profitto ottenibili mediante le

179 NA, *Testing the boundaries of copyright protection: the Google books library project and the fair use doctrine*, in *Cornell journal of law and public policy* 2007, 417 ss..

180 KWOK, *Google book search, transformative use, and commercial intermediation: an economic perspective*, in *Yale journal of law and technology* 2015, 285 ss..

altre attività di utilizzo economico, in quanto né gli *snippets* e neppure i *metatags* possono sostituire l'acquisto dell'esemplare. A questo proposito, può, anzi, essere utile rilevare come attenti studi di analisi economica del diritto abbiano messo in luce che questo utilizzo complementare posto in essere dalla multinazionale informatica, in realtà, potrebbe perfino avere effetti positivi sulla capacità di profitto dell'opera, in quanto la libera messa a disposizione online di *snippets* contribuisce a fare conoscere ed apprezzare la creazione presso il pubblico, e quindi promuove il suo acquisto. Per mezzo della ricerca *open text* e dell'associazione di *metatags,* l'utente viene a conoscenza dell'esistenza del libro, e, per mezzo della lettura degli *snippets,* comprende i temi trattati e le modalità con cui sono trattati. In questo modo, viene persuaso ad acquistare l'esemplare dell'opera, ed a questo fine la pagina stessa gli indica l'editore da cui può procedere all'acquisto. L'effetto economico positivo può essere assimilato a quello del consiglio di un libraio esperto e di una recensione positiva su una rivista. Dunque, paradossalmente, l'atto di utilizzazione posto in essere da Google, non solo non diminuisce la capacità di profitto dell'opera, ma addirittura potrebbe incrementarla, in quanto contribuisce alla sua conoscibilità ed alla sua reputazione[182].

L'uso trasformativo in esame inoltre produce effetti positivi estremamente rilevanti per la società e per gli utenti. Google Books riorganizza la conoscenza umana in modo che essa sia resa molto più accessibile attraverso ricerche *open text* ed associazione di *metatags*, la custodisce preservandola, ed inoltre la rende adatta all'applicazione di

181 KWOK, *Google book search, transformative use, and commercial intermediation: an economic perspective*, in *Yale journal of law and technology* 2015, 312 ss..

182 KWOK, G*oogle book search, transformative use, and commercial intermediation: an economic perspective*, in *Yale journal of law and technology* 2015, 312 ss..

procedimenti automatizzati per l'estrazione di nuova conoscenza. Esso costituisce, ad oggi, il principale strumento per l'individuazione delle fonti per professionisti, ricercatori e studenti in ogni parte del mondo. Inoltre, preserva dalla scomparsa i libri antichi e minori. Infine, consente l'applicazione diretta di attività di *text and data mining* per l'ottenimento di nuova conoscenza in via automatica attraverso procedimenti matematici ad opera dell'elaboratore elettronico[183].

Il caso Google books potrebbe costituire un'ottima applicazione delle teorie sull'economicità dell'utilizzazione economica che si sono esposte in questa parte del lavoro. In particolare, è evidente che l'attività svolta dalla multinazionale informatica costituisce tecnicamente riproduzione, comunicazione al pubblico, e forse anche elaborazione. Ciononostante, è altrettanto evidente che, da essa, non possa derivare alcun pregiudizio, né diretto né indiretto, per gli interessi economici del titolare. Essa andrebbe quindi, ragionevolmente parlando, tenuta fuori dalla sfera di esclusiva. In questo senso, la valorizzazione del requisito dell'economicità dell'utilizzazione costituirebbe lo strumento giuridico ideale per liberalizzare questa attività che produce effetti benefici immensi per l'umanità, e che allo stesso tempo soddisfa gli interessi degli utilizzatori senza recare pregiudizio ai titolari. Questo potrebbe essere un caso molto rilevante in cui, la valorizzazione del requisito che è oggetto di questa trattazione, conduce a delimitare i confini dell'esclusiva in modo da ottenere la massima soddisfazione possibile dei contrapposti interessi,

183 COSTANTINO, *Fairly used: why Google project should prevail under fair use defense*, in *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal* 2006, 236 ss.; BAND, *The long and winding road to the Google books settlement*, in *The John Marshall law school review of intellectual property* 2009, 227 ss.; HARY, *Is scanning books really fair use: the next chapter in the Google books litigation*, in *Charlotte law review* 2015, 112 ss..

quello del titolare, quello dell'utilizzatore e quello della collettività. Da qui, la scelta di inserirlo come breve parentesi nella trattazione.

6. Il carattere negativo dell'utilizzo economico

Per esaurire la trattazione del contenuto della clausola generale di utilizzazione economica, occorre soffermarsi, molto brevemente, su un ultimo dettaglio. In particolare, andrebbe adesso chiarito che questa clausola generale viene adoperata dal legislatore per delimitare la sfera dell'esclusiva autorale in negativo, e non invece in positivo. Di seguito, viene spiegato meglio cosa si intende per delimitazione in negativo[184].

Secondo la tesi oggi domante, il diritto esclusivo ha contenuto solo negativo, e cioè attribuisce all'autore il potere di impedire ai terzi lo svolgimento delle attività riservate, e non invece positivo, e cioè non attribuisce all'autore anche il potere di svolgere tali attività. Invece, quest'ultimo potere discenderebbe direttamente dal diritto di libertà di iniziativa economica sancito a livello costituzionale nell'ordinamento europeo all'articolo 16 della Carta europea dei diritti dell'uomo[185], ed a livello costituzionale nell'ordinamento interno all'articolo 41 della Costituzione.

Questa impostazione va preferita a quella secondo cui, invece, il diritto esclusivo avrebbe contenuto anche positivo. Ciò, in base ad una serie di ragioni, di seguito indicate: (i) la configurazione in termini solo

184 Per una approfondita analisi della questione, si rinvia a ROVATI, *Comunicazione al pubblico, Tesi di dottorato del XXVI ciclo all'Università degli Studi di Pavia*, Pavia, 2008, 29 ss. e soprattutto a BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 303 ss..

185 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza, il 7 dicembre 2000.

negativi è maggiormente coerente con i principi di libertà di iniziativa economica e libertà di concorrenza che caratterizzano le moderne economie di mercato, e dai quali discende che, di regola, ogni attività economica è libera e può essere svolta da chiunque[186], (ii) ed è pure maggiormente coerente con il principio del diritto di autore secondo cui sono oggetto di protezione anche le opere illecite[187], (iii) e, comunque, si adatta perfettamente alla struttura dei beni immateriali, in quanto, da essi, si possono trarre utilità anche solo attraverso l'impedimento ad altri del loro godimento, senza necessità di goderne direttamente[188].

7. L'applicazione sul piano processuale delle diverse concezioni di utilizzo economico

Una volta esaurita la trattazione del contenuto della clausola generale di utilizzazione economica, occorre adesso soffermarsi sulla sua operatività in sede processuale. In altre parole, occorre analizzare come le concezioni di utilizzo e di utilizzo economico entrano nel processo industriale e determinano i poteri processuali e gli oneri probatori delle parti del giudizio. In particolare, si potrebbero immaginare due distinte situazioni: l'ipotesi in cui il titolare agisca per contraffazione contro il consumatore o utente, e l'ipotesi in cui il consumatore o utente

186 Sul quadro esistente prima dell'affermazione delle economie di mercato, si veda in particolare UBERTAZZI, *Invenzione ed innovazione*, Giuffrè, Milano, 1978, 34 ss..

187 Sulla tutelabilità delle opere illecite, si veda in particolare UBERTAZZI, *Ancora sulla competenza in materia delle sezioni IP*, in *AIDA* 2005, 286 ss..

188 Sulla soddisfazione dell'interesse dell'autore mediante il semplice impedimento ad altri, si veda in particolare BERTANI, *Arbitrabilità delle controversie sul diritto di autore*, in *AIDA* 2006, 23 ss..

impossibilitato a fruire dell'opera agisca contro il titolare per consentirgli tale fruizione.

Nel processo industriale, il titolare dei diritti che agisce in contraffazione, in base alle regole generali sull'onere della prova, deve allegare e provare i fatti che costituiscono il fondamento del suo diritto e quindi il fatto della creazione dell'opera ed i requisiti di creatività e novità[189], anche se questo onere è normalmente assolto mediante la semplice produzione in giudizio dell'opera[190]. A questo punto, si arresta l'onere probatorio del titolare, e quindi spetterà al consumatore o all'utente convenuto, che ha svolto l'attività di fruizione della creazione, allegare il fatto che rende inefficace il diritto altrui, e cioè dimostrare che la fruizione contestata non costituisce utilizzo in senso tecnico oppure, in alternativa, manca del requisito della economicità. Di conseguenza, il concetto di utilizzo ed il requisito della economicità vengono introdotti nel giudizio di contraffazione dal convenuto per mezzo di eccezioni in senso tecnico, ed in particolare mediante l'allegazione di fatti che rendono

189 Sull'onere probatorio in generale si rinvia a TOMMASEO, *Sub art. 2697*, in *Commentario breve al codice civile*, in *Cian* e *Trabucchi*, Cedam, Padova, 2014, 3580 ss.. Sull'onere probatorio del titolare in contraffazione, si rinvia a ROVATI, *Sub art. 158*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012, 1875 ss. ed in giurisprudenza a Cass. 12 novembre 1994 n. 9529, in *AIDA* 1995, *303*; Cass. 16 gennaio 1999 n. 388, in *AIDA* 1999, *585*; App. Venezia 3 novembre 1994, in *AIDA* 1996, *380*; Trib. Milano 27 aprile 1998, in *AIDA* 1998, *567*; Trib. Roma 1 febbraio 2005, in *AIDA* 2006, *1081*; Trib. Bologna 4 luglio 2005, in *Dir. internet* 2006, 43 ss.; Trib. Bologna 17 gennaio 2006, in *AIDA* 2008, *1205*; Trib. Milano 6 agosto 2008, in *AIDA* 2009, *1300*; Pret. Torino 31 dicembre 1988, in *IDA* 1989, 200 ss..

190 Su questo profilo, Cass. 15 giugno 2015 n. 12314, in *Rep. di AIDA* 2015, *II.13*; contra vedi però Trib. Milano 4 febbraio 2015, in *AIDA* 2016, *1743*, secondo cui l'attore deve argomentare almeno sull'esistenza del carattere creativo, e in particolare deve indicare specificamente i tratti dell'opera da cui si evince il suo apporto personale.

inefficace il diritto azionato in giudizio, con conseguente onere probatorio interamente in capo al convenuto medesimo[191].

Mentre la prima ipotesi non crea problemi particolari, la seconda è molto più controversa. In effetti, la questione diventa alquanto problematica quando si immagina la possibilità che il consumatore o utente intenda svolgere una certa attività di mero godimento, o utilizzo esclusivamente personale, o comunque aneconomica, e questa gli sia impedita in qualche modo dal titolare. Un tema analogo è stato esaminato dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alla natura giuridica delle eccezioni e limitazioni ed alle conseguenze di questa qualificazione sul piano processuale, ed, a bene vedere, quelle elaborazioni possono essere trasposte sul piano che qui interessa senza troppe difficoltà. Infatti, la situazione in cui si trova l'utilizzatore cui sia impedito di svolgere una libera utilizzazione con l'opera, sembra perfettamente sovrapponibile a quella dell'utilizzatore cui sia impedito di svolgere una utilizzazione aneconomica. Di seguito, si effettua tale trasposizione sul piano che qui interessa. (i) Secondo l'orientamento minoritario, l'assenza dei caratteri, che rendono una certa attività di fruizione qualificabile in termini di utilizzo economico, attribuirebbe all'utilizzatore un vero e proprio diritto soggettivo a svolgere questa attività, anche in assenza dell'autorizzazione del titolare. (ii) Invece, secondo l'orientamento largamente maggioritario, la loro assenza, si limiterebbe a rendere lecito il compimento di una certa attività da parte dell'utilizzatore, che altrimenti costituirebbe contraffazione, ma non gli garantirebbe un diritto soggettivo. L'adesione all'una o all'altra posizione incide in maniera determinante sulla tutela giurisdizionale dell'interesse dell'utilizzatore allo svolgimento dell'attività

191 Sull'eccezione in senso stretto in generale, si rinvia a ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in *Quaderni del CSM numero 92*, CSM , Roma, 1995, 2 ss..

aneconomica. (i) In base alla tesi che riconosce la natura di diritto soggettivo, l'utilizzatore avrebbe il potere di agire in giudizio per domandare ad un giudice l'emissione di un provvedimento giurisdizionale che soddisfi il suo interesse interamente in tutte le situazioni in cui non vi riesce autonomamente per qualsiasi ragione, ed in particolare quando ciò non sia possibile per una ragione fisica, essendo apposta una misura tecnologica di protezione sull'opera, o per una ragione giuridica, essendo vietata dalle condizioni contrattuali in base alle quali avviene l'accesso all'opera. Si può agevolmente comprendere che una tale posizione avrebbe come corollario, da un lato, l'obbligo del titolare di rimuovere le misure tecnologiche di protezione quando impediscano l'utilizzo aneconomico, e, dall'altro lato, la nullità delle condizioni contrattuali che lo vietino. (ii) Il diniego della natura di diritto soggettivo, invece, relegherebbe l'eccezione in esame ad una funzione meramente processuale di difesa contro il titolare che agisce in contraffazione. Pertanto, se l'utilizzatore non riuscisse da solo a svolgere l'attività, il suo interesse dovrebbe essere sostanzialmente sacrificato. Come dire che, sul piano sostanziale, lo svolgimento dell'attività aneconomica sarebbe permesso, fintanto che si riesca fisicamente e fattualmente a compierlo, ma, se altri lo ostacolassero, non sarebbe possibile domandare tutela in giudizio e l'interesse dell'utilizzatore allo svolgimento dell'attività, pur giuridicamente protetto, andrebbe sacrificato[192].

192 Il dibattito sul riconoscimento della natura di diritto soggettivo è estremamente vivace. Una approfondita analisi è contenuta in OTTOLIA, *Preserving user's rights in DRM*, in *International review of intellectual property and competition law* 2004, 491 ss.. Per un esame del rapporto tra libere utilizzazioni e misure tecnologiche di protezione, si veda MARZANO, *Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità online: il diritto di autore risponde alle sfide di internet*, in *IDA* 1998, 149 ss.; ORLANDI, Disciplina della *riproduzione e dispositivi anticopia*, in *AIDA* 1999, 82 ss.; DE SANCTIS, *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni*, in *IDA* 2003, 1 ss..

Si può bene immaginare che una questione di questa rilevanza sia stata oggetto di esame in dottrina e giurisprudenza. Sul punto, le principali ricostruzioni dottrinali sono coese nell'aderire alla prima tesi, e quindi a negare la natura di diritto soggettivo[193]. Sulla stessa posizione è anche la giurisprudenza. Sebbene la Corte di Giustizia dell'Unione Europea non abbia dato risposte definitive sulla questione, le giurisprudenze dei diversi Stati membri sono state nette nello schierarsi fermamente contro il riconoscimento della natura di diritto soggettivo all'interesse dell'utilizzatore allo svolgimento dell'attività aneconomica. Le principali decisioni sul tema hanno in particolare interessato il Belgio nel 2004, con il caso *Test achats*[194], e la Francia nel 2006, con il caso *Mulholland drive*[195]. In entrambi i casi, l'utilizzatore aveva chiesto al giudice di consentire l'effettuazione di una tipica attività aneconomica, e cioè di una riproduzione privata di un'opera protetta da misura tecnologica di protezione, ed in entrambi i casi la domanda era stata rigettata. I giudici belgi e francesi hanno, in particolare, espressamente motivato le loro decisioni affermando che l'interesse dell'utilizzatore

193 Sulla questione della natura in particolare, si veda MAZZIOTTI, *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario*, in *IDA* 2004, 175 ss.; CASO, *Digital rights managements*, Cedam, Padova, 2004, 166 ss.; SPOLIDORO, *Le eccezioni e limitazioni*, in *AIDA* 2007, 205 ss..

194 Tribunale di prima istanza di Brussels, 27 aprile 2004. Per un esame approfondito, si rinvia a KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 151 ss..

195 Tribunale di grande istanza di Parigi, 30 aprile 2004, in *International review of intellectual property and competition law* 2005, 148 ss.; Corte di appello Parigi 22 aprile 2005, in *International review of intellectual property and competition law* 2008, 360 ss.; Corte di Cassazione francese, 28 febbraio 2006, in *Revue internationale du droit d'auteur* 2008, 298 ss.. Per un esame approfondito, si rinvia a KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 151 ss..

protetto dall'eccezione di copia privata non ha il rango di diritto soggettivo, e pertanto non può costituire fondamento legale per pretese in via di azione, ed invece esso può solo servire ad escludere l'antigiuridicità della posizione dell'utilizzatore convenuto in giudizio per contraffazione dal titolare.

Di recente, alcune elaborazioni dottrinali particolarmente originali hanno cercato di portare argomenti persuasivi a sostegno dell'orientamento del diritto soggettivo. (i) Una lettura originale propone di valorizzare alcune posizioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea su temi inerenti ancora l'eccezione di copia privata e l'equa compensazione[196], in particolare le posizioni assunte nella celebre sentenza *Padawan* contro *Sgae* del 2008[197]. In questa pronuncia, la Corte di Giustizia arriva a svolgere alcune riflessioni che fanno pensare che l'eccezione di copia privata accordi una protezione piena all'interesse dell'utilizzatore anche in via di azione. (i a) Il giudice di Lussemburgo connette l'entità della equa remunerazione che deve essere riconosciuta ai titolari dei diritti con l'entità del danno che può derivare dalle utilizzazioni, (i b) e vieta l'imposizione indiscriminata di queste, richiedendo invece che il supporto sia effettivamente utilizzabile per l'effettuazione della copia privata, (i c) ed inoltre consente che il produttore e distributore scarichino il costo sull'utilizzatore finale. Queste tre riflessioni vanno messe in correlazione con un'ultima e più importante, ed in particolare (i d) il giudice afferma che gli utilizzatori dovrebbero potere utilizzare pienamente i supporti e trarre il massimo vantaggio da essi. Dall'insieme di questi ragionamenti, sembrerebbe discendere

196 La tesi di seguito esposta è di KARAPAPA, *Padawan versus Sgae: a right to private copy*, in *EIPR* 2011, 252 ss..

197 Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, C-467/08, in *AIDA* 2011, *1386*.

l'adesione al primo orientamento anziché al secondo. (ii) Altra lettura originale, sempre in tema di copia privata, propone di distinguere tra le diverse attività di riproduzione privata in base alla loro corrispondenza ad un diritto fondamentale della persona umana[198]. Secondo questa tesi, alcune di queste attività costituiscono esercizio di diritti fondamentali in quanto finalizzate alla soddisfazione di interessi loro riconducibili. In alcune situazioni, è possibile che la moltiplicazione in copia avvenga per apportare al consumatore o utente alcune utilità che discendono dalla libertà di espressione, dalla libertà di informazione e dalla libertà dell'insegnamento e della ricerca. Almeno in tutti questo casi, dovrebbe essere consentito all'utilizzatore la facoltà di tutelarsi anche in via di azione, oltre che in via di eccezione.

Detto questo, al fine di completare il quadro, va fatta adesso una breve menzione del particolare meccanismo che la Direttiva infosoc[199] e la l.a. hanno previsto per assicurare una parziale soddisfazione dell'interesse dell'utilizzatore quando sull'esemplare sia apposta una misura tecnologica di protezione che gli impedisca di effettuare la più tipica attività aneconomica, e cioè la riproduzione privata ad uso personale[200]. A questo proposito, la Direttiva infosoc prevede all'articolo 6

198 La tesi di seguito esposta è di GEIGER, *The answer to the machine should not be the machine*, in *EIPR* 2008, 124 ss..

199 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

200 Per cenni sul meccanismo, ed altri spunti sui temi qui esaminati, FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione ed informazioni sul regime dei diritti*, in *AIDA* 2002, 280 ss.; SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 595 ss.; CASELLATI, *Protezione legale delle misure tecnologiche di protezione ed usi legittimi: l'articolo 6.4 della direttiva e sua attuazione in Italia*, in *IDA* 2003, 360 ss.; AREZZO, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità nell'era digitale*, in *IDA* 2008, 340 ss.; BONELLI, *Misure tecnologiche di protezione*

che gli Stati membri possano istituire meccanismi che consentano ai beneficiari dell'eccezione di copia privata di fruirne anche quando sull'opera sia apposta una misura tecnologica di protezione. La l.a. ha deciso di attuare questa facoltà e, quindi, prevede espressamente che i titolari che abbiano apposto misure tecnologiche di protezione debbano consentire agli acquirenti degli esemplari di realizzare almeno una copia, anche solo analogica, per uso personale. Pertanto, seppure in presenza di impedimenti alla copia non è previsto un diritto soggettivo del consumatore o utente ad esigerne la rimozione, comunque è istituito un meccanismo per garantire una qualche soddisfazione di questo interesse. In base a questo meccanismo, l'utilizzatore può ottenere la copia dell'esemplare acquistato, e tuttavia per farlo: (i) deve rivolgersi al titolare dei diritti, e (ii) questi su richiesta è tenuto solo a fornirgli una copia analogica, e (iii) comunque in una quantità singola. Questo meccanismo appare particolarmente complesso. Infatti, nella pratica, allo stato attuale, non funziona. Ad oggi, non esistono misure tecnologiche di protezione che consentano di realizzare, da un esemplare digitale, una singola copia analogica. Le misure tecnologiche di protezione esistenti bloccano completamente la copia, e null'altro. Come è facile immaginare, in questa situazione, a fronte di richieste degli utilizzatori di estrarre copia di opere digitali, i giudici tendono normalmente a limitarsi a rigettare le domande sul presupposto che l'interesse all'effettività della privativa garantito dalla protezione delle misure di protezione prevalga sul contrapposto interesse dell'utilizzatore a godere in privato dell'esemplare. In assenza di tecnologie che consentano di conciliare i contrapposti interessi, quello recessivo viene semplicemente cancellato da quello prevalente[201]. Ad ogni modo, l'esistenza sulla carta di questi meccanismi fa immaginare

e copia privata, in *IDI* 2010, 183 ss..

che l'interesse dell'utilizzatore, seppure non protetto come diritto soggettivo e negato nella pratica, non sia nemmeno un mero fatto costituente eccezione in senso stretto in sede processuale. Anche se non sembra assicurata la soddisfazione dell'interesse mediante l'esercizio della giurisdizione, ciononostante esiste un meccanismo, sebbene non funzionante, che dovrebbe assicurarne una parziale soddisfazione in alcuni casi. Pertanto, si tratterebbe di qualcosa di più di una eccezione processuale, e qualcosa di meno di un diritto soggettivo.

8. Conclusioni

Negli ultimi decenni, con l'avvento della società dell'informazione, e con l'avanzamento del processo di integrazione europeo, si è assistito ad un progressivo rafforzamento dell'ideologia giusnaturalista e proprietaria, che da sempre costituisce il fondamento ideologico nella spiegazione della privativa nei moderni sistemi di diritto di autore. Come è facile immaginare, questa tendenza alla *proprietizzazione* dell'esclusiva ed alla reificazione della risorsa protetta ha condotto all'affermazione dell'approccio interpretativo ad essa connaturato nella risoluzione delle questioni aperte in materia di diritto di autore. Dell'ideologia giusnaturalista e proprietaria, delle sue origini, del suo rafforzamento, e delle caratteristiche dell'approccio interpretativo ad essa connaturato, si è già detto nella prima parte di questo lavoro.

---

201 Si veda a questo proposito Trib. Milano 16 luglio 2008, in *AIDA* 2009, *1299*; Trib. Milano 18 dicembre 2008, in *AIDA* 2010, *1349* e Trib. Milano 1 luglio 2009, in *AIDA* 2010, *1360.* Invece, sostiene che la copia privata sia esercitabile anche in presenza di misure tecnologiche di protezione che la impediscano Trib. Milano 14 febbraio 2011, in *AIDA* 2011, *1450* e Trib. Milano 8 marzo 2012, in *AIDA* 2013, *1552*.

L'approccio interpretativo, di cui si è discorso nella prima parte di questo lavoro, rappresenta la chiave di volta nella spiegazione del consenso generalizzato che circonda la prima delle tre concezioni di utilizzo economico, di cui si è invece trattato nella seconda parte di questo lavoro. Come riferito ampiamente, nella dottrina e nella giurisprudenza dominanti, è considerato quasi naturale ed indiscutibile che ogni possibile profitto conseguibile dall'utilizzazione dell'opera sia appropriato al titolare, e che ogni consociato sia gravato dal dovere di astenersi da qualsiasi comportamento possa ridurre potenzialmente tale profitto. Come riferito, è opinione diffusa che il requisito dell'economicità sia privo di valenza normativa, e quindi inidoneo ad escludere forme di utilizzazione dal contenuto del diritto esclusivo. Nel pensiero dominante, l'esclusiva si estende a qualsiasi utilizzazione che presenti le caratteristiche tecniche di una riproduzione, distribuzione, noleggio e prestito e comunicazione al pubblico, a prescindere da qualsivoglia altra valutazione. Di questa soluzione interpretativa, che risolve con evidente approccio giusnaturalista e proprietario la questione del contenuto della clausola generale di utilizzazione economica, si è già detto nella seconda parte di questo lavoro.

A bene vedere, però, una soluzione interpretativa diversa alla difficile questione del contenuto della clausola generale di utilizzazione economica appare essere possibile e ragionevole. Come emergerà meglio nella terza ed ultima parte di questo lavoro, l'adesione alla seconda o alla terza concezione di utilizzo economico appena riferite e la valorizzazione del requisito dell'economicità sembra essere una scelta opportuna per offrire al regime della principale delle utilizzazioni aneconomiche, e cioè dell'utilizzazione privata, una regolazione giusta ed equilibrata. In questo modo, le tre parti di questo lavoro sono tra di loro

interdipendenti. Dopo avere studiato l'approccio ideologico sulla base del quale sono state operate le scelte interpretative in ordine alla questione del contenuto della clausola generale di utilizzazione economica, nonché le ragioni ed i contenuti di tali scelte, si procede infine ad applicare gli esiti raggiunti all'utilizzazione privata. In questo senso, la comprensione del contenuto e della logica dell'utilizzazione economica riservata al titolare, che si è svolta finora, costituisce la base di teoria generale per la delineazione del regime dell'utilizzazione privata, che si svolgerà di seguito nell'ultima parte di questo lavoro.

Capitolo III: L'utilizzazione privata delle opere dell'ingegno

Indice del capitolo: **1. Premessa; 2. Il principio di libertà di utilizzazione privata nel diritto della proprietà intellettuale; 3. Il principio di libertà di utilizzazione privata nel diritto di autore; 4. Il principio di libertà di utilizzazione privata con riferimento alla facoltà di riproduzione; 5. Le ragioni giustificative del principio di libertà di riproduzione privata; 5.1. La funzione di assicurare un ragionevole potere di godimento all'utilizzatore e di accrescere il valore economico della privativa del titolare; (Segue). Lo sfruttamento delle potenzialità offerte dalle tecnologie digitali; 5.2. La funzione di garantire la riservatezza degli utilizzatori; (Segue). La riservatezza degli utilizzatori in ambiente digitale; 5.3. L'agevolazione dell'accesso all'informazione e la disseminazione delle creazioni; (Segue). L'accesso all'informazione e la disseminazione delle creazioni in ambiente digitale; 5.4. L'ineffettività dell'*enforcement*; (Segue). L'*enforcement* in ambiente digitale; 5.5. I costi di transazione ed il fallimento del mercato; (Segue). I costi di transazione in ambiente digitale; 6. L'estensione del principio di libertà di riproduzione privata; 6.1. La connessione soggettiva tra la persona che effettua la copia e la persona che ne fruisce; 6.2. Il numero di copie; 6.3. La natura del soggetto che effettua la copia; 6.4. La realizzazione diretta da parte del soggetto che effettua la copia; 6.5. La finalità non commerciale e non lucrativa del soggetto che effettua la copia; 6.6. La liceità dell'originale ed il titolo su di esso; 6.7. Il pagamento di un compenso; 7. Conclusioni.**

1. Premessa

L'ultima parte di questo lavoro è interamente dedicata ad uno studio dell'utilizzazione privata dell'opera dell'ingegno. La questione presenta una importante rilevanza pratica, specialmente nella società dell'informazione. Negli ultimi decenni, i confini tra i poteri del titolare sulla risorsa protetta ed i poteri del consumatore ed utente sull'esemplare si sono progressivamente sfocati, e pertanto appare particolarmente importante svolgere un'indagine sullo stato di questa situazione. In altri termini, appare importante svolgere una riflessione sul rapporto tra il diritto reale sull'esemplare ed il diritto di proprietà intellettuale sulla risorsa. Questo è il tema che si affronta di seguito.

Nella esperienza di tutti i giorni, le persone acquistano libri, musica e film, anche in formato digitale. Normalmente il consumatore e l'utente che procede all'acquisto di contenuti digitali ha delle esigenze di fruizione dell'esemplare che vanno aldilà del mero godimento e del godimento personale, ed in particolare potrebbe essergli necessaria l'effettuazione di copie per una maggiore comodità di fruizione. La persona che acquista i contenuti digitali e li custodisce sulla memoria del suo computer ha normalmente l'esigenza di effettuare *backup* periodici per prevenire il rischio di perdita di dati, e quindi ha bisogno di realizzare copie nella sfera personale per garantire la loro sicurezza (*backup copies*). Oppure, questa persona ha l'esigenza di trasferire i file su un *device* diverso da quello su cui li ha scaricati per una migliore visualizzazione, e, specialmente, le occorre trasferire dal computer all'*erader* il suo libro, all'*ipod* la sua musica ed alla *smart tv* il suo film, e, quindi, ha bisogno di realizzare copie nella sfera personale (*format shifting*). Oppure, questa persona ha l'esigenza di registrare un episodio della sua serie tv o una trasmissione di particolare interesse quando, a causa di un impegno, non può

visionarle in diretta, ed ancora ha bisogno di realizzare copie nella sfera personale (*time shifting*). In tutti questi casi, l'acquisto di esemplari multipli non potrebbe normalmente avvenire. Infatti, il consumatore medio non è disposto a pagare l'intero prezzo di un esemplare ulteriore al solo fine di ottenere un mero aumento di comodità nella fruizione. Piuttosto, almeno nella generalità dei casi, si asterrebbe dal realizzare la copia e si accontenterebbe di un minore livello di comodità nella fruizione del suo esemplare.

Nella esperienza di tutti i giorni, la persona che acquista libri, musica e film ha anche l'esigenza di mettere i contenuti acquistati a disposizione di una cerchia di persone a lei vicina, ed, anche in questo caso, potrebbe essere necessario effettuare copie nella sfera privata. Talvolta, la realizzazione della copia potrebbe essere opportuna per la soddisfazione delle stesse esigenze di fruizione cui l'acquisto è diretto. Il padre, che condivide i gusti musicali del figlio, vorrebbe acquistare un unico cd del loro cantante preferito, e non invece due distinti. Allo stesso modo, due amici molto vicini, che condividono i medesimi gusti cinematografici, potrebbero volere acquistare un unico dvd, e duplicarlo. Oppure, due ricercatori, che lavorano sullo stesso progetto contemporaneamente, vorrebbero acquistare un unico esemplare delle fonti che gli occorrono, senza però rinunciare ad averne entrambi la disponibilità nello stesso momento. Per la soddisfazione delle esigenze di questi utilizzatori, occorrerebbe l'acquisto di esemplari multipli. Tuttavia, è bene possibile che questi non siano disposti ad acquistare più di un esemplare, e pertanto si astengano dall'acquisto. Così, nessun esemplare verrebbe acquistato.

Nella esperienza quotidiana, capita, anche molto spesso, che le persone effettuino copie di esemplari che non hanno acquistato, ma cui hanno

comunque accesso legittimamente. Si immagini il visitatore di una biblioteca, il quale prenda nota dei libri che consulta, e, talvolta, scatti delle fotografie di pagine rilevanti, e magari successivamente le invii ad un amico che stia svolgendo studi analoghi. Oppure, si immagini il visitatore di un museo che fotografi un dipinto per custodire lo scatto nel suo album di famiglia, oppure per inviarlo via email ad un amico. Anche in tutti questi casi, è possibile che questi utilizzatori rinuncino semplicemente al godimento della creazione piuttosto che ad acquistare l'esemplare addizionale.

Finora, si è voluto dare un'idea generale di quanto le utilizzazioni private delle opere dell'ingegno siano diffuse nella vita delle persone, e di quale sia la loro importanza nella comodità di fruizione e nella disseminazione delle opere. Eppure, la loro regolazione giuridica è oggettivamente incerta, e la consapevolezza di questa regolazione è del tutto assente nei consociati. Da un lato, non è chiaro agli stessi operatori giuridici quanta parte delle attività appena descritte sia lecita ed in che misura lo sia, dall'altro lato, molti consumatori ed utenti si aspettano di potere svolgere liberamente queste attività, e neppure si pongono il problema della loro liceità. In questo lavoro, si vuole dare un contributo alla definizione dei confini della sfera privata. L'idea da cui si parte è che esista ancora oggi uno spazio per la libertà di utilizzo in ambito privato, anche nella società dell'informazione. Tuttavia, questo spazio andrebbe ridefinito rispetto al passato, e questa operazione richiederebbe molta cautela. Una eventuale definizione incauta, che si spinga a delineare una ampiezza eccessiva della sfera del libero utilizzo privato, potrebbe recare un pregiudizio irragionevole agli interessi del titolare, e pertanto scatenare una reazione avversa nella pratica del diritto che porterebbe alla sua definitiva cancellazione. Una eventuale definizione, che non lasci

sufficienti spazi di libertà per gli utilizzatori finali, potrebbe non risolvere le problematiche sottese al regime attuale, ed in particolare non incidere sul sentimento di insofferenza dei consociati verso le restrizioni al godimento invasive della loro sfera privata. In questo lavoro, si intende offrire una definizione cauta, che realizzi un bilanciamento equilibrato dei contrapposti interessi, e pertanto possa essere accolta, senza cambiamenti radicali, nell'impostazione concettuale degli operatori giuridici[202].

2. Il principio di libertà di utilizzazione privata nel diritto della proprietà intellettuale

Il diritto della proprietà intellettuale è stato, sin dalla sua nascita, caratterizzato da un principio generale secondo cui l'esclusiva del titolare si limita allo sfruttamento imprenditoriale della risorsa protetta in una attività economica, e quindi i divieti di utilizzazione che ne derivano si indirizzano agli imprenditori concorrenti. Invece, questa esclusiva non si estende alla sfera privata, e cioè all'utilizzazione della risorsa operata da persone fisiche, in maniera non sistematica ed abituale, ed al di fuori di attività economiche. Pertanto, non si è mai dubitato che ciascun

202 A questo proposito, è interessante notare che il legislatore ha risolto uno dei profili su cui si riflette nel prosieguo della trattazione, e cioè quello delle copie *backup*, almeno con rifermento al software. In particolare, il legislatore ha previsto che è libera l'effettuazione di una copia di riserva, a condizione che essa sia necessaria per l'utilizzo del programma da parte dell'utente legittimo. A bene vedere, si tratta di una copia *backup* non suscettibile di utilizzazione autonoma, e quindi inidonea a fare qualsiasi forma di concorrenza al titolare, ed a recargli pregiudizio in qualsiasi modo. Sul punto, si veda Pret. Bologna 25 maggio 1998, in *Rep. di AIDA* 1998, *I.14.6*. La previsione è posta dal legislatore europeo nella Direttiva 24/2009, sulla protezione del software, all'articolo 5, ed implementata dal legislatore italiano nella l.a. all'articolo 64 ter.

consociato, al di fuori di una attività economica esercitata professionalmente, potesse, nella propria cerchia privata, riprodurre o comunicare un'opera dell'ingegno, o attuare un'invenzione, o apporre un segno distintivo, in assenza di una successiva commercializzazione del bene sul mercato. Questo principio è sempre stato valido nel diritto dei brevetti e nel diritto dei marchi, e lo è tuttora. Nel diritto di autore, invece, la situazione è più complessa. Come efficacemente rilevato in dottrina: *"Intellectual property law developed principally in the context of conflicts between business competitors. Courts and congress, historically, faced a choice between rightholders who created, or acquired, valuable properties and free riders competitors seeking to take commercial advantage of the properties without paying. They rarely decided cases or formulated legislations with individual non commercial users in mind"*[203]. Di seguito, si esamina sommariamente la situazione in relazione ai brevetti ed ai marchi. In questi ambiti, la regolazione dell'utilizzazione privata non presenta questioni controverse, e discende in maniera piana dal dettato normativo e da alcune considerazioni sistematiche.

In materia brevettuale, all'articolo 68 comma 1 lettera a del c.p.i.[204], è espressamente sancito che il diritto di brevetto non si estende agli atti compiuti in ambito privato e a fini non commerciali. Come già accennato prima, la norma è stata introdotta con la novellazione cui alla Legge 388/1979[205], ed interveniva a superare il dibattito dottrinale che sul punto

203 TUSSEY, *From fan sites to file sharing: personal use in cyberspace*, in *Georgia law review* 2001, 1155.

204 Legge 10 febbraio 2005 numero 30, codice della proprietà industriale.

205 Legge 22 giugno 1979 numero 338, sulla revisione della legislazione nazionale in materia brevettuale.

contrapponeva tesi diverse[206]. Con questo intervento normativo, la questione veniva risolta definitivamente nel senso della piena libertà della sfera privata[207]. Tra l'altro, conviene anche ricordare che, tale soluzione corrisponde a quanto previsto dalla Convenzione di Lussemburgo sul brevetto europeo[208] all'articolo 26, ed anzi è stata adottata dal legislatore italiano al fine di adeguare la legge brevettuale interna alla convenzione. Come noto, tale convenzione, pur non essendo mai entrata in vigore, ha dato impulso ad una forte azione armonizzatrice delle discipline nazionali in materia, e pertanto la soluzione in esame è oggi condivisa dalla legislazione brevettuale di diversi Stati europei[209].

In materia di segni distintivi, come già accennato, l'articolo 20 c.p.i. prevede espressamente che il diritto esclusivo di marchio si limita all'utilizzo del segno in una attività economica. In questo senso, è la disposizione stessa che letteralmente esclude il controllo del titolare nella sfera privata. Ad ogni modo, aldilà del dato letterale, va rilevato anche un importante dato sistematico. In particolare, nessuna delle funzioni del marchio potrebbe subire una lesione da una semplice alterazione del

---

206 Erano a favore dell'estensione della privativa brevettuale all'utilizzazione privata FRANZOSI, *L'invenzione*, Giuffrè, Milano, 1965, 278 ss.; GRECO e VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1969, 198 ss.; AULETTA e MANGINI, *Invenzioni industriali*, in SCIALOJA e BRANCA, *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1987, 8 ss.. Era, invece, contrario a questa estensione ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 632 ss..

207 FLORIDIA, *Il diritto di brevetto*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 236 ss..

208 Convenzione di Lussemburgo, conclusa in Lussemburgo, il 15 dicembre 1975.

209 BRICENO, *Le limitazioni del diritto di brevetto*, in SCUFFI e FRANZOSI, *Diritto industriale italiano*, Cedam, Padova, 2014, 682 ss..

prodotto o del segno da parte dell'utilizzatore finale nella sfera privata, o dalla sua apposizione su cose che gli appartengono in assenza dell'offerta sul mercato del prodotto o del servizio. Infatti, né la funzione di indicazione di origine o provenienza del prodotto da una certa fonte imprenditoriale, né la funzione di costanza qualitativa del prodotto nel tempo, né la funzione promozionale, potrebbero essere pregiudicate in assenza di un contatto tra il prodotto ed il pubblico. In effetti, tutte queste funzioni richiedono che il prodotto sia immesso in circolazione ed entri in contatto con il pubblico dei consumatori. In altri termini, posto che il diritto sul segno non assicura il controllo sul segno in sé, bensì il controllo del significato che il segno assume presso il pubblico dei consumatori, allora questo controllo è limitato allo sfruttamento del segno che richiama o condiziona questo significato. Evidentemente, l'utilizzazione privata, avvenendo in assenza di un pubblico, è radicalmente inidonea ad evocare o incidere su tale significato[210].

Queste notazioni sommarie sui brevetti e sui marchi valgono a ribadire che, sin dalle primi atti e patenti che assicuravano l'esclusiva sull'attuazione di una invenzione o su un segno distintivo in epoca rinascimentale, e fino ai moderni diritti di privativa industriale sorti nel corso del XVIII secolo, il controllo del titolare si è sempre mantenuto all'esterno della sfera privata. In sostanza, ciascun consociato poteva, e può tuttora, attuare un'invenzione o apporre un segno distintivo al di fuori di una attività economica esercitata professionalmente, ed in assenza di contatto con il pubblico dei consumatori e degli utenti. Questo comportamento non ha mai costituito, e non costituisce, violazione della privativa industriale sulla risorsa.

210 RICOLFI, *I segni distintivi*, Giappichelli, Torino, 1999, 142 ss..

3. Il principio di libertà di utilizzazione privata nel diritto di autore

Il principio della libertà di utilizzazione privata è sempre stato valido anche nel diritto di autore, almeno fino all'avvento della società dell'informazione. Non diversamente dal diritto di brevetto e dal diritto di marchio, si riteneva, almeno generalmente, che il controllo dell'autore si limitasse all'utilizzazione dell'opera in una attività economica esercitata professionalmente, e che di conseguenza ogni utilizzazione privata fosse libera. Si è rilevato efficacemente in dottrina che: *"An action against non commercial individual access to, or consumption of a work, constitutes a revolution in copyright law, which traditionally covers acts related to commercial exploitation performed by potential competitors rather than acts carried out by individual end users"*, e quindi non è affatto naturale il contrario, come invece si è portati a pensare nella mentalità moderna e con le concezioni moderne[211].

Nel sistema dei privilegi, come già posto in evidenza prima, il diritto esclusivo che veniva costituito dal provvedimento in capo al suo destinatario aveva una natura di monopolio, e pertanto assicurava l'esclusiva solo ed unicamente nei rapporti con altri soggetti economici che offrissero sul mercato beni o servizi simili. Pertanto, con la concessione dei privilegi, l'autorità pubblica regolava la concorrenza tra gli imprenditori dell'industria culturale del tempo. Con il privilegio di stampa riservava all'editore l'esclusiva nella attività di riproduzione e distribuzione di un'opera letteraria nei rapporti con gli altri editori, e con il privilegio teatrale riservava all'impresario l'esclusiva nella attività di rappresentazione di un'opera drammatica nei rapporti con gli altri impresari. In sostanza, questa riserva serviva ad impedire che altri editori o impresari svolgessero la medesima attività ed offrissero i relativi beni e

211 KOELMAN, *A hard nut to crack*, in *EIPR* 2000, 276.

servizi sul mercato. Evidentemente, in questo sistema non si poneva questione in ordine al regime normativo dell'utilizzazione privata. Essa rimaneva all'esterno del frammento di realtà che il provvedimento dell'autorità prendeva in considerazione. Il provvedimento costituiva un diritto che, per la sua stessa natura e le sue stesse caratteristiche, si limitava all'utilizzazione economica e non poteva spingersi invece nella sfera privata[212].

Nel passaggio al moderno sistema di diritto di autore, la situazione rimane sostanzialmente immutata sotto questo profilo. Il fenomeno della utilizzazione privata non è stato neppure preso in considerazione dalla prima legge di autore italiana del 1865[213], e neppure dalla seconda legge di autore italiana del 1921[214]. Invece, nella terza legge di autore italiana del 1941[215], è addirittura comparsa una libera utilizzazione che liberalizza espressamente la riproduzione fatta con mezzi inidonei allo spaccio o alla diffusione tra il pubblico. Questo fenomeno non è preso in considerazione neppure nelle trattazioni sul diritto di autore che si collocano nel XIX e nella prima metà del XX secolo, le quali, nei rari casi in cui ne trattano, almeno generalmente, si limitano a ribadire in poche righe la sua liceità, senza troppe argomentazioni a supporto, come se fosse quasi scontata[216]. In sostanza, quando nasce il moderno sistema di diritto di autore, la sfera privata non riceve alcuna regolazione legislativa e non è

212 FRANCESCHELLI, *Le origini e lo svolgimento del diritto industriale nei primi secoli dell'arte della stampa*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 151 ss. e FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, 274 SS..

213 Legge del 25 giugno 1865 numero 2337, sul diritto di autore.

214 Legge del 7 novembre 1925 numero 1950, sul diritto di autore.

215 Legge del 22 aprile 1941 numero 633, sul diritto di autore.

interessata da alcun dibattito dottrinale. Questa assenza di considerazione costituisce un indizio del permanere della situazione precedente, dove, come si è accennato, la sfera privata era interamente libera. O almeno, in assenza di una diversa disciplina normativa e di un effettivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non vi è ragione di ritenere che si sia verificato un capovolgimento del principio tradizionale della libertà di utilizzazione privata.

Ad ogni modo, vi sono due ragioni molto eloquenti a sostegno della conservazione del principio della libertà di utilizzazione privata, almeno fino all'avvento della società dell'informazione. Cioè, per le ragioni che si andranno adesso ad illustrare, la questione della regolazione giuridica

216 A favore della libertà di utilizzazione privata, si vedano, in una prospettiva molto risalente, AMAR, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno*, Bocca, Torino, 1874, 122 ss.; ROSMINI, *Diritti di autore sulle opere dell'ingegno*, Società libraria, Milano, 1896, nota 238 e 284 e STOLFI, *Il diritto di autore*, Società editrice libraria, Milano 1932, 445 ss.. Contra però, nello stesso periodo, PIOLA CASELLI, *Su di un preteso requisito di pubblicità nella contraffazione di opera letteraria*, in *Foro it.* 1914, 1017 ss. e PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, in BRUGI, *Il diritto civile italiano*, Eugenio Marghieri, Napoli, 1927, 423 ss.. Molto più interessante è il dibattito a metà del secolo scorso, dove, sostenevano con convinzione che l'esclusiva non si estendesse alla sfera privata SORDELLI, *L'opera dell'ingegno: Interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora*, Giuffrè, Milano, 1954, 227 ss.; GUGLIELMETTI, *Apparecchi fonomagnetici e riproduzione per uso personale*, in *IDA* 1956, 490 ss.; MANGINI, *Riproduzioni fonomeccaniche e loro uso personale*, in *Riv. dir. civ.* 1961, 385 ss. e ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 741 ss.. Contra però FABIANI, *La nozione di uso personale nel diritto di autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, in *IDA* 1955, 189 ss.; GIANNINI, *Questioni e note sul diritto di autore*, in *Riv. dir. comm.* 1955, 278 ss. e COLLOVA, *Diritto di autore, diritti connessi ed utilizzazione a mezzo magnetofono di opere dell'ingegno*, in *IDA* 1965, 288 ss.. Per recenti riflessioni approfondite sull'estensione del controllo del titolare sulla risorsa, tra l'altro, sempre a favore di uno spazio per la libertà di utilizzazione privata, si confrontino le tesi di SARTI, *Copia privata e diritto di autore*, in *AIDA* 1992, 33 ss.; SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 362 ss. e BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non sanzionabile*, in *AIDA* 2000, 349 ss..

dell'utilizzazione privata, molto difficilmente, avrebbe potuto ricevere una risoluzione diversa rispetto alla piena libertà. Le due ragioni, sono qui di seguito indicate:

(i) La prima ragione è che il soggetto privo di un'organizzazione imprenditoriale non avrebbe potuto recare pregiudizio all'interesse del titolare a trarre profitto dall'utilizzazione dell'opera dell'ingegno. Nella sfera privata, l'utilizzatore avrebbe potuto solo realizzare copie o comunicazioni della creazione parziali, di bassa qualità e costose. Ogni copia o comunicazione avrebbe comportato, per lui, un dispendio di tempo, energie e danaro superiore al prezzo di mercato dell'esemplare, e comunque avrebbe condotto ad ottenere un esemplare di minore qualità rispetto a quello disponibile sul mercato. Evidentemente, il pregiudizio derivante da queste utilizzazioni, per il titolare, sarebbe stato *de minimis*. In presenza di un pregiudizio marginale, ogni forma di tutela giurisdizionale sarebbe stata assolutamente antieconomica.

(ii) La seconda ragione è che il controllo della sfera privata era infattibile per evidenti ragioni pratiche. Tale controllo, per essere effettivo in misura accettabile, avrebbe richiesto accertamenti di polizia e giurisdizionali massivi, con tutte le conseguenze che questi hanno sul piano dei costi per lo Stato e per il titolare, e con tutte le conseguenze che questi hanno in termini di violazione incisiva del diritto alla riservatezza dei consociati. Più precisamente, da una parte, i costi dell'accertamento e della repressione connessi agli esborsi monetari sarebbero stati superiori ai benefici derivanti dall'imposizione di un livello accettabile di effettività. Dall'altra parte, si sarebbe trattato di sacrificare un valore essenziale in una società democratica, quale la riservatezza, per una parziale soddisfazione di un mero interesse patrimoniale, quale il controllo della risorsa. Infatti, a bene vedere, l'accertamento e la repressione

dell'utilizzazione privata avrebbe richiesto l'acquisizione di prove che si formano e rimangono all'interno delle abitazioni private dei consociati, o che comunque si sostanziano in comunicazioni personali tra di loro. Pertanto, sarebbe stata necessaria la sistematica invasione, da parte dell'autorità pubblica, della libertà del domicilio e della segretezza della corrispondenza, al mero fine di preservare il valore patrimoniale cristallizzato nella risorsa protetta.

In questo contesto fenomenico, sarebbe stato arduo ipotizzare che l'esclusiva del titolare si estendesse alla sfera privata. Una tale posizione si sarebbe risolta, il più delle volte, in una mera dichiarazione di principio, totalmente priva di alcun riscontro sul piano fattuale, non essendo possibile un *enforcement* effettivo. Tra l'altro, una dichiarazione di principio asistematica, perché in contrasto con i principi in materia brevettuale e di segni distintivi, e per giunta inutile, in assenza di pregiudizi rilevanti per gli interessi dei titolari ed in assenza della concreta possibilità di ottenere guadagni addizionali[217].

Con l'avvento della società dell'informazione, e quindi delle tecnologie informatiche e telematiche, viene messa in dubbio la validità di questo principio, e quindi, per la prima volta, si inizia a concepire l'estensione del controllo da parte del titolare anche alla sfera privata. Nessun intervento normativo interviene ad effettuare questa estensione dell'esclusiva, il tutto avviene nei ragionamenti dei giuristi accademici e pratici. A partire da un certo momento, la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza disconosce implicitamente il principio tradizionale, ed estende il controllo del titolare alla sfera privata. E' essenziale adesso provare a comprendere le ragioni di questo mutamento radicale nel

217 Per riflessioni e spunti in proposito, si veda SPADA, *Creazione ed esclusiva trent'anni dopo*, in *Riv. dir. ind.* 1998, 643 ss..

sistema del diritto di autore, in particolare focalizzando l'attenzione sulle cause scatenanti del cambiamento repentino di impostazione concettuale da parte degli operatori giuridici ad ogni livello.

Per spiegare questo fenomeno, bisogna partire dalla tecnologia, e poi passare all'ideologia. Dapprima, è venuta la tecnologia, e quindi le macchine fotocopiatrici, i registratori di suoni ed immagini, il computer ed internet, i quali hanno cancellato le ragioni che sorreggevano la libertà nella sfera privata in ambito autorale. Poi, è venuta l'ideologia, e quindi l'affermazione della concezione giusnaturalista e proprietaria, la quale ha indotto una tendenza generale alla reificazione della creazione. Le cause che possono spiegarlo sono quindi riconducibili all'operare di questi due fattori concomitanti e sinergici:

(i) Come ben noto a tutti, le nuove tecnologie consentono ad ogni soggetto privato, anche privo di qualsiasi organizzazione e di qualsiasi mezzo, di recare un pregiudizio, anche molto profondo, all'interesse dell'autore a trarre profitto dall'utilizzazione dell'opera dell'ingegno. Ogni consumatore ed utente, con un computer ed una connessione ad internet, acquista delle capacità di copiatura e diffusione che, per dimensioni e qualità, sono comparabili a quelle dell'industria culturale di un tempo. L'utilizzatore privato, infatti, può realizzare un numero potenzialmente infinito di copie, senza costi, e queste copie possono essere assolutamente identiche all'originale. Inoltre, tali copie possono essere inviate a qualsiasi dispositivo connesso alla rete in tempo reale e senza spese. Si pensi a come avviene la riproduzione e distribuzione di un file contenente un libro, una musica o un film con un normale computer. Semplicemente, l'utente preme il tasto destro del mouse, e poi il tasto sinistro. Questo basta a riprodurre. Se poi vuole distribuire, può inviare una mail, masterizzare un cd o caricare su un supporto rimovibile.

Senza alcuno sforzo, senza costi, senza attese può così avvenire la realizzazione di infinite copie perfette.

Come è altresì ben noto a tutti, le nuove tecnologie consentono anche di controllare ogni utilizzazione dell'opera digitale. A questo fine, è sufficiente per il titolare apporre una misura tecnologica di protezione sull'esemplare. La misura tecnologica di protezione, infatti, consiste in un dispositivo o in un software in grado di imporre all'utilizzatore specifiche modalità di fruizione dell'esemplare, e soprattutto in grado di vietarne la copia. In questo modo, il titolare può assicurarsi che ciascun esemplare venga fruito secondo le modalità e con l'ampiezza che lui preferisce. In genere, il titolare adopera le misure tecnologiche di protezione per imporre che l'esemplare non venga copiato, per imporre che venga fruito solo su un certo dispositivo, e per imporre che venga fruito solo per un certo tempo limitato. Aldilà delle misure tecnologiche di protezione sull'esemplare, che operano in via preventiva impedendo la commissione dell'illecito, le nuove tecnologie consentono oggi perfino di tracciare ogni utilizzazione illecita dell'opera dell'ingegno dopo l'avvenuta consumazione del fatto, quando però tale utilizzazione avvenga online. Ciò avviene ad opera degli Internet service provider, di cui ciascun utente si avvale per l'accesso alla rete e per la trasmissione in rete dei contenuti. In particolare, l'Internet service provider che fornisce i servizi di accesso alla rete è perfettamente a conoscenza di ogni attività compiuta dagli utenti sui *devices* connessi alla rete online, e generalmente memorizza questi dati per un certo tempo. La condivisione di questo dato con il titolare dei diritti rende oggi fattibile la persecuzione delle eventuali utilizzazioni non autorizzate. Sintetizzando quanto detto finora sul punto, per mezzo delle nuove tecnologie, da un lato, il titolare diviene in grado di impedire a monte la realizzazione di copie e di ogni altra forma di utilizzazione

dell'esemplare, mediante le misure tecnologiche di protezione, e dall'altro lato, il titolare diviene in grado di accertare a valle le violazioni dagli utenti, attraverso la *disclosure* dei dati dei contraffattori con gli Internet service provider[218].

Per dare un'idea generica dei tempi in cui l'evoluzione tecnologica descritta si è verificata, si potrebbe prendere come riferimento il periodo a partire dagli anni '60 del secolo scorso. Negli anni '40 e '50, le prime tecnologie per la registrazione di suoni ed immagini erano eccessivamente costose ed inefficienti, e pertanto erano adoperate solo negli ambienti professionali. Solo dopo il '60, vedevano la luce i primi apparecchi per la registrazione di suoni e la cattura di immagini sufficientemente accurati ed economici e le prime fotocopiatrici. Solo dopo l'80, vedevano la luce i primi computer e le prime reti di trasmissione di dati a distanza. In sostanza, sono queste le tecnologie che consentivano, per la prima volta, la copia privata senza costi e perfetta. Queste tecnologie facevano il loro esordio nel dibattito scientifico all'inizio degli anni '70. L'origine del dibattito può essere fatto risalire alle prime discussioni interne alla WIPO sulla reprografia e sull'*home taping* ed ai primi commenti della Commissione europea[219]. Da quel momento, si

218 Sulla tematica della necessità di rivedere il contenuto del diritto in conseguenza dell'evoluzione tecnologica sono preziose le riflessioni di AUTERI, *Diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, 2012, 600 ss.. Molto interessante anche il ragionamento della Corte di Cassazione Tedesca nella sentenza GEMA pubblicata in *IDA* 1955 a pagina 488 ss.. Per una trattazione generale ed approfondita si rinvia agli atti del convegno romano pubblicati in *IDA* 1975 a pagina 467 ss..

219 Quanto alla WIPO, si veda il Report of the WIPO working group, on legal problems arising from the use of videocassettes and audiovisual discs, on 21st February 1977; quanto alla CE, si veda Comunication of the European commission to the European council, on the community action in the cultural sector, on 22th November 1977.

sono susseguiti *report* ufficiali e scritti allarmisti che ravvisavano enormi pericoli per il diritto di autore ed enormi pregiudizi per gli interessi autorali. Dalle pagine scritte in quegli anni, emergeva con chiarezza il timore che le nuove tecnologie potessero rendere ineffettivo in concreto il diritto di autore, e quindi potessero pregiudicare il delicato equilibrio di interessi individuato nella legge. Molti intravedevano la fine del sistema moderno del diritto esclusivo per queste ragioni di ineffettività, ed iniziavano a concepire modelli alternativi[220]. Come efficacemente rilevato in dottrina: *"in the hypothetical event that future inventions make reproductions a current and everyday practice, could be the death of copyright"*[221]. Negli anni '90, la situazione cambia radicalmente. Ci si rende conto che i timori erano del tutto infondati. Anzi, quelle stesse tecnologie che avevano minacciato l'esistenza dell'esclusiva, iniziano ad essere adoperate, al contrario, per rendere effettivo il controllo del titolare come mai nel passato è stato concepibile. Queste nuove tecnologie divengono lo strumento fondamentale attraverso cui i titolari acquisiscono operativamente il controllo della sfera privata. A bene vedere, come osservato in dottrina, le stesse tecnologie che hanno creato il problema, poi, lo risolvono. Ma nel risolverlo, sorge esattamente il problema opposto, e cioè quello di un controllo eccessivo. A questo proposito, è stato rilevato in dottrina che: *"The problem is that technical devices are not capable of respecting the balance provided by law. A technical*

220 Si comprende bene dai numerosi studi di Davies commissionati dalla Commissione europea, ed in particolre DAVIES, *Legal problems deriving from the use of videograms*, in *Copyright di WIPO* 1979, 257 ss.; DAVIES, *Private copying of sound and audio visual recording*, ESC publishing, Oxford, 1984, 1 ss.; DAVIES, *Piracy of phonograms*, ESC publishing, Oxford, 1986, 5 ss..

221 DAVIES, *Private copying of sound and audiovisual recording*, ESC publishing, Oxford,1984, 2 ma tratto da Piola Caselli.

blockage is "blind" and cannot discern whether a user is about to make a lawful or unlawful use of the work. Hence, there is the risk that the right holders unilaterally counter the freedoms recognised by the legislature: Why should the right holder care about the legal framework if they can impose their own rules through technology?"[222].

(ii) La tecnologia da sola non spiega questo fenomeno. E' chiaro che, in presenza di questi cambiamenti, la sfera dell'utilizzazione privata avrebbe dovuto essere circoscritta corrispondentemente, in modo da assicurare il controllo del titolare su quella parte dell'utilizzazione che gli reca pregiudizio nel nuovo contesto tecnologico. Invece, si è assistito ad una estensione indiscriminata sul piano concettuale che non effettua nessuna distinzione, ed assoggetta al controllo del titolare anche quella parte dell'utilizzazione privata che era, e rimane, del tutto innocua. Semplicemente, a partire da un certo momento, si è ammesso che, siccome l'autore ha acquisito interesse e siccome questo è divenuto possibile, il controllo si estende a tutta la sfera privata, lasciando fuori forse solo il mero godimento spirituale. Un tale atteggiamento può essere spiegato solo se lo si inquadra nel processo di affermazione dell'ideologia giusnaturlista e proprietaria che ha caratterizzato gli ultimi decenni e si è descritto in questa trattazione. L'idea di una estensione completa ed indiscriminata alla sfera privata risponde infatti alla logica per cui ogni utilità va riservata in esclusiva al titolare e la protezione è sempre giustificata in se stessa, senza necessità di alcuna comparazione con i contrapposti interessi. Invece, un approccio più equilibrato avrebbe operato delle distinzioni. Sul presupposto che l'estensione della privativa non dovrebbe eccedere quanto non sia necessario alla protezione dell'interesse del titolare, si sarebbe potuto distinguere l'utilizzazione

222 GEIGER, *The answer to the machine should not be the machine*, in *EIPR* 2008, 124.

privata pregiudizievole e l'utilizzazione privata innocua. Secondo una logica diretta a preservare il quadro degli interessi delineato dalla legge in ambiente analogico, anzi, tale soluzione sarebbe stata quella più ragionevole. In sostanza, di fronte al problema creato dalla tecnologia, e cioè il progressivo acquisto del carattere concorrenziale di una parte dell'utilizzazione privata, la risposta offerta dagli operatori ad ogni livello è stata fondata sull'approccio giusnaturalista e proprietario che si è prima descritto, e questo ha prodotto un risultato che non realizza un bilanciamento ottimale dei contrapposti interessi, e che stravolge il quadro degli interessi tradizionale delineato nella legge e nella giurisprudenza nel corso dei decenni con riferimento all'ambiente analogico[223].

Prima di procedere oltre, va svolta una breve precisazione estremamente importante per una migliore delimitazione dell'oggetto di questo mutamento, e quindi dell'oggetto dell'ultima parte di questo lavoro. Ebbene, va rilevato che l'estensione del controllo del titolare alla sfera privata non ha interessato tutte le facoltà di utilizzazione dell'opera dell'ingegno, bensì unicamente la facoltà di riproduzione. Quindi, il principio della libertà dell'utilizzazione privata rimane pienamente valido per tutte quelle utilizzazioni che non comportano la realizzazione di una copia. Questo dato, che è stato già in precedenza rilevato, emerge da

223 Per riflessioni e spunti sulle ragioni del mutamento nel sistema autorale si veda RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *AIDA* 1996, 115 ss.; FRAGOLA, *Sui non facili rapporti tra internet ed il diritto di autore*, in *IDA* 1998, 405 ss.; FABIANI, *Diritto di autore ed accesso ad internet*, in *IDA* 2001, 267 ss.; RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale tra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.* 2002, 511 ss.; LAVAGNINI, *La proprietà intellettuale in internet*, in *AIDA* 2002, 396 ss.; CATARINELLA, *Appunti comparativi sul diritto di autore in internet*, in *IDA* 2003, 343 ss.; FABIANI, *La sfida della proprietà intellettuale nell'era digitale*, in *IDA* 2009, 500 ss.; RICOLFI, *Making copyright fit for the digital agenda*, in *IDA* 2011, 359 ss..

una veloce analisi, anche sommaria, delle diverse facoltà esclusive del titolare previste dal legislatore europeo ed italiano:

(i) La facoltà di comunicazione ad un pubblico presente e ad un pubblico distante, prevista nella Direttiva infosoc all'articolo 3[224] e nella l.a. agli articoli 15 e 16, presuppone, nella stessa nozione legislativa, che l'esecuzione, rappresentazione e recitazione ovvero la diffusione mediante un mezzo tecnologico idoneo alla trasmissione di suoni ed immagini a distanza, avvengano in presenza di un pubblico. Il pubblico costituisce un elemento essenziale della fattispecie normativa, in assenza del quale essa non viene neppure integrata. Pertanto, in base all'espresso dettato normativo, non costituisce comunicazione al pubblico l'esecuzione, rappresentazione, recitazione e diffusione che avvenga nella sfera privata. Infatti, almeno in via di prima approssimazione, l'assenza del pubblico attribuisce carattere privato all'utilizzazione. Di conseguenza, ad esempio nessuno mette in dubbio che l'ascoltare una canzone dal proprio lettore *mp3* con la propria famiglia sia perfettamente lecito, ed altresì sia tale il suonare una musica con una chitarra davanti al proprio gruppo di amici, oppure il cantare una canzone mentre si è al lavoro davanti ai propri colleghi[225].

(ii) La facoltà di distribuzione, prevista nella Direttiva infosoc all'articolo 4 e nella l.a. all'articolo 17, presuppone, nella stessa nozione legislativa, che l'immissione in circolazione dell'esemplare avvenga in favore di un pubblico. Anche in questo caso, il pubblico è elemento essenziale della fattispecie normativa, in base all'espresso dettato normativo. Pertanto,

224 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

225 Sul punto GALLI, *Sub art. 16 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1551 ss..

non costituisce distribuzione la cessione di un esemplare che non avvenga in favore di un pubblico, e che cioè avvenga nella sfera privata. Di conseguenza, ad esempio nessuno mette in dubbio che il regalare i propri cd musicali al proprio fratello, amico o collega sia perfettamente lecito[226].

(iii) La facoltà di noleggio, prevista nella Direttiva noleggio e prestito all'articolo 1[227] e nella l.a. all'articolo 18 bis, presuppone, nella stessa nozione legislativa, che la cessione in uso sia effettuata da parte di una istituzione aperta al pubblico. Anche qui, il pubblico è elemento essenziale della fattispecie normativa, e pertanto non costituisce prestito la cessione in uso di un esemplare che avvenga, in sua assenza, nella sfera privata. Di conseguenza, ad esempio, nessuno mette in dubbio che il prestare un cd al proprio fratello, amico o collega, o anche ad un estraneo, sia perfettamente lecito[228].

In base a questa importante precisazione, nel prosieguo della trattazione, si esaminerà il principio di libertà di utilizzazione privata in relazione alla sola facoltà esclusiva di riproduzione, e non alle altre facoltà esclusive, per cui invece esso non si pone, o si pone in termini diversi, cioè si pone con riferimento alla nozione di pubblico rilevante. Il tema oggetto di questa parte del lavoro è, quindi, quello del regime della riproduzione privata dell'opera dell'ingegno. Le eccezioni dettate dal legislatore europeo ed interno in relazione all'ambito privato sono, infatti, tutte riferite

226 Sul punto GALLI, *Sub art. 17 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1567 ss..

227 Direttiva 100/1992, direttiva sulle facoltà di noleggio e prestito.

228 Sul punto GALLI, *Sub art. 18 bis l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1578 ss..

a questa facoltà, e su queste eccezioni si focalizza l'analisi nella parte conclusiva di questo lavoro. Si avverte che alcune riflessioni proposte di seguito attingono a studi sul carattere pubblico di altre facoltà esclusive, così come alcune riflessioni proposte di seguito potrebbero essere estensibili alla pubblicità di altre facoltà. Ciononostante, la riproduzione privata e la comunicazione privata devono essere tenute distinte e non sono oggetto di studio in questo lavoro.

4. Il principio di libertà di utilizzazione privata con riferimento alla facoltà di riproduzione

La riproduzione privata di un'opera dell'ingegno potrebbe, in prima istanza, ed in via generale, essere definita come la moltiplicazione in copie di un esemplare per la soddisfazione delle proprie esigenze personali, o delle esigenze di un familiare, o di un convivente, o di un amico, o di un collega, o di altra persona avvinta da un qualche vincolo di natura personale o professionale. Pertanto, la riproduzione si colloca in ambito privato, se la copia realizzata serve al copiatore oppure a persona con cui il copiatore ha un rapporto personale o professionale. Il limite al concetto di privato risiederebbe, quindi, nella assenza di relazioni precedenti la duplicazione tra il copiatore ed il beneficiario. L'ambito privato, conseguentemente, può, in via di prima approssimazione, essere delimitato sulla base della preesistenza di una relazione tra le persone coinvolte nella realizzazione e nella fruizione della copia dell'esemplare[229].

229 Per una definizione di riproduzione privata dell'opera dell'ingegno, si veda TUSSEY, *From fan sites to file sharing: personal use in cyberspace*, in *Georgia law review* 2001, 1134 ss.. Per la distinzione tra copia privata e pirateria, si veda DAVIES, *Private copying of sounds and audiovisual recordings*, ESC publishing, Oxford, 1984, 12 ss..

La riproduzione privata, così ampiamente intesa, evoca una moltitudine di attività tra loro diversissime. Nell'ambiente analogico, le attività più frequenti sono la fotocopiatura di un testo scritto (reprografia), la fotografia di un'opera figurativa (fotografia di un'opera dell'arte figurativa o di opera del disegno industriale avente valore artistico), la fissazione di fonogrammi e videogrammi su supporti vergine (*sound recordings* e *audio visual recordings*). In generale, si estende però a qualsiasi duplicazione, e cioè a qualsiasi prima fissazione o successiva trasposizione della medesima forma espressiva su un supporto dello stesso tipo o di diverso tipo. Ovviamente, quando, come appena riferito, sussiste una relazione preesistente alla copia tra il soggetto che la realizza ed il beneficiario.

Nell'ambiente digitale, la riproduzione privata evoca altrettante attività diverse tra di loro. Le principali sono la predisposizione di una copia al fine di conservarla in caso di una futura perdita di dati (*backup copies*), la predisposizione di una copia al fine di utilizzarla su un apparecchio diverso da quello su cui è stata originariamente fissata oppure al fine di trasformarla in un formato diverso da quello originario (*format shifting*), la predisposizione di una copia di una emissione radiofonica o televisiva al fine di ascoltarla o vederla successivamente alla comunicazione al pubblico fattane dal titolare con il mezzo della radio o della televisione (*time shifting*). In generale, però si estende a qualsiasi attività di predisposizione di una copia di un file digitale, presente su una unità di memorizzazione di qualunque tipo, sulla medesima o su diversa unità di memorizzazione. Anche qui, ovviamente, quando la copia digitale è

realizzata per il copiatore medesimo o per persona lui legata da un relazione preesistente alla copia[230].

Nel nostro sistema di autore, oggi, il principio della libertà di riproduzione privata non è più generalmente riconosciuto come valido. Ciononostante, la sfera della riproduzione privata, come abbozzata finora, ancora oggi, non può considerarsi interamente sotto il controllo del titolare. Infatti, a questo proposito, alcune disposizioni normative ritagliano, in maniera sufficientemente esplicita, uno spazio di libertà per la riproduzione privata anche nel diritto di autore vigente nella società dell'informazione:

(i) L'articolo 12 della l.a. determina il contenuto del diritto esclusivo in base ad una clausola generale che riserva al titolare l'utilizzazione economica, e quindi non anche quella aneconomica, e di questo si è già trattato ampiamente. Sulla base delle considerazioni che si sono svolte prima diffusamente, una parte della riproduzione privata dovrebbe necessariamente essere aneconomica. Come rilevato, delle tre concezioni che sono state esaminate, la prima, quella ad oggi più radicata, abroga sostanzialmente il requisito della economicità, rendendo il sistema più rigido e meno idoneo a realizzare una composizione degli interessi equilibrata. La seconda e la terza, invece, che in diversa misura

230 La ricostruzione complessiva di questi concetti, che è stata qui abbozzata, è operata in base a HAQUE, *Is the time ripe for another exclusive right: a proposal*, in *EIPR* 2008, 372 ss.; KARAPAPA, *A copyright exception for private copying in the United Kingdom*, in *EIPR* 2013, 129 ss.; POORT e QUINTAIS, *The levy runs dry: a legal and economic analysis of EU private copying levies*, in *JIPITEC* 2013, 216 ss.. Per le migliori analisi, fattuali e giuridiche, approfondite ed analitiche, del fenomeno della copia privata, si veda DAVIES, *Private copying of sounds and audiovisual recordings*, ESC publishing, Oxford, 1984, 1 ss.; COLLOVA, *Analisi comparata della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei*, in *IDA* 1993, 2 ss.; KRETSCHMER, *Private copying and fair compensation,* Report for the Intellectual property office, 2011, 1 ss..

valorizzano il requisito dell'economicità, appaiono essere quelle maggiormente idonee a realizzare tale composizione equilibrata tra i contrapposti interessi, soprattutto quando applicate al regime dell'utilizzazione privata, che è oggetto di analisi in quest'ultima parte del lavoro.

(ii) Il legislatore europeo ed italiano hanno previsto specifiche eccezioni al diritto esclusivo in relazione alla riproduzione privata. In particolare, nella Direttiva infosoc all'articolo 5 è previsto[231]: *"Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: a) le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati",* e nella l.a. all'articolo 68 *"E' libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi inidonei allo spaccio o diffusione nell'opera nel pubblico"* , ed altresì *"Fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, è consentita, nei limiti del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico, escluse le pagine di pubblicità, la riproduzione per uso personale di opere dell'ingegno effettuata mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo" ,* ed infine all'articolo 71 sexies: *"È consentita la riproduzione*

231 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

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 indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater".

Una volta ammesso, sulla base di questi indici normativi, che esiste nell'ordinamento europeo ed italiano uno spazio di libertà per la riproduzione privata anche nella società dell'informazione, bisogna ancora determinare su quali ragioni giustificative questo si fondi e quale estensione esso assuma. Nel prosieguo della trattazione, ci si occuperà di entrambi questi aspetti, e quindi si rifletterà sul perché è importante che uno spazio di libertà per la riproduzione privata sussista, e soprattutto su quanto questo spazio di libertà per la riproduzione privata sia effettivamente esteso e debba essere effettivamente esteso. I prossimi due temi sono quindi, la ragione e l'estensione della libertà di riproduzione privata. Con questi due temi, che, come accennato, costituiscono applicazione pratica e concreta delle riflessioni teoriche generali svolte nella prima e nella seconda parte di questo lavoro, la terza ed ultima parte dello stesso si conclude.

5. Le ragioni giustificative del principio di libertà di riproduzione privata

Il principio di libertà di riproduzione privata, nella misura in cui esso è ancora valido nella società dell'informazione, per mezzo della clausola generale di utilizzazione economica declinata nella seconda o terza concezione prima illustrata, e per mezzo delle eccezioni di reprografia e copia privata espressamente previste dalla legge, si fonda su una molteplicità di possibili ragioni giustificative. Alcune di queste, attengono

alla realtà analogica, ed altre attengono a quella digitale. Nella trattazione che segue si esamineranno questi fondamenti giustificativi in entrambi gli ambienti, analogico e digitale. Essi servono a sostenere che è opportuno preservare uno spazio per la copia privata anche nell'era digitale, ed anche in relazione alle utilizzazioni che avvengono con l'impiego delle nuove tecnologie informatiche e telematiche. La consapevolezza della necessità di uno spazio di libertà fa da presupposto allo studio della sua estensione, il quale seguirà subito dopo nella trattazione.

5.1. La funzione di assicurare un ragionevole potere di godimento all'utilizzatore e di accrescere il valore economico della privativa del titolare

La libertà di riproduzione privata in ambiente analogico assolve principalmente la funzione di garantire all'utilizzatore un ragionevole potere di godimento sull'esemplare di sua proprietà, ed insieme assolve la funzione di accrescere il valore economico della privativa del titolare. Questa tesi si fonda su quattro constatazioni logicamente distinte, che è opportuno trattare separatamente. (i) La prima è che l'utilizzatore normale si aspetta di potere utilizzare la creazione senza interferenze quando opera in ambito privato ed in assenza di rischio di concorrenzialità, e questo gli consente di conseguire alcune utilità che è ragionevole gli siano assicurate e non vi è ragione di negargli. (ii) La seconda è che il valore economico della privativa è correlato anche alle possibilità di godimento che sono attribuite all'acquirente finale, in quanto il consumatore e l'utente è disposto a pagare una somma maggiore o inferiore per accedere alla creazione a seconda dei poteri che gli vengono poi concessi sull'esemplare che la incorpora. (iii) La terza è che

la diffusione di copie presso il pubblico produce effetti di tipo pubblicitario idonei ad incrementare le vendite. (iv) La quarta è che l'evoluzione tecnologica, con il conseguente incremento delle modalità di utilizzazione, accresce la domanda di accesso all'opera. Ciascuna constatazione viene adesso esaminata più diffusamente[232].

La prima constatazione si fonda su dati empirici, ed in particolare sull'esperienza comune consolidata nel tempo. Se si costruisse un modello di consumatore medio in base a tale esperienza diffusa, ebbene, questi si aspetterebbe di potere svolgere liberamente ogni attività in ambito privato con l'esemplare di sua proprietà. Neppure potrebbe pensare di ledere, con questo tipo di attività, interessi ed aspettative del titolare dei diritti. Così, l'acquirente del libro si aspetta di poterne copiare a mano parti per una agevole consultazione, o l'acquirente del dipinto di poterlo fotografare per mostrarlo ad un amico. Inoltre, è ragionevole che queste utilità traibili dall'esemplare gli vengano concesse, per due ragioni. Anzitutto, la mancata concessione sarebbe avvertita come profondamente ingiusta, e quindi sarebbe difficilmente tollerata, con conseguente rischio di riduzione di vendite o conseguenti problemi di effettività. In secondo luogo, da tale concessione, non potrebbe derivare alcun pregiudizio per gli interessi patrimoniali e morali dei titolari dei diritti, in quanto, in assenza della concessione, non sarebbe comunque

232 In particolare, una accurata trattazione del tema con ampi riferimenti si rinviene in LITMAN, *Lawful personal use*, in *Texas law review* 2007, 1879 ss.. Sul godimento del bene fisico e sulla necessità di lasciare uno spazio di libertà per l'utilizzatore finale ai fini della conservazione del valore stesso della privativa, si veda GUIBAULT, *Copyright limitations and contracts*, Wolters Kluwer, London, 2002, 47 ss. e DREIER, *Contracting out of copyright in the information society*, in GRIFFITHS e SUTHERSANEN, *Copyright and free speech*, Oxford university press, Oxford, 2005, 385 ss..

possibile per i titolari collocare sul mercato copie aggiuntive della loro creazione[233].

La seconda constatazione si fonda su ricerche scientifiche risalenti agli ultimi due decenni del secolo scorso sul fenomeno dell'"*appropriazione indiretta"* nella copia privata o *"pricing in"*. L'appropriazione indiretta consiste nella possibilità del titolare dei diritti, a certe condizioni, di ottenere una remunerazione addizionale per l'utilizzazione privata dell'opera mediante l'incorporazione di essa nel prezzo dell'esemplare originale al momento della prima vendita. Ebbene, questi studi hanno dimostrato che l'appropriazione indiretta è possibile, ed anzi avviene di regola in tutti i sistemi che liberalizzano, con diversa intensità, l'utilizzazione privata della creazione intellettuale. In altri termini, emergerebbe che, in ambiente analogico, l'utilizzatore che acquista un esemplare dell'opera è disposto a pagare i prezzi che conosciamo in quanto si aspetta di poterlo utilizzare per ogni esigenza possa sorgere in ambito privato nella quotidianità. Il consumatore che acquista un libro al momento del contratto si aspetta di potere ricopiarne alcuni passi a mano per una più agevole consultazione e sulla base di questa aspettativa viene pattuito il prezzo, e quello che acquista un dipinto si aspetta di poterlo fotografare per mostrarlo ad un amico e di conseguenza si conviene il prezzo. Pertanto, nel prezzo, è già incorporato un compenso per le attività di moltiplicazione in copia in ambito privato, e questo non potrebbe essere richiesto se tali attività non fossero liberalizzate. Questo potere di godimento addizionale, che la copia privata assicura in via indiretta, rafforza il valore economico della privativa stessa, e viene

233 Alcuni spunti in passi di SHAPIRO, *Cassettes, lies and videotape: private copying in the EC*, in *Entertainment law review* 1993, 131 ss. e HART, *The proposed directive for copyright in the information society: nice rights, shame about the exceptions*, in *EIPR* 1998, 170 ss..

sfruttato economicamente dall'autore con la prima cessione degli esemplari che incorporano la creazione[234].

Secondo un certo pensiero, questo valore addizionale potrebbe essere monetizzato solo al momento della prima vendita dell'esemplare, e non successivamente attraverso una licenza. Pertanto, in assenza della libertà di copia privata, esso andrebbe semplicemente perduto. La ragione che impedisce la sua monetizzazione in un momento successivo alla prima cessione consisterebbe nei costi di transazione che deriverebbero dalla negoziazione degli accordi. Questi costi potrebbero, in molti casi, superare i benefici per gli utilizzatori, e quindi potrebbe non esistere domanda di licenza pur in presenza di una esigenza dell'utilizzatore rispetto all'attività da licenziare. Secondo un altro pensiero, invece, questo valore è divenuto monetizzabile per mezzo delle nuove tecnologie anche in un momento successivo alla vendita dell'esemplare. A questo proposito, si rileva generalmente che le tecnologie informatiche e telematiche consentono di controllare ogni singolo aspetto del godimento privato e di riscuotere un prezzo per esso, senza costi di negoziazione e senza costi di *enforcement*. In questo modo, ciascun utilizzatore potrebbe pagare un prezzo esattamente correlato al godimento della creazione che intende ottenere. Le tecnologie moderne consentono, quindi, una "*price discrimination*" fondata sulle specifiche esigenze del consumatore, che rende

234 Si fa riferimento agli studi di LIEBOWITZ, *Copying and indirect appropriability: photocopying of journals*, in *Journal of political economy* 1985, 945 ss.. Ed altresì agli studi di Besen, in particolare BESEN, *Private copying, reproduction costs and the supply of intellectual property*, The rand corporation, Santa Monica, 1984, 1 ss. e BESEN, *Private copying, appropriability and optimal copying royalties*, The rand corporation, Santa Monica, 1987, 1 ss.. Si vedano poi soprattutto gli studi condotti dal governo inglese e dal professore Hargreaves nel 2010 sull'impatto economico della copia privata, e poi anche la sentenza della *High court of justice* del 19 giugno 2015 che ha dichiarato l'invalidità dell'eccezione di copia privata.

monetizzabile il valore economico insito nella facoltà di riproduzione privata anche con licenze successive alla vendita. Anzi, la monetizzazione successiva mediante tali licenze sarebbe più equa di quella immediata mediante incorporazione nell'esemplare al momento della prima vendita, in quanto comporterebbe l'applicazione di costi calcolati esattamente sulle specifiche esigenze ed intenzioni del singolo. In sostanza, mentre nel sistema che liberalizza la riproduzione privata si applica un prezzo anche al consumatore che non intende realizzare alcuna copia, invece, in un sistema di licenza, ciascun consumatore pagherebbe esattamente il prezzo dovuto in base al numero di copie di cui necessita. Ciò sarebbe certamente più equo rispetto ad una incorporazione generalizzata, anche per i consumatori medesimi[235].

La terza constatazione attiene agli effetti promozionali che derivano dalla maggiore disseminazione della creazione presso il pubblico. La libertà di copia privata consente, ad ogni esemplare messo in circolazione dal titolare, di raggiungere una platea ben più ampia di quella che avrebbe potuto essere raggiunta in assenza di tale libertà. Infatti, la copia realizzata dal consumatore potrebbe essere messa, come generalmente avviene, a disposizione di persone che non avrebbero acquistato da sole l'esemplare. In questo modo, un numero maggiore di persone viene a conoscenza della creazione, e questo rafforza la reputazione dell'opera e dell'autore nel pubblico. Alcune persone potrebbero essere indotte ad acquistare altre creazioni dello stesso autore dopo aver sperimentato la copia, oppure potrebbero determinare i loro conoscenti a fare lo stesso.

235 Sull'eliminazione dei costi di transazione e la necessità di ripensare le libere utilizzazioni di conseguenza, si veda GORDON, *Intellectual property as price discrimination: implications for contracts*, in *Chicago - Kent law review* 1998, 1367 ss. e BELL, *Fair use versus faired use: the impact of automated rights management on copyright fair use doctrine*, in *North Carolina law review* 1998, 558 ss..

D'altronde, la reputazione dell'autore nel pubblico è la chiave del successo commerciale di ogni opera, e cioè dei numeri relativi alle sue vendite[236].

La quarta constatazione attiene alla correlazione tra evoluzione tecnologica ed aumento della domanda di accesso all'opera. Alcune recenti riflessioni hanno messo in luce che, quando nasce una nuova tecnologia la quale rende possibile una nuova modalità di utilizzazione, o comunque rende più comoda una modalità preesistente, aumenta di regola la domanda di fruizione della creazione intellettuale. L'esempio classico che viene proposto è quello dell'invenzione della radio, se si pensa alle nuove modalità di fruizione, e della lampadina, se si pensa ad una maggiore comodità nell'ambito delle fruizioni tradizionali. Ebbene, nel momento in cui è divenuto possibile diffondere la musica a distanza per mezzo di onde portatrici di suoni, è chiaro che molte più persone hanno cominciato ad ascoltare la musica ed ad appassionarsi ad essa rispetto al passato. Oppure, nel momento in cui è divenuto possibile leggere durante le ore notturne in modo molto più comodo di come si poteva fare con le candele, è chiaro che molte più persone hanno cominciato a leggere libri, o chi li leggeva ha cominciato a leggerne in quantità maggiore. La domanda di musica è indubbiamente aumentata con l'invenzione della radio, così come la domanda di libri è indubbiamente aumentata con l'invenzione della lampadina. L'eccezione di copia privata consente la monetizzazione di questo valore economico aggiunto in relazione alle tecnologie dell'informazione. Il valore economico addizionale di molte tecnologie dell'informazione, infatti, può essere efficientemente sfruttato a

236 Di particolare interesse sono le riflessioni sul mercato del software in STEFIK e SILVERMAN, *The bit and the pendulum: balancing the interests of stakeholders in digital publishing*, in *Computer law* 1997, 3 ss.. Per una posizione radicale sulla questione, si veda invece BARLOW, *The economy of ideas*, in *Wired* 1994, 1 ss..

mezzo di questa eccezione. Un *report* della Federazione internazionale dell'industria fonografica mette esattamente in luce questi aspetti, seppure indirettamente. In particolare, si sofferma sull'enorme domanda di accesso alla musica che la nascita di internet ha comportato, e sull'allargarsi dei proventi per gli operatori del mercato. Dal *report*, si evince che, in presenza di una sostanziale libertà di copia, il *business* complessivo del settore è considerevolmente aumentato. Evidentemente, proprio questa libertà di copia ha comportato la monetizzazione del valore aggiunto generato dalle nuove tecnologie[237].

Dalle quattro constatazioni che precedono, si può evincere che è opportuno preservare un ragionevole potere di godimento per l'utilizzatore sull'esemplare. Riassumendo brevemente, da un lato, ciò evita il prodursi di sentimenti di insofferenza ed ingiustizia nel consumatore ed utente, e, dall'altro lato, ciò aumenta la domanda di accesso all'opera sul mercato, accresce il prezzo che può essere domandato e rafforza la reputazione dell'autore, il tutto a vantaggio dei profitto conseguibili dal titolare mediante lo sfruttamento economico della creazione.

(Segue). Lo sfruttamento delle potenzialità offerte dalle tecnologie digitali

Nel mondo digitale, le considerazioni appena espresse conservano piena validità, e su su di esse se ne innestano di ulteriori altrettanto rilevanti. Con la nascita delle tecnologie dell'informazione e della

237 Digital music report, dell'International federation of the phonographic industry, del 2006. Per riflessioni sul tema, si veda FERREIRA, *Compensation for private copying: an economic analysis of alternative models*, IE business school, Madrid, 2010, 20 ss..

comunicazione, si ampliano notevolmente le possibilità di godimento dell'utilizzatore finale. L'opera digitale inizia a potere essere goduta privatamente con una molteplicità di attività sconosciute nel mondo analogico. In particolare, l'utente che ha acquistato il contenuto digitale potrebbe effettuarne copie *backup*, e realizzare con esso il c.d. *format shifting*, ed il c.d. *time shifting*. Come già accennato, la copia *backup* soddisfa la sua esigenza ad assicurarsi contro il rischio di perdita del contenuto in caso di danneggiamento o sottrazione del computer, tablet o smartphone. Il *format shifting* soddisfa la sua esigenza ad accedere alla creazione da tutti i suoi dispositivi multimediali, in modo da non essere vincolato alla visualizzazione sul dispositivo su cui è avvenuto il primo scaricamento. Il *time shifting* soddisfa poi la sua esigenza di fruire dell'emissione radiofonica o televisiva in differita nel momento che preferisce, in modo da non dovere sottostare agli orari imposti dal palinsesto. Tutte queste sono evidentemente utilizzazioni nuove, dirette a dare risposta ad esigenze nuove, e che sono estremamente diffuse ed avvertite nella prassi. Si pensi a quanto spesso nella prassi quotidiana le persone si trovano a sperimentare la necessità di effettuare *backup* periodici del disco rigido del pc per aggiornamenti di software o infezioni da virus, oppure a quanto spesso non possano accedere al contenuto acquistato perché non attualmente in possesso del dispositivo su cui è avvenuto il primo scaricamento, o vi possano accedere da un dispositivo che non garantisce una fruizione adeguata qualitativamente solo in quanto su di esso è avvenuto lo scaricamento, oppure a quanto spesso le persone siano costrette a perdere la possibilità di visionare l'emissione radiofonica o televisiva cui tenevano particolarmente per impegni che ne

impediscono la visione nel momento programmato in base al palinsesto[238].

Le nuove tecnologie digitali consentono di soddisfare tutte queste esigenze, superando i limiti che imponevano gli esemplari fisici e la comunicazione punto massa propri del mondo analogico, ed offrendo nuove utilità agli utenti. In questo quadro, la copia privata assolve la funzione fondamentale di consentire lo sfruttamento delle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie per aumentare la comodità di accesso alla creazione e le possibilità di godimento personale da parte dell'utilizzatore. In sua assenza, tutte queste potenzialità proprie delle tecnologie digitali andrebbero semplicemente perdute. Anche in questo caso, i costi di transazione di eventuali licenze successive alla vendita dell'esemplare digitale supererebbero i benefici, quindi esse non sarebbe conveniente per l'utilizzatore stipulare tali licenze, e, di conseguenza, lo sfruttamento di queste opportunità offerte dalla tecnologia in termini di comodità di fruizione andrebbero semplicemente sprecate. In sostanza, in assenza della copia privata, sarebbero vietate agli utenti molte di quelle fruizioni comode delle creazioni da loro acquistate che sono rese possibili dalle nuove tecnologie. Nel senso che, l'utente apprezza la comodità delle pratiche di *backup copies*, *format shisfting* e *time shifting*, ma, dopo avere acquistato l'esemplare, non è generalmente disposto a pagare somme addizionali per esse, o, anche se fosse disposto, il suo acquisto sconterebbe rilevanti costi di transazione. In ogni caso, si avrebbe un forte ostacolo allo sfruttamento di queste nuove possibilità di godimento

238 Per quanto riguarda il *time shifting* si rinvia a SHY, *Time shifting in a networked digital world: Optus TV Now and copyright in the cloud*, in *EIPR* 2012, 519 ss.; MATUSZAK, *Time-shifting after NRL v Optus*, in *EIPR* 2013, 439 ss.. Per quanto riguarda il *format shifting* si rinvia a MO, *Media shifting in Hong Kong - a justifiable exemption?*, in *Entertainment law review* 2009, 222 ss..

offerte dalle moderne tecnologie digitali, con conseguenti pregiudizi in ordine alla comodità degli utenti nella conservazione e nell'accesso ai contenuti legittimamente acquistati, e senza alcun vantaggio per i titolari[239].

Alcuni interessanti spunti di riflessione di questo tipo, in particolare con riferimento alla necessità di non ostacolare il godimento generalizzato dei frutti del progresso, si ricavano dalla giurisprudenza americana. A questo proposito, di particolare rilevanza sono le celebri pronunce *Sony betamax* contro *Universal studios* del 1984[240] e Dyamond multemedia system contro *Recording industry association of America* del 1999[241], nella motivazione che le sorregge. In queste pronunce, il giudice americano afferma che, nelle ipotesi in cui una nuova tecnologia sia utilizzabile sia per attività lecite sia per attività illecite, la sua produzione e commercializzazione deve essere consentita. In particolare, secondo il giudice americano la tecnologia, anche se adoperabile per finalità contraffattorie, va considerata in sé neutrale. Eventuali usi illeciti dovranno poi essere imputati a chi li effettua. Ma, la potenzialità all'uso illecito non è in sé sufficiente a fare ritenere come illecita la tecnologia stessa. Venendo adesso al ragionamento che sorregge la decisione, e che è qui rilevante, la Corte americana pensa nei termini qui di seguito riportati. Secondo la Corte, una soluzione diversa da quella adottata non solo impedirebbe lo sviluppo tecnologico, con il conseguente paradosso

239 Sul tema si veda POORT e QUINTAIS, *The levy runs dry: a legal and economic analysis of EU private copying levies*, in *JIPITEC* 2013, 216 ss. ed HART, *The proposed directive for copyright shame about the exceptions*, in *EIPR* 1998, 170 ss..

240 Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 1984.

241 Corte di Appello degli Stati Uniti d'America, nono circuito, 1999.

che, una privativa nata per agevolarlo, si risolverebbe nell'ostacolarlo, ma soprattutto impedirebbe il godimento dei frutti del progresso tecnologico da parte della collettività. Sulla base di questo ragionamento, la Corte americana ha consentito alla Sony di proseguire nella commercializzazione di *Betamax*, una sorta di videoregistratore domestico, ed ha consentito alla Diamond multemedia system di proseguire nella commercializzazione del *Rio player*, uno dei primi modelli di lettore *mp3*. Evidentemente, la Corte decise di non prestare attenzione alle previsioni catastrofiste che circondavano la nascita dei videoregistratori e dei lettori *mp3*. Piuttosto, ha voluto non impedire lo sviluppo tecnologico ed il godimento generalizzato dei suoi frutti. A pochi anni di distanza, era divenuto chiaro che, non solo le previsioni catastrofiste erano infondate, ma addirittura larga parte dei profitti dei titolari dei diritti si erano spostati su quelle utilizzazioni che essi stessi volevano bandire per il timore delle nuove tecnologie. Se la Corte avesse ragionato diversamente, una importante opportunità di progresso e comodità di fruizione sarebbe andata perduta senza ragione alcuna. I consumatori non avrebbero potuto beneficiare della comodità di fruizione che è insita nella videoregistrazione e nella compressione in *mp3*, senza che questo potesse servire in alcun modo ad evitare un pregiudizio ai titolari dei diritti. Anzi, a bene vedere, quegli stessi titolari non avrebbero conseguito gli ingenti profitti che, poi, la diffusione massiva dei videoregistratori e degli *mp3 players,* e lo sfruttamento della creazione nei nuovi mercati emersi con la nascita di queste nuove tecnologie, ha consentito loro di riscuotere[242].

242 Per questa ricostruzione, MONTAGNANI, *Dal peer to peer ai sistemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online*, in *IDA* 2007, 3 ss..

5.2. La funzione di garantire la riservatezza degli utilizzatori

La libertà di riproduzione privata presenta, come altra fondamentale ragione giustificativa, la protezione della riservatezza dell'utilizzatore finale. Ciò, con differenti intensità, nella realtà analogica ed in quella digitale. Quanto all'ambiente analogico, la protezione della riservatezza del consumatore del mezzo materiale che incorpora l'opera assume carattere necessario, ed in relazione ad essa non vi è particolare controversia.

A bene vedere, è difficile immaginare una forma di esclusiva sulle attività di moltiplicazione in copie di mezzi fisici che avvengono in ambito privato. Tale limitazione della sfera privata, in effetti, comporterebbe, con ogni probabilità, una gravissima invasione della riservatezza della persona. Infatti, al fine di garantire un livello accettabile di effettività, occorrerebbe, per ipotesi, un controllo della forza pubblica all'interno delle abitazioni private dei singoli consumatori ed utenti in maniera massiva e sistematica[243].

Tale controllo di polizia sulla vita dei cittadini, con i caratteri di massività e sistematicità che si sono appena richiamati, non si concilia con gli ordinamenti democratici moderni, dove, i diritti fondamentali della persona non possono essere sacrificati, così intensamente, per la soddisfazione di meri interessi patrimoniali, quale è l'interesse del titolare allo sfruttamento economico della creazione. Per giunta, nel nostro ordinamento costituzionale, l'esercizio di un potere della pubblica autorità

243 Sulla irragionevolezza di un controllo nella sfera privata, si veda GINSBURG, *Authors and users in copyright*, in *Journal of the copyright society in the USA* 1997, 1 ss.; GINSBURG e GAUBIAC, *Private copying in the digital environment*, in *Intellectual property and information law* 1998, 149 ss.; GEIGER, *Right to copy and three steps test*, in *Comparative law review* 2005, 7 ss..

lesivo della libertà personale e della libertà di domicilio del cittadino, quale sarebbe quello necessario all'accertamento e repressione delle condotte di riproduzione privata in ambiente analogico, richiede, di regola, che sia stata violata una legge penale o amministrativa a protezione di un interesse pubblico, e si stia procedendo ad accertare la violazione, in presenza dei presupposti di legge e previa autorizzazione del magistrato[244]. Posto ciò, è chiaro che la limitazione dell'estensione dell'esclusiva, in modo da liberalizzare la attività di moltiplicazione in copie effettuata in privato, garantisce il rispetto della riservatezza dei consumatori, mettendoli al riparo da controlli di polizia inaccettabili in uno stato di diritto, ed in particolare nel nostro ordinamento costituzionale. Sul riconoscimento di queste esigenze, secondo le argomentazioni riferite, non vi è dibattito particolare[245].

(Segue). La riservatezza degli utilizzatori in ambiente digitale

Il ruolo della libertà di riproduzione privata, come strumento di protezione della riservatezza, è importante anche in ambiente digitale. Nel flusso di dati che circola nella rete internet, attraverso le infrastrutture ed i servizi degli Internet service provider, si inserisce un'enorme quantità

244 A questo proposito, può essere utile ricordare che, nel nostro ordinamento costituzionale, è espressamente codificata una riserva di legge e di giurisdizione in relazione agli atti dell'autorità pubblica lesivi della libertà personale e della libertà di domicilio. In particolare, la Costituzione italiana, agli articoli 13 e 14, sancisce l'inviolabilità della libertà personale e del domicilio ed ivi pone una riserva di legge e di giurisdizione.

245 Su questi aspetti, in particolare HUGENHOLTZ, *Adapting copyright to the information superhighway*, in HUGENHOLTZ, *The Future of copyright in the digital environment*, Wolters Kluwer, The Hague, 1996, 94 ss. e GEIGER, *The answer to the machine should not be the machine*, in *EIPR* 2008, 122 ss..

di attività di utilizzazione di opere dell'ingegno protette da diritto di autore, e può avvenire che, per queste utilizzazioni, manchi il consenso del titolare dei diritti. L'aspirazione dei titolari dei diritti è quella di controllare, attraverso la collaborazione delle imprese che gestiscono la rete e prestano i servizi per il suo funzionamento, questo flusso, in modo da individuare le attività di contraffazione e perseguire gli utenti privati. La soddisfazione di questa aspirazione richiede un controllo generalizzato del flusso di dati internet e l'esperimento di molteplici azioni individuali contro gli utenti privati. Come si può bene immaginare, tale flusso di dati internet è evidentemente costituito prevalentemente da comunicazioni personali tra utenti della rete, i quali hanno fornito alle imprese di gestione i loro dati personali ai soli fini di ricevere i servizi di accesso alla rete. Di conseguenza, occorrerebbe che le imprese che gestiscono la rete internet controllino le comunicazioni dei loro utenti e comunichino, in caso di violazioni, i loro dati personali ai titolari dei diritti, in modo da consentire a questi ultimi l'attivazione degli strumenti giurisdizionali. Si tratterebbe di una enorme operazione di intercettazione di comunicazioni personali senza il consenso dei partecipanti, e di trattamento di dati personali per finalità diverse da quelle per cui sono stati conferiti. Questa ipotesi suscita non poche perplessità sotto il profilo della protezione del diritto alla riservatezza degli utenti[246].

Il diritto dell'UE non è chiaro sulla regolazione da applicare, in particolare con riferimento al passaggio logico fondamentale del processo di *enforcement*, che è costituito dalla comunicazione da parte degli ISP

246 KIRBY, *Privacy in cyberspace*, in *University of New South Wales law journal* 1998, 323 ss.; RICHARDSON, *Downloading music off the internet: Copyright and Privacy in Conflict?*, in *Journal of law and information science* 2002, 90 ss.; VINCENTS, *When rights clash online: the tracking of P2p copyright infringements Vs. the EC Personal Data Directive*, in *International journal of law and IT* 2008, 270 ss..

dei dati degli utenti sospettati di avere commesso la contraffazione ai titolari dei diritti. La sussistenza dell'obbligo dei fornitori di servizi internet di comunicare questi dati ha suscitato un acceso dibattito, sia a livello europeo, sia a livello nazionale.

La disciplina europea, contenuta nella Direttiva sul commercio elettronico[247], si limita all'articolo 15 ad imporre in capo agli ISP l'obbligo di comunicazione di dati alle autorità pubbliche, e non invece ai titolari dei diritti. Invece, la Direttiva privacy[248] si limita all'articolo 8 a prevedere eccezioni ai principi generali sul trattamento dei dati personali solo nell'ambito di procedimenti penali o per ragioni sostanziali di interesse pubblico. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è espressa per la prima volta sulla questione con la sentenza *Promiscuae* vs *Telefonica* del 2008[249]. Nella fattispecie, una *collecting* spagnola aveva raccolto autonomamente gli indirizzi IP di potenziali contraffattori ed aveva chiesto ad un fornitore di servizi internet di indicare le generalità delle persone cui questi corrispondevano per poterle convenire in giudizio. A fronte del rifiuto della società di IT, la *collecting* ha chiesto al giudice una condanna alla *disclosure* delle informazioni. Il giudice spagnolo nell'incertezza della normativa ha rimesso la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Nella pronuncia, il giudice di Lussemburgo ha chiarito che il diritto dell'Unione Europea non impone agli Stati di prevedere un obbligo per gli ISP di *disclosure* delle informazioni in procedimenti civili ai fini

247 Direttiva n. 31 del 2001, direttiva sul commercio elettronico.

248 Direttiva n. 46/1995, sulla protezione dei dati personali. Oggi sostituita dal Regolamento 679/2016, sulla protezione dei dati personali, del quale si veda l'articolo 23 comma 1 lettera d.

249 Corte di Giustizia 29 gennaio 2008, C-275/06, in *AIDA* 2008, *1190*. Per una analisi DAVIES e HELMER, *Productores de musica de Espana v Telefonica de Espana SAU*, in *EIPR* 2008, 307 ss..

della repressione delle attività contraffattorie di privati, ma neppure lo vieta. Pertanto, è rimesso al singolo Stato membro in piena autonomia la scelta sulla questione, e di conseguenza l'individuazione del punto di bilanciamento tra l'interesse alla tutela della proprietà intellettuale e l'interesse alla tutela della riservatezza. Lo Stato membro, in pena libertà ed autonomia, decide se imporre la *disclosure*, se vietarla, ed a quali condizioni consentirla. In questo modo, evidentemente manifesta un giudizio di valore sulla prevalenza o recessività dei diritti di proprietà intellettuale sul diritto alla riservatezza[250].

Si può bene immaginare che il quadro che ne è derivato presenta divergenze e contraddizioni tra i diversi Stati membri. In Italia, in linea molto approssimativa, sembrerebbe che, seppure indirettamente, in base ad una decisione dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, la comunicazione dei dati personali detenuti dagli ISP per fornire i propri

250 BYGRAVE, *The technologisation of copyright: implications for privacy and related interests*, in *EIPR* 2002, 51 ss.; BARALIUC, DEPREEUW e GUTWIRTH, *Copyright enforcement in the digital age: a post-ACTA view on the balancing of fundamental rights*, in *International journal of law and IT*, 2013, 92 ss.; HUSOVEC e PEGUERA, *Much ado about little privately litigated internet disconnection injunctions*, in *International review of intellectual property and competition law* 2015, 11 ss.. Per una riflessione interessante sulla *disclosure* tra imprese che commercializzano apparecchi per la riproduzione e *collecting societies* in relazione ai dati da comunicare per la riscossione dell'equo compenso, seppure con riferimento all'ordinamento polacco, si rinvia a KOLCZYNSKY, *Transactions subject to copyright levies for authors as imposed on producers and importers of photocopies, scanner and other similar reprographic equipment and information and documents to be disclosed to a proper organization for collective management of copyright*, in *EIPR* 2012, 641 ss..

servizi è tendenzialmente illecita[251]. In altri Stati membri, invece, essa è generalmente lecita[252].

Per comprendere meglio la situazione italiana, occorre adesso approfondire, seppure per grandi linee, il contenuto del Decreto legislativo sul commercio elettronico[253], ed esaminare alcune pronunce giurisprudenziali in tema. La normativa interna distingue tre tipologie di ISP in base all'attività svolta, e cioè gli ISP che effettuano il semplice trasporto o *"mere conduit",* quelli che effettuano la memorizzazione temporanea o *"caching"*, ed infine quelli che effettuano la memorizzazione permanente o *"hosting"*. Nel primo caso, l'ISP si limita a dare accesso alla rete di comunicazione oppure a trasmettere informazioni tra utenti connessi alla rete, nel secondo caso l'ISP, in aggiunta, memorizza temporaneamente le informazioni in maniera automatica al fine di rendere la trasmissione più efficiente, nel terzo caso, invece, l'ISP memorizza le informazioni sul proprio server. In nessuno di questi tre casi, il prestatore di servizi è gravato da un obbligo generale di controllo delle informazioni, e, tuttavia, in tutti e tre i casi è tenuto ad informare l'autorità pubblica qualora venga a conoscenza di illeciti commessi dai suoi utenti, ed altresì in tutti e tre i casi è tenuto a fornire i dati identificativi dell'utente presunto contraffattore quando richiesto dall'autorità pubblica al fine di accertare o reprimere illeciti. La giurisprudenza ha fatto applicazione di queste norme in molte occasioni,

251 Decisione dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, del 28 febbraio 2008, sul caso Peppermint. Su questi temi, si veda anche MACALUSO, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Dir. comm. int.* 2010, 821 ss..

252 Si rinvia a COUDERT e WERKERS, *In the aftermath of the Promusicae Case: how to strike the balance?*, in *International journal of law and IT* 2010, 50 ss..

253 Decreto legislativo numero 70 del 2003, sul commercio elettronico.

ed, a questo proposito, di particolare interesse sono alcune pronunce. Dapprima, la giurisprudenza ha ribadito che, in nessun caso, l'Internet service provider può essere tenuto ad effettuare un controllo generalizzato del materiale trasmesso attraverso la sua rete[254]. Poi, che il *content provider* non può, per il solo fatto di caricare i contenuti sul proprio server, essere ritenuto corresponsabile della violazione dei diritti[255], ed, invece, è necessario che ponga in essere un comportamento attivo. Solitamente, tale comportamento attivo consiste nella selezione e catalogazione dei file caricati, in modo che siano più agevolmente accessibili agli utenti, ovvero nella associazione di messaggi pubblicitari destinati agli utenti che vi accedono[256]. Ad ogni modo, l'ISP che fornisce servizi di *hosting* è tenuto ad attivarsi, con particolare solerzia e diligenza, per rimuovere i contenuti illeciti quando gli pervenga una segnalazione da parte del titolare dei diritti[257]. Ovviamente, ai fini della configurazione in capo all'ISP dell'obbligo di rimuovere lo specifico contenuto protetto, la cui violazione dà luogo a responsabilità, non è sufficiente una segnalazione generica, ma deve essere circostanziata, e cioè riferirsi a

254 Trib. Roma 14 aprile 2010, in *Riv. dir. ind.* 2010, 248 ss.; Trib. Milano 7 giugno 2011, in *AIDA* 2013, *1538*.

255 Trib. Velletri 20 maggio 2000, in *AIDA* 2000, *732;* Trib. Bologna 26 novembre 2001, in *AIDA* 2003, *903.*

256 Trib. Roma 16 dicembre 2009, in *AIDA* 2010, *1373*; Trib. Roma 11 febbraio 2010, in *AIDA* 2010, *1377*; Trib. Milano 9 giugno 2011, in *Rep. di AIDA* 2012, *II.11.9*; Trib. Milano 9 settembre 2011, in *AIDA* 2012, *1505*; Trib. Venezia 25 novembre 2011, in *AIDA* 2012, *1511*. Tra l'altro, il titolare potrebbe anche limitarsi ad agire contro il solo Internet service provider, tenendo fuori il soggetto che abbia provveduto al caricamento del contenuto, si veda TAR Lazio 26 settembre 2014, in *AIDA* 2015, *1694*.

257 Trib. Milano 7 giugno 2011, in *AIDA* 2013, *1538*; Trib. Roma 16 febbraio 2012, in *AIDA* 2014, *1609.*

specifici contenuti, indicando puntualmente gli URL su cui essi sono caricati[258]. Invece, molto più incerta è l'esistenza di un obbligo in capo all'ISP di verifica, dopo la rimozione del contenuto, della circostanza che il medesimo contenuto non sia altresì caricato altrove da altro utente ovvero sia ricaricato dallo stesso utente. Quest'ultima circostanza si verifica di frequente nella prassi, e quindi assume un ruolo centrale nella definizione degli obblighi di controllo e di *disclosure* del prestatore di servizi internet[259].

In questo quadro contraddittorio e delicato, la copia privata assolve, almeno in parte, la funzione di attenuare l'interesse dei titolari all'invasione della sfera della riservatezza degli utenti. Nel senso che, se fossero lecite alcune attività di riproduzione privata, l'interesse del titolare ad ottenere dagli ISP i dati degli utenti si attenuerebbe, almeno in parte, o almeno si concentrerebbe su alcune tipologie di attività che si collocano all'esterno del fenomeno della copia privata, quali il *file sharing* e la pirateria. In questo senso, anche in questo caso, la libertà di copia aiuta a proteggere la riservatezza dei consociati.

5.3. L'agevolazione dell'accesso all'informazione e la disseminazione delle creazioni

Altra importante funzione della libertà di riproduzione privata consiste nella agevolazione dell'accesso all'informazione, sia ai fini della creazione di nuove opere, e sia ai fini del loro godimento, in ambiente

258 Trib. Roma 20 marzo 2011, in *AIDA* 2013, *1535*; Trib. Roma 22 marzo 2011, in *Rep. di AIDA* 2012, *I.15.9.*

259 Trib. Roma 13 dicembre 2011, in *AIDA* 2013, *1545*; Trib. Torino 23 giugno 2014, in *AIDA* 2015, *1685*.

analogico e digitale. In effetti, la copia privata agevolerebbe la disseminazione delle creazioni presso il pubblico e la comodità di fruizione delle medesime, in modo da produrre un duplice effetto, come di seguito riportato. Una prima conseguenza sarebbe la stimolazione alla realizzazione di nuove creazioni, ed un seconda conseguenza sarebbe l'ampliamento della platea di consociati ammessi a trarre godimento estetico ed accrescimento culturale dalle creazioni esistenti. In questo senso, essa soddisferebbe esigenze di carattere sociale e culturale, quali il sostegno alle attività di studio e di ricerca per il raggiungimento di nuovi risultati, ed insieme la diffusione di questi risultati nel pubblico.

Nella prassi antica e recente, gli autori traggono normalmente ispirazione e conoscenza da materiale costituito da copie procurate autonomamente o messe a disposizione da altre persone che condividono le stesse passioni e gli stessi interessi. Mentre, normalmente, solo una piccola parte, di regola quella iniziale, della conoscenza è tratta da esemplari e contenuti digitali distribuiti direttamente dai titolari dei diritti. A questo proposito, si pensi ad un giovane ricercatore universitario che acquista qualche libro istituzionale all'inizio dei suoi studi scientifici, ma poi ricorre considerevolmente all'eccezione di reprografia per ottenere estratti delle numerosissime monografie specialistiche che gli servono per i suoi lavori. Certamente, non sarebbe per lui sufficiente il prestito bibliotecario dell'esemplare cartaceo, in quanto, almeno generalmente, la redazione finale del suo lavoro interviene in una fase successiva a quella della ricerca. In sostanza, senza la fotocopiatura delle parti rilevanti, la sua ricerca diventerebbe più complicata e meno produttiva. Oppure, si pensi ad un giovane regista che acquista alcuni *dvd* per la sua collezione personale, ma che poi si avvale dell'eccezione di copia privata per visionare quelli

consigliati dai suoi colleghi. Anche in questo caso, come nel precedente, la copia privata si inserisce nel processo creativo, facendolo, in qualche misura, funzionare meglio che in sua assenza.

Allo stesso modo, una parte consistente dell'accesso alla cultura ed alla conoscenza da parte del pubblico dei consociati avviene attraverso materiale costituito da copie. In questa prospettiva, è evidente che la copia privata amplia il pubblico che ciascun esemplare è idoneo a raggiungere. Laddove l'accesso, in assenza della libertà di copia privata, è consentito alla singola persona del consumatore acquirente, invece, con la libertà di copia privata, si amplia fino alla cerchia di persone che lo circondano. A questo proposito, si pensi a quanto spesso le persone accedono ai contenuti mediante copie che non hanno acquistato direttamente e solo in quanto appartengono alla cerchia di altre persone che invece le hanno acquistate. Nella maggioranza dei casi, queste ultime non le avrebbero acquistate in autonomia, e quindi sarebbe stata sprecata una opportunità di disseminazione ulteriore della cultura e della conoscenza[260].

La funzione appena descritta si ricollega ad una delle fondamentali libertà dell'individuo nella sfera pubblica, garantita dalla Costituzione all'articolo 21, dalla Carta europea dei diritti dell'uomo all'articolo 11[261] e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del Consiglio di Europa

260 Le migliori ricostruzioni che avvalorano la funzione di promozione della disseminazione delle opere per nuove produzioni e più ampio godimento sono in GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in *AIDA* 2002, 160 ss. ed anche in MANGINI, *Riproduzioni fonomeccaniche e loro uso personale*, in *Riv. dir. civ.* 1961, 385 ss.. Ma si veda anche GEIGER, *The answer to the machine should not be the machine: safeguarding private copy exception in a digital environment*, *EIPR* 2008, 122 ss..

261 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza, il 7 dicembre 2000.

all'articolo 10[262], e cioè la libertà di manifestazione del proprio pensiero. Come ben noto, tale diritto fondamentale si struttura in due componenti, una componente positiva costituita dal diritto di esprimere le proprie idee e la propria opinione nei modi e nei tempi scelti liberamente, ed una componente negativa, che consiste nel diritto ad essere informati, o meglio, nel diritto ad accedere alle idee ed opinioni altrui al fine di potere formare le proprie. Adesso, è chiaro che la privativa autorale, in linea generale, rappresenterebbe un limite alla libertà di manifestazione del pensiero con riferimento alla sua componente negativa. Tuttavia, tale limite è stato sempre ritenuto accettabile, e non ha mai ingenerato particolari discussioni. A questo proposito, si rileva generalmente che, con riferimento alla conformazione del diritto del titolare, da un lato, il diritto esclusivo non si estenderebbe al contenuto della creazione intellettuale, ma si limiterebbe alla sua forma espressiva, limitandosi ad impedire la sua riproduzione pedissequa, ma non la captazione dei contenuti in essa impressi e la diffusione dei medesimi in altra forma, e dall'altro lato, il diritto esclusivo sarebbe limitato da una serie ampia di libere utilizzazioni, tra cui spiccherebbe la libertà di utilizzazione citazionale e la libertà di utilizzazione dei materiali legati ad avvenimenti di attualità. Alla luce di questi rilievi, secondo l'opinione dominante, il conflitto tra diritto di autore e libertà di manifestazione del pensiero diverrebbe accettabile, o addirittura, secondo alcuni, verrebbe meno del tutto[263]. Adesso, premesso

262 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, conclusa a Roma, il 4 novembre 1950.

263 Nel senso dell'accettabilità della limitazione BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, 43 ss. e BUCCI, *Interesse pubblico e diritto d'autore*, Cedam Padova, 1976, 91 ss.. Nel senso della assenza di conflitto, SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *IDA* 1975, 325 ss. e SANTORO, *Diritto d'autore e libertà di manifestazione del pensiero*, in *IDA* 1979, 771 ss..

ciò, appare abbastanza chiaro che la libertà di riproduzione privata costituirebbe un elemento importante per una più felice convivenza nel sistema tra il diritto di autore e la libertà di manifestazione del pensiero. Infatti, la copia privata avrebbe l'effetto di massimizzare la disseminazione dei contenuti, nonché lo scambio delle idee e delle opinioni. Come correttamente rilevato, tramite essa, si avrebbe un più intenso flusso dei contenuti protetti nella società, e quindi una più ampia esposizione di ciascun consociato alle idee ed opinioni altrui. Per mezzo di essa, in effetti, ogni consumatore ed utente si troverebbe ad accedere, non solo ai contenuti acquistati personalmente, ma anche ai contenuti acquistati da altre persone che si trovano in una cerchia immediata e vicina. Tra l'altro, a bene vedere, ciò produrrebbe un effetto positivo, non solo sulla quantità di informazione cui ciascun consociato può accedere, e quindi sul *quantum* del materiale grezzo da cui partire per elaborare il proprio pensiero, ma, soprattutto, ciò avrebbe un effetto benefico sulla qualità di tale materiale grezzo che fa da presupposto dell'elaborazione creativa. In particolare, la copia privata agevolerebbe l'interazione tra persone basata sulla comunanza degli interessi e quindi, in qualche modo, accrescerebbe le opportunità di sviluppo della propria opinione tra persone consapevoli dei temi trattati. Dunque, non solo più materiale, ma anche la possibilità di interagire con persone interessate e consapevoli. Per di più, nell'ambito del sistema di interazioni personali reso possibile dalla copia privata, la selezione dei contenuti da diffondere costituirebbe una libera scelta dal basso, la quale non sarebbe filtrata attraverso i *mass media*. In questo modo, in qualche misura, ciò costituirebbe anche un presidio ulteriore per le libertà democratiche ed il pluralismo dell'informazione[264].

264 Sul punto si rinvia a BONADIO, *File sharing, copyright and freedom of speech*, in *EIPR* 2011, 619 ss.. Ma si veda anche GEIGER, *Fundamental rights: a safeguard for the coherence of*

(Segue). L'accesso all'informazione e la disseminazione delle creazioni in ambiente digitale

Il pericolo che l'assenza di libertà di riproduzione privata si risolva in un ostacolo all'accesso alla conoscenza, e quindi alla possibilità di creare nuove opere, è stato oggetto di ampia discussione a lungo in dottrina, soprattutto in relazione all'ambiente digitale. Infatti, con riferimento al mondo digitale, i principi tradizionali di diritto di autore che garantivano la libertà del processo creativo nel mondo analogico sono pericolosamente messi in discussione dalle più recenti evoluzioni tecnologiche[265].

Il principio, secondo cui il diritto di autore protegge la forma espressiva e non il contenuto, è messo in pericolo dalla nascita di nuovi diritti esclusivi, quali il diritto sulle banche di dati ed il diritto sul software. Si pensi al caso in cui un dato o una informazione grezza sia reperibile su una sola banca di dati, in questa ipotesi essa sarebbe, di fatto, sotto il controllo del titolare dei diritti. Oppure, si pensi al caso in cui una funzione su un elaboratore sia realizzabile solo mediante una certa sequenza di istruzioni, anche in questa ipotesi, essa sarebbe sotto il controllo del titolare dei diritti.

---

intellectual property law?, in *International review of intellectual property and competition law* 2004, 269 ss.; JUTTE, *The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe*, in *EIPR* 2016, 11 ss.. Si vedano, inoltre, BARLOW, *Napster's enormous music room*, in *Cyberspazio e diritto* 2000, 317 ss. e BISI, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero. Le recenti tendenze europee ed il caso francese*, in *Cyberspazio e diritto* 2010, 395 ss..

265 GEIGER, *Copyright and free access to information: for a fair balance of interests in a globalised world*, in *EIPR* 2006, 366 ss..

Il principio, secondo cui dal contenuto del diritto vanno escluse quelle attività tipizzate dal legislatore come libere utilizzazioni in quanto corrispondenti ad un interesse pubblico preminente, è messo in pericolo dalle misure tecnologiche di protezione, che non distinguono tra attività contraffattoria e libera utilizzazione. Si pensi al caso in cui una creazione sia protetta da una misura tecnologica che consente solo un accesso limitato consistente nella visualizzazione su monitor dopo l'effettuazione di un pagamento, in questa ipotesi sarebbero impossibili molte delle attività liberalizzate dal legislatore ai fini di una maggiore diffusione ed accessibilità. Evidentemente, in generale, si verificherebbe una vera e propria cancellazione delle libere utilizzazioni tipizzate dal legislatore. La conseguenza sarebbe, come ampiamente rilevato e discusso in dottrina, che il bilanciamento di interessi individuato nella legge sarebbe sovvertito a vantaggio del titolare, il quale lo rimpiazzerebbe con un diverso bilanciamento da lui determinato a sua piena e completa discrezione.

In questo quadro, la sopravvivenza della copia privata diviene uno strumento particolarmente utile ai fini della preservazione della libertà del processo creativo, ai fini della disseminazione delle creazioni ed ai fini della convivenza tra diritto di autore e libertà di manifestazione del pensiero. La libertà di copia privata, inoltre, con riferimento all'ambiente digitale, costituirebbe un elemento di contrasto importante nei confronti del pericoloso processo di *proprietizzazione* delle informazioni e dei contenuti sottesi alla forma espressiva che sta avvenendo nella società dell'informazione[266].

266 GEIGER, *Copyright and the freedom to create*, in *International review of intellectual property and competition law* 2007, 707 ss. e GEIGER, *The future of copyright in Europe: striking a fair balance between protection and access to information*, in *Intellectual property quarterly* 2010, 1 ss.. Sul tema relativo alla restrizione delle libere utilizzazioni a causa delle misure tecnologiche di protezione, e sulla necessità di non sostituire il copyright con l'*access right*, si

5.4. L'ineffettività dell'*enforcement*

La ragione in assoluto preminente, e probabilmente l'unica ufficiale, che sorregge la libertà di riproduzione privata nel diritto internazionale e nel diritto europeo è costituita dalla difficoltà per il titolare dei diritti di controllare l'utilizzo privato della creazione intellettuale, e dalla conseguente necessità di assicurargli una remunerazione per quest'ultimo. La logica è quella secondo cui, essendo fattualmente impossibile controllare l'utilizzazione privata mediante l'esclusiva, tanto vale garantire al titolare almeno un compenso economico per tale forma di utilizzazione, ma, a bene vedere, per assicurare tale compenso economico, l'attività andrebbe, almeno sul piano concettuale, liberalizzata. In effetti, per imporre un prelievo su una certa attività, andrebbe presupposto logicamente che l'attività sia estranea alla sfera di controllo del titolare, almeno sul piano concettuale[267].

Nel diritto internazionale pattizio, non si fa riferimento espresso alla copia privata in nessuno dei trattati che si occupano del diritto di autore. Tuttavia, la WIPO si è occupata a più riprese del tema, ed ha studiato approfonditamente sin dai primi anni '70 la possibilità di introdurre una eccezione specifica nel Trattato di Berna. Nei lavori preparatori della

---

rinvia a BRAUN, *The interface between the protection of technological measures and the excercise of exceptions to copyright and related rights: comparing the situation in the United States and in the European Community*, in *EIPR* 2003, 496 ss.; PERITT, *Protecting technology over copyright: a step too far?*, in *Entertainment law review* 2003, 1 ss.; DUSOLLIER, *Exceptions and technological measures in the European copyright directive of 2001: an empty promise*, in *International review of intellectual property and competition law* 2003, 62 ss.; MAXWELL, *Paris appeals court rules dvd anticopying measures illegal*, in *Entertainment law review* 2005, 230 ss.; BENABOU e TORREMANS, *Letter from France*, in *EIPR* 2006, 201 ss..

conferenza di Stoccolma per la revisione del 1967[268], è stata proposta espressamente l'inclusione di questa eccezione all'articolo 9. Nel testo definitivo, però, la proposta non è passata ed al suo posto si è preferita una formula più flessibile, quale è quella vigente del *three steps test*. Tuttavia, in questa clausola generale, possono comunque rientrare alcune delle attività di riproduzione privata. Anzi, da alcuni passi del *report* del working group[269], istituito qualche anno dopo, sembra emergere in maniera abbastanza chiara che tale clausola racchiude in sé anche la copia privata, e precisamente si legge: *"If those limits where to be respected, the Working Group thought that, as long as the state of techical pregress did not allow copyright owners effectively to excercise the prerogatives of the exclusive rights in the event of private reproduction, the only solution seemed to be the establishment of a global compensation for author. (…). It was neverthless pointed out that, if there where technical processes making possible it to prevent the reproduction, the exclusive right should be excercised normally."*[270].

267 Su questa ragione giustificativa si veda in dottrina COLLOVA, *Prime note sull'art. 3 della L. 5 febbraio 1992 n. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, in *IDA* 1992, 467 ss.; nella giurisprudenza europea Corte di Giustizia 27 giugno 2013, C-457/11 in *AIDA* 2014, *1579* e Corte di Giustizia 11 luglio 2013, C-521/11, in *AIDA* 2014, *1580;* nella giurisprudenza interna App. Milano 29 dicembre 1998, in *AIDA* 1999, *630*; Trib. Vicenza 30 settembre 1997, in *AIDA* 1999, *597*; Trib. Milano 3 gennaio 2014, in *AIDA* 2014, *1638*. La migliore ricostruzione sistematica di questa giustificazione è in SARTI, *Copia privata ed apprendisti stregoni*, in *AIDA* 2014, 432 ss..

268 Si veda il Record of the Stockolm conference, in 1967.

269 Si veda il Report of the WIPO working group, on legal problems arising from the use of videocassettes and audiovisual discs, on 21st February 1977.

270 Si veda il Report of the WIPO working group, on legal problems arising from the use of videocassettes and audiovisual discs, on 21st February 1977, pagina 6.

Nel diritto dell'Unione Europea, questa giustificazione è ancora più evidente. Sin dal primo documento ufficiale della Commissione che si occupa del tema, questa è l'unica giustificazione che emerge. Si legge nella Comunicazione del 22 novembre 1977[271] *"The boom in audio and visual reproduction equipment confronts performers with a situation identical to that facing authors as a result of the massive photocopier boom. In both cases, outlets shrink without the subsequent loss being compensated by remuneration. As regards the reproduction of the written word, sounds and images, a sum ought to be included in the selling price of equipment (photocopiers, tape-recorders, video recorders) and the material they use (photocopy papers, tapes) to guarantee the remuneration which authors, publishers, and performers are entitled to expect (and must not be denied); it could be based on a percentage of the retail price."*[272]. Inoltre, nella Direttiva Infosoc, si legge al considerando 38[273]: *"Si dovrebbe consentire agli Stati membri di prevedere un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione (...) ad uso privato con un equo compenso (…) per indennizzare il titolare del pregiudizio subito"*.

Infine, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, questa giustificazione emerge in particolare da alcuni ragionamenti collegati all'equo compenso. Come si dirà meglio di seguito, in molteplici occasioni la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in ordine ad alcuni profili del

271 Si veda la Comunication of the European commission to the European council, on the Community action in the cultural sector, on 22th November 1977.

272 Si veda la Comunication of the European commission to the European council, on the Community action in the cultural sector, on 22th November 1977, pagina 13.

273 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

prelievo, e, dalle sue posizioni su questi aspetti, si evince un'idea del compenso come risarcimento per una attività che costituirebbe altrimenti contraffazione e che viene liberalizzata per ragioni di ineffettività del controllo. In particolare, la Corte ha precisato che il compenso dovuto deve essere necessariamente parametrato al potenziale pregiudizio subito dai titolari[274], e non è dovuto nulla in assenza di un potenziale pregiudizio[275], ed inoltre questo danaro è dovuto in linea di principio dagli utenti finali che effettuano le riproduzioni[276], e va versato agli attuali titolari dei diritti[277]. Ebbene, per come il sistema dell'equo compenso è stato delineato e giustificato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, appare abbastanza chiara l'idea di fondo secondo la quale si andrebbe ad imporre una sorta di risarcimento come sostituto del diritto esclusivo in conseguenza dell'ineffettività dell'esclusiva.

Detto questo, si passa adesso a svolgere un ultimo rilievo importante. La giustificazione della libertà di riproduzione privata in conseguenza dell'ineffettività dell'*enforcement,* ed il correlato meccanismo del compenso, per come detto finora, a bene vedere, sembrerebbero fondarsi sulla teoria economica in base alla quale, in certe situazioni, la attribuzione di un diritto esclusivo è più efficiente e

---

274 Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, C-467/08, in *AIDA* 2011, *1386*.

275 Corte di Giustizia 11 luglio 2013, C-521711, in *AIDA* 2014, *1580*; Corte di Giustizia 5 marzo 2015, C-463/12 in *AIDA* 2015, *1649*.

276 Corte di Giustizia 16 giugno 2011, C-462/09, in *AIDA* 2012, *1457*; Corte di Giustizia 22 settembre 2016, C-110/15, in *AIDA* 2017; Corte di Giustizia 9 giugno 2016, C-470/14, in *AIDA* 2017.

277 Corte di Giustizia 9 febbraio 2012, C-277/10, in *AIDA* 2013, *1515*; Corte di Giustizia 12 novembre 2015, C-572/13, in *AIDA* 2016, *1713*.

giusta della attribuzione di un diritto a compenso[278]. In base a questo pensiero, il mercato è, in linea di principio, in grado da solo di determinare il corrispettivo più corretto che deve essere pagato per il godimento di una creazione intellettuale. Il prezzo per il quale il creativo è disposto a concedere l'accesso alla risorsa protetta, e cioè quello in cui si incontra la domanda e l'offerta sul mercato, costituisce esattamente l'ammontare che consente la massima disseminazione dell'opera insieme con una giusta remunerazione. Il prezzo che nasce in una libera negoziazione tra parti, consapevoli del proprio lavoro e dei propri bisogni, va preferito, sempre in linea di principio, al prezzo imposto da una pubblica autorità, all'oscuro delle caratteristiche della situazione concreta[279]. In questo quadro, tuttavia, l'attribuzione di un diritto a compenso diverrebbe necessaria nei casi in cui il meccanismo della libera contrattazione non possa operare. In particolare, questo avverrebbe nelle ipotesi di incontrollabilità fattuale della risorsa protetta per una rilevante ineffettività dell'*enforcement*, sia per le difficoltà ed i costi di accertamento delle violazioni, sia per le difficoltà ed i costi di repressione delle medesime. In questo senso, tale scelta, quella della degradazione del diritto esclusivo in diritto a compenso, costituirebbe una opzione a carattere eccezionale rispetto al principio generale della libera determinazione del prezzo sul mercato. Dunque, quando la certezza dell'applicazione della riserva di attività non possa operare in maniera adeguata per le caratteristiche dell'utilizzazione, allora non rimarrebbe che optare per un regime di prezzi imposti dall'autorità, in via del tutto eccezionale. Questa non

278 KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home copying, levies and DRM*, in *Entertainment law review* 2005, 77 ss..

279 Si veda in proposito l'importante scritto di analisi economica COASE, *The problem of social cost*, in *Law and economics* 1960, 2 ss..

sarebbe certamente la soluzione ottimale, e tuttavia sarebbe sicuramente preferibile ad una situazione in cui, in diritto si declami astrattamente il regime ottimale, ed invece in fatto l'attività venga svolta concretamente dagli utilizzatori senza pagare alcun corrispettivo, con un manifesto pregiudizio degli interessi del creativo[280].

(Segue). L'*enforcement* in ambiente digitale

Il principale fondamento su cui si è proceduto ad istituire la libertà di riproduzione privata negli ultimi decenni sembra venire meno in conseguenza delle più recenti evoluzioni tecnologiche. Le stesse tecnologie, che in un primo momento avevano trasformato l'utilizzatore in un potenziale concorrente, e quindi avevano reso necessaria l'istituzione di sistemi di compensazione in conseguenza dell'ineffettività dell'*enforcement*, successivamente, sembrerebbero avere reso possibile, per la prima volta nella storia del diritto di autore, il controllo di ogni utilizzazione dell'utente privato. Per mezzo delle moderne misure tecnologiche di protezione, nate nell'ultimo decennio, sembrerebbe divenuto possibile, per i titolari dei diritti, controllare ogni esemplare da essi messo in circolazione o a disposizione online, in modo da impedire qualsiasi attività di moltiplicazione in copie non autorizzata. Questo fenomeno costituirebbe una rivoluzione assoluta rispetto al passato, in quanto, per la prima volta renderebbe fattibile un controllo della sfera privata senza costi e senza sacrifici eccessivi. Per giunta, andrebbe anche rilevato che, sempre con riferimento alle utilizzazioni che avvengono online, sarebbe divenuto possibile per le imprese che

280 Si veda però l'opinione contraria di MEDEMA, *Legal fiction: the place of the Coase theorem in the law and economics*, in *Economics and philosophy* 1999, 209 ss..

forniscono l'accesso alla rete internet tracciare i dispositivi connessi alla rete su cui vengono compiute le attività di riproduzione privata senza costi eccessivi. Quindi, sempre senza costi eccessivi, diverrebbe perfino possibile individuare gli utilizzatori che realizzano la copia. Insomma, da una lato, le misure tecnologiche di protezione impedirebbero la riproduzione privata *ex ante*, dall'altro lato, le tecnologie degli ISP consentirebbero l'accertamento *ex post* dell'attività contraffattoria. Di conseguenza, la privativa tornerebbe ad essere effettiva, o meglio diverrebbe per la prima volta effettiva, anche nella sfera privata del consumatore e dell'utente[281].

Tuttavia, le scelte normative fatte nel diritto europeo sembrerebbero propendere per la conservazione di questa giustificazione, e per il mantenimento del sistema del prelievo come sostitutivo della privativa. E' certamente vero che, il legislatore europeo, anche in attuazione delle previsioni dei Trattati WIPO, abbia preso atto della nascita delle misure tecnologiche di protezione ed abbia cercato di tutelarle. Infatti, da un lato, il legislatore europeo ha previsto sanzioni penali ed amministrative per chi tenti di aggirare le MTP o comunque ne agevoli l'aggiramento, e dall'altro lato, tale legislatore ha previsto che le MTP prevalgano sulla facoltà dell'utente di effettuare una copia privata qualora l'opera sia digitale, con possibilità di richiedere però una copia analogica quando possibile. In aggiunta a ciò, ha altresì previsto che la presenza di MTP sia uno dei criteri per la determinazione dell'equo compenso per copia privata, e pertanto la loro apposizione riduca l'indennizzo. Ciononostante, il medesimo legislatore europeo ha

281 Sulla nascita delle MTP e la conseguente delegittimazione della copia privata si veda in particolare DAVIES, *A technical solution to private copying: the case of digital audio tape*, in *EIPR* 1987, 155 ss. e HARDY, *Property and copyright in cyberspace*, in *William and Mary Law school repository* 1996, 234 ss..

proceduto, contestualmente all'introduzione di queste misure protettive delle MTP, alla previsione della eccezione di reprografia e copia privata nell'elenco di cui all'articolo 5 della Direttiva infosoc, ed alla previsione del meccanismo del diritto a compenso[282]. Se avesse ritenuto che davvero, almeno con riferimento alle utilizzazioni online, l'esclusiva fosse divenuta fattualmente effettiva per le ragioni anzidette, avrebbe potuto fare una scelta in termini di affermazione totale dell'esclusiva, e di conseguente abolizione di ogni sistema di compensazione, ed invece sembrerebbe non averlo fatto. Questo vale a significare che, nella sua valutazione, nonostante esistano oggi le misure tecnologiche di protezione, e nonostante le utilizzazioni online siano oggi tracciabili, ad ogni modo, la giustificazione qui in esame rimarrebbe ancora valida[283].

5.5. I costi di transazione ed il fallimento del mercato

La ragione preminente che sorregge la libertà di riproduzione privata nella scienza economica è invece costituita dalla sussistenza di un fallimento del mercato, a causa della presenza di rilevanti costi di transazione, ed a causa di rilevanti costi di *enforcement* privata e pubblica. Si provi ad immaginare la situazione in cui l'acquirente dell'esemplare debba, per ogni utilizzazione privata dello stesso, sostenere i costi relativi alla identificazione del titolare dei diritti, negoziazione individuale dei compensi, ed effettuazione dei conseguenti

282 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

283 Per spunti su una analisi economica dell'approccio europeo, si veda KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home copying, levies and DRM*, in *Entertainment law review* 2005, 75 ss..

pagamenti. In una tale situazione, il costo di transazione sarebbe di regola superiore alla somma che il proprietario dell'esemplare sarebbe disposto a pagare per l'utilizzazione, e quindi al valore economico di questa. Ne deriverebbe generalmente la rinuncia, da parte del consumatore, all'acquisizione delle utilità che sarebbero derivate dall'utilizzazione privata desiderata[284]. Si provi poi ad immaginare la situazione in cui i titolari dei diritti intendano garantire un adeguato livello di *enforcement* mediante l'esperimento di azioni giudiziarie contro la maggiore parte degli utilizzatori privati identificati. Evidentemente, i costi che lo Stato dovrebbe sostenere per il funzionamento dell'apparato giurisdizionale necessario alla tutela giurisdizionale dei diritti azionati sarebbe elevatissimo. Altrettanto elevati sarebbero i costi in termini di spese legali per i titolari dei diritti. Ne deriverebbe, anche in questo caso, la rinuncia da parte dello Stato o del titolare alla tutela giurisdizionale nella maggiore parte dei casi di contraffazione di cui si sia avuta in qualche modo conoscenza[285]. Quindi, in definitiva, vi sarebbero rilevanti costi di transazione sia per il consumatore che per il titolare dei diritti, i quali determinerebbero una situazione in cui, da un lato, il consumatore si asterrebbe dal domandare la licenza per l'utilizzazione privata e, a volte, dal porre in essere del tutto l'utilizzazione privata, mentre, dall'altro lato, il

284 In proposito GORDON, *Market failure and intellectual property*, in *Boston university law review 2002,* 1031 ss. e GORDON, *Excuse and justification in the law of fair use: commodification and market perspectives*, in ELKIN-KOREN e NETANEL, *The commodification of information*, Kluwer law international, The Hague, 2002, 149 ss.. Ma anche GORDON, *Fair use as market failure: a structural and economic analysis of Betamax case and its predecessors*, in *Columbia law review* 1982, 1600 ss..

285 In proposito SEUBA, *The economics of intellectual property rights enforcement*, in *The WIPO journal* 2015, 136 ss..

titolare si asterrebbe dal perseguire la violazione perpetrata mediante l'azione in giudizio.

Alcune riflessioni interessanti su questo tema, a sostegno della libertà di utilizzazione privata con pagamento del compenso, possono essere ispirate dal dibattito sulla opportunità delle *liability rules* piuttosto che delle *property rules*. A questo proposito, in linea generale, numerosi studi hanno messo in luce che la presenza di costi di transazione elevati conducono a *liability rules,* ed invece la presenza di costi di transazione moderati conducono a *property rules.* Come si può bene intuire dalle denominazioni, la protezione di una risorsa intellettuale mediante *liability rules* si estrinseca nell'imposizione di corrispettivi pecuniari dopo lo svolgimento dell'attività senza previo consenso, ed invece la protezione mediante *property rules* si estrinseca nell'imposizione di una previa autorizzazione espressa. Evidentemente, nei mercati che presentano alcune caratteristiche, quali particolari difficoltà nell'individuazione delle parti e particolari rigidità nella contrattazione, i sistemi di compensazione successiva garantiscono una maggiore efficienza economica rispetto ai sistemi di autorizzazione preventiva. Nei mercati con caratteristiche opposte, invece, l'ottimizzazione economica è garantita dai sistemi proprietari di autorizzazione preventiva. In questa prospettiva, applicando gli esiti di questa teoria economica al mercato delle utilizzazioni private, emergerebbe che i sistemi compensatori successivi rappresentano la scelta economicamente più efficiente. Infatti, il mercato delle utilizzazioni private presenta in maniera accentuata entrambe le caratteristiche di cui si è fatta menzione, sia la difficoltà nell'individuazione delle parti, sia le rigidità nella contrattazione. In breve, tale mercato presenta elevati costi di transazione rispetto ai valori che in esso sono offerti, e questo è esattamente il presupposto economico in presenza del quale è opportuno

privilegiare le *liability rules.* In altri termini, gli studi sull'efficienza economica delle *liability rules* e delle *property rules* nelle diverse tipologie di mercati, depongono per l'adozione di mere *liability rules* nel mercato delle utilizzazioni private, per gli elevati costi di transazione che questo mercato presenta[286].

Altre riflessioni interessanti su questo tema, a sostegno del pagamento immediato del compenso al momento della prima cessione dell'esemplare piuttosto che mediante licenze successive, possono essere ispirate dal dibattito sull'opportunità del *pricing in*. Alcuni studi hanno messo in luce che la presenza di costi di transazione elevati in relazione all'utilizzazione privata rendono opportuna la monetizzazione dei valori economici al momento del contratto mediante il fenomeno del c.d. *pricing in*. In particolare, se non si procedesse alla concessione delle facoltà di utilizzo privato nel contratto di prima cessione dell'esemplare, il valore economico ad esse relativo andrebbe perduto, in quanto i costi di transazione supererebbero le somme che i consumatori sarebbero disposti a pagare per queste facoltà di utilizzo privato. Il consumatore, semplicemente, non acquisterebbe un esemplare addizionale per l'ottenimento delle limitate utilità addizionali che cerca con la copia aggiuntiva. In questo senso, i costi di transazione del mercato impedirebbero l'attività, con pregiudizio sia degli operatori economici sia dei consumatori. L'alternativa al *pricing in* sarebbe, quindi, il venire meno

286 Essenziale lo studio di CALABRESI e MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard law review* 1972, 1089 ss.. Si veda anche PALLAS LOREN, *Redefining the market failure approach to fair use in an era of copyright protection systems*, in *Journal of intellectual property law* 1997, 1 ss.; DEN BERGH, *The role and social justification of copyright: a "law and economics" approach*, in *Intellectual property quarterly* 1998, 17 ss.; LUNNEY, *The death of copyright*, in *Virginia law review* 2001, 813 ss.; DEPOORTER e PARISI, *Fair use and copyright protection: a price theory explanation*, in *International review of law and economics* 2002, 453 ss..

nella prassi di una attività che apporta benefici ai consumatori, senza che ciò giovi agli altri operatori. Anzi, a bene vedere, gli operatori economici sarebbero finanche pregiudicati dalla perdita del valore economico connesso all'utilizzazione privata. Infatti, il prezzo cui tali operatori potrebbero vendere i loro esemplari sarebbe necessariamente inferiore[287].

(Segue). I costi di transazione in ambiente digitale

Anche il fondamento economico su cui si è proceduto ad istituire la libertà di riproduzione privata negli ultimi decenni sembrerebbe venire meno in conseguenza delle più recenti evoluzioni tecnologiche. Infatti, queste non si limiterebbero a rendere controllabile l'utilizzo privato, bensì si spingerebbero ad abbattere i costi di transazione in relazione ad esso. Si pensi alle informazioni sul regime dei diritti impresse nelle opere digitali, le quali sembrerebbero azzerare interamente i costi relativi alla ricerca dei titolari dei diritti. Sarebbe sufficiente qualche *click* sull'esemplare digitale per venire a conoscenza di ogni informazione utile a questo proposito. Si pensi, altresì, alla facilità con cui è possibile procedere alla accettazione dell'offerta al pubblico da parte dell'utente per via telematica ed alla contestuale effettuazione di pagamenti a distanza.

287 Si fa riferimento agli studi di LIEBOWITZ, *Copying and indirect appropriability: photocopying of journals*, in *Journal of political economy* 1985, 945 ss.; ma anche agli studi di Besen, ed in particolare a BESEN, *Private copying, reproduction costs and the supply of intellectual property*, The rand corporation, Santa Monica, 1984, 1 ss. e BESEN, *Private copying, appropriability and optimal copying royalties*, The rand corporation, Santa Monica, 1987, 1 ss.. Poi, altrettanto importanti gli studi condotti dal governo inglese e dal professore Hargreaves nel 2010 sull'impatto economico della copia privata, insieme con la sentenza della *High court of justice* del 19 giugno 2005 che ha dichiarato l'invalidità dell'eccezione di copia privata nell'ordinamento inglese.

Anche qui, sarebbe sufficiente seguire le procedure guidate del sito internet, con alcuni click si sarebbe perfezionata la fattispecie contrattuale. Alla luce di quanto fin qui riferito, sembrerebbe che l'idea dell'eccessività dei costi di transazione nel mercato della riproduzione privata non corrisponda più alla realtà successiva alle ultime evoluzioni delle tecnologie digitali. Con esse, infatti, sembrerebbe possibile richiedere l'autorizzazione preventiva, ottenerla e procedere al pagamento senza attese e senza costi eccessivi[288]. Alla luce di questo, secondo un pensiero che si rafforza nel tempo, l'argomento relativo ai costi di transazione non sarebbe più sostenibile. Infatti, le nuove tecnologie consentirebbero non solo di controllare ogni singolo aspetto della sfera privata, ma anche di riscuotere un prezzo per esso, senza costi di negoziazione, e senza costi di *enforcement*. Pertanto, esse renderebbero possibile la commisurazione e la calibrazione del corrispettivo dovuto sull'esatta entità del godimento che l'utilizzatore intende ottenere. Ne deriverebbe che, il *pricing in* non sarebbe più necessario, ed invece, oggi, sarebbe possibile anche la *price discrimination*. Cioè, non occorrerebbe più caricare il prezzo della copia privata nella vendita dell'esemplare, bensì sarebbe possibile inserirlo in successive licenze. Anzi, la monetizzazione successiva potrebbe essere più equa di quella immediata, in quanto comporterebbe l'applicazione di

288 Per uno spunto NWOGUGU, *The economics of digital content and illegal online file sharing: some legal issues*, in *Computer and telecommunications law review* 2006, 5 ss.; NWOGUGU, *Pricing digital content: the marginal cost and open access controversies*, in *Computer and telecommunications law review* 2008, 199 ss.; NWOGUGU, *Economics of digital content, new digital content control and P2P control systems*, in *Computer and telecommunications law review* 2008, 140 ss..

costi calcolati esattamente sulle specifiche esigenze del singolo nel caso concreto[289].

Anche in questo caso, come per la giustificazione analizzata in precedenza, va notato però che il legislatore europeo ne era perfettamente a conoscenza al tempo della predisposizione della Direttiva infosoc[290], in quanto già a quel tempo esistevano le tecnologie che rendono possibile la *price discrimination.* Ciononostante, tale legislatore ha deciso consapevolmente di ribadire, nell'elencazione delle eccezioni di cui all'articolo 5, sia la reprografia che la copia privata. Anche in questo caso, avrebbe potuto affermare un'esclusiva assoluta e senza limiti con riferimento alla sfera privata, se avesse aderito alla tesi appena prospettata, ed invece sembrerebbe non averlo fatto. Pertanto, sembrerebbe che, le sue valutazioni e le sue scelte, presupporrebbero ancora, anche in una realtà dove la monetizzazione del valore economico della copia privata possa avvenire mediante licenze successive alla cessione dell'esemplare senza costi rilevanti, il mantenimento della piena validità della giustificazione qui esaminata[291].

---

289 Sull'eliminazione dei costi di transazione, e la necessità di ripensare le libere utilizzazioni di conseguenza, si veda GORDON, *Intellectual property as price discrimination: implications for contracts*, in *Chicago - Kent law review* 1998, 1367 ss. e BELL, *Fair use versus faired use: the impact of automated rights management on copyright fair use doctrine*, in *North Carolina law review* 1998, 558 ss.. Si veda anche DEPOORTER e PARISI, *Fair use and copyright protection: a price theory explanation*, in *International review of law and economics* 2002, 453 ss..

290 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

291 Per spunti su una analisi economica dell'approccio europeo, si veda KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home copying, levies and DRM*, in *Entertainment law review* 2005, 75 ss..

6. L'estensione del principio di libertà di riproduzione privata

Fino a qui, si è affermato che le norme previste all'articolo 5 della Direttiva infosoc[292] ed agli articoli 12, 68 e 71 sexies della l.a., e cioè la clausola generale di utilizzazione economica e le eccezioni di reprografia e copia privata, ritagliano uno spazio di libertà per la riproduzione privata. Si sono altresì esaminate le ragioni giustificative su cui questo spazio di libertà si fonda. Nell'ultima parte di questo lavoro, si procede quindi a determinare i criteri per delineare con precisione l'ampiezza di questo spazio di libertà, e quindi le condizioni in presenza delle quali l'utilizzazione privata del consumatore e dell'utente si colloca al di fuori del controllo del titolare.

In precedenza, si è fornita una definizione generica di riproduzione privata. La si è intesa come qualsiasi moltiplicazione in copie di un esemplare operata da un utilizzatore per soddisfare sue esigenze o quelle dei suoi parenti, amici, colleghi o altre persone comunque connesse a lui da vincoli di natura personale o professionale. Questa prima definizione è evidentemente troppo vasta per potere essere adoperata come punto di riferimento nella delineazione della sfera di libertà dell'utilizzatore. Ad una definizione tanto ampia, sarebbe possibile ricondurre attività di riproduzione estremamente eterogenee tra di loro, alcune innocue per gli interessi dei titolari ed altre estremamente pregiudizievoli. Se ci si limitasse ad adottare una concezione così ampia, si arriverebbe a conseguenze irragionevoli, come il ritenere perfettamente lecite senza il consenso del titolare attività sistematiche di *file sharing*.

292 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

Questo esito non sarebbe accettabile, in quanto svuoterebbe il valore economico della privativa autorale, e darebbe luogo ad un bilanciamento degli interessi palesemente sbilanciato[293]. Evidentemente, all'interno delle innumerevoli attività riconducibili a questa definizione, occorre operare una distinzione ulteriore. Di seguito, si determineranno i criteri per effettuare tale distinzione, ed in particolare per individuare le riproduzioni private che dovrebbero essere lecite in questo quadro, e quindi si

293 Alcune riflessioni sui pregiudizi derivanti dalle attività di *file sharing*, sono indicate nei rapporti studiati in MACALUSO, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Dir. comm. int.* 2010, 821 ss.. Sul *file sharing* e la necessità che sia vietato, si rinvia a BLAKENEY, *Peer-to-peer file sharing under assault*, in *Computer and telecommunications law review* 2006, 55 ss.; O'FLYNN, *File sharing: an holistic approach to the problem*, in *Entertainment law review* 2006, 218 ss.; SMITH e TAYLOR, *File sharing: modern developments*, in *Computer and telecommunications law review* 2010, 176 ss.; GRIFFIN, *An historical solution to the legal challanges posed by peer-to-peer file sharing and digital rights management technology*, in *Communication law* 2010, 78 ss.; LIM e LONGDIN, *P2P online filesharing: transnational convergence and divergence in balancing stackholder interests*, in *EIPR* 2011, 690 ss.. Tra l'altro, va messo in evidenza che l'evoluzione delle pratiche di *file sharing* ne rende sempre più incerta la fisionomia. I primi sistemi di *file sharing* comportavano il caricamento delle opere protette sul server dell'intermediario, che poi consentiva agli utenti lo scaricamento. Evidentemente, un sistema così primitivo non presentava problemi particolari in sede di qualificazione dell'attività come contraffattoria. Il progressivo affinamento ha poi creato non poche complicazioni. Già Napster non caricava i file degli utenti su una propria memoria, ma si limitava ad indicizzare i file e mettere in connessione gli utenti. In questo modo, lo scaricamento avveniva direttamente tra gli utenti. Addirittura, Aimster, oltre alle accortezze adottate da Napster, provvedeva a criptare i file scambiati dagli utenti e dichiarava a sua difesa di non poterli leggere. Infine, negli ultimi e più moderni modelli di *file sharing*, del tipo KaZaa, ogni utente diviene a sua volta server, e viene a costituire un nodo della rete di trasmissione. Evidentemente, diviene molto più complessa la qualificazione dell'attività come contraffattoria, ma il pregiudizio per il titolare dei diritti rimane ugualmente intenso. In effetti, per l'utilizzatore, ottenere una copia illecita con Napster non è più complicato di ottenerla con KaZaa. Diventa solo più complicato per il giudice affermare giuridicamente la responsabilità dell'intermediario. Su questa evoluzione, si veda la trattazione di MONTAGNANI, *Dal peer to peer ai sistemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online*, in *IDA* 2007, 3 ss..

determineranno le caratteristiche che una riproduzione privata dovrebbe presentare al fine di potere essere liberamente svolta dal consumatore e dall'utente senza il consenso del titolare. Una riproduzione privata, individuata in base ai criteri che si diranno, e che presenti le caratteristiche che si diranno, dovrebbe essere considerata lecita nel nostro sistema autorale in base alla sua natura aneconomica oppure in base alla sua riconducibilità all'eccezione di reprografia o di copia privata. In altri termini, si intende di seguito delineare i criteri che servono a distinguere tra riproduzione privata libera, in quanto utilizzazione aneconomica ovvero in quanto riconducibile alle eccezioni di reprografia o copia privata, e riproduzione privata riservata, in quanto utilizzazione economica non riconducibile ad alcuna eccezione.

Al fine di determinare i criteri per distinguere le riproduzioni private lecite ed illecite, e quindi le caratteristiche che la riproduzione privata dovrebbe assumere per essere considerata lecita, occorre premettere alcune brevi considerazioni storiche ed economiche, e sviluppare su di esse alcune brevi analisi.

(i) Al fine della delineazione dei criteri anzidetti, occorre anzitutto una analisi storica, ed in particolare occorre chiarire le cause e le ragioni per cui si è verificata l'estensione del diritto esclusivo dell'autore nella sfera privata negli ultimi quattro decenni, in corrispondenza dell'avvento della società dell'informazione. Si è già detto più volte, in questa trattazione, che tradizionalmente il diritto di autore si limitava a riservare l'utilizzazione della risorsa protetta in una attività di impresa diretta alla produzione di nuova ricchezza, e quindi il titolare ne aveva il controllo solo nell'ambito di attività economiche imprenditoriali, mentre non aveva il controllo dell'utilizzo privato. Si è anche detto che questo era percepito come perfettamente naturale, in quanto la situazione era la stessa per il diritto

di brevetto e per il diritto di marchio e quindi corrispondeva ad un principio generalmente accettato nella proprietà intellettuale. Si è anche detto che, ad ogni modo, il titolare non se ne doleva particolarmente, in quanto, da un lato, il titolare medesimo non aveva interesse a vietare le utilizzazioni private, le quali gli cagionavano solo un danno *de minimis*, e, dall'altro lato, in quanto un ipotetico controllo della sfera privata da parte sua sarebbe stato comunque ineffettivo ed avrebbe comportato un pregiudizio eccessivo per la riservatezza dei consociati. A partire da un certo momento, le tecnologie hanno sovvertito questi ultimi due elementi, ed hanno mutato radicalmente la situazione. Da un lato, esse hanno costituito in capo al titolare l'interesse di fatto a controllare la sfera privata e, dall'altro lato, hanno reso possibile tale controllo. Quindi, ciò che è mutato da un momento all'altro è, essenzialmente ed esattamente, il pregiudizio per il titolare nel suo sfruttamento imprenditoriale. Il titolare era perfettamente soddisfatto dalla riserva di sfruttamento imprenditoriale sull'opera dell'ingegno, al pari del titolare della riserva sull'invenzione industriale e sul segno distintivo. Non aveva alcun bisogno di controllare la sfera privata. Ma, siccome l'utilizzazione privata, almeno limitatamente alla facoltà di riproduzione, è divenuta concorrenziale con l'utilizzazione imprenditoriale, questi ha acquistato l'interesse ad estendere la sua esclusiva. Questa analisi storica vuole affermare che l'estensione dell'esclusiva alla sfera privata non è fine a se stessa, ma è, in qualche modo, funzionalizzata. In particolare, l'estensione del controllo del titolare appare funzionale ad impedire che l'utilizzazione privata faccia concorrenza a quella imprenditoriale. Il titolare, a bene vedere, sarebbe ancora perfettamente soddisfatto dal controllo della sola utilizzazione imprenditoriale, come lo era in passato, ovviamente, a condizione che quella privata non sottragga alla prima il suo valore economico. Questa

consapevolezza è fondamentale nel ragionamento diretto ad individuare l'area della riproduzione privata libera. Infatti, i criteri per distinguere la riproduzione privata lecita da quella illecita dovrebbero fondarsi e derivare proprio dalla consapevolezza di questa funzionalizzazione. In questo senso, i criteri distintivi tra lecito ed illecito dovrebbero tendere a separare le riproduzioni private idonee ed inidonee a fare concorrenza e sottrarre valore economico allo sfruttamento imprenditoriale. In questo quadro, il più ragionevole *discrimen* dovrebbe consistere esattamente nella idoneità o inidoneità della riproduzione privata a sottrarre valore economico allo sfruttamento imprenditoriale. Pertanto, i mutamenti della situazione, emersi nella analisi storica appena riferita, non giustificano una estensione della privativa all'intera riproduzione privata, ma solo a quella parte della riproduzione privata che è divenuta, a causa dell'emersione delle nuove tecnologie copiative e digitali, concorrenziale con lo sfruttamento imprenditoriale e che incide negativamente sul suo valore economico[294].

294 In generale, si veda GINSBURG, *From having copies to experiencing works: the development of an access right in US copyright law*, in *Columbia law school public law and legal theory working paper group* 2000, 1 ss.; GINSBURG, *"The exclusive right to their writings": copyright and control in the digital age*, in *Maine law review* 2002, 196 ss.; e poi anche TUSSEY, *From fan sites to file sharing: personal use in cyberspace*, in *Georgia law review* 2001, 1139 ss.. Si veda anche LIU, *Owning digital copies: copyright law and the incidents of copy ownership*, in *William and Mary law review* 2001, 1245 ss. e LIU, *Copyright law's theory of consumers*, in *Boston law review* 2003, 397 ss. che indica precisamente cosa è mutato nelle esigenze e nelle possibilità del consumatore con la nascita delle tecnologie dell'informazione. Si veda poi, anche, MCKUIN, *Home audio taping of copyrighted works and the audio home recording act of 1992: a critical analysis*, in *Hastings communications and entertainment law journal* 1994, 311 ss. e LARDNER, *Fast forward: a machine and the commotion it caused*, Pierce law publishing, Concord, 2002, 173 ss. che rendono l'idea del dibattito sull'estensione dell'esclusiva nelle sedi legislative. Per alcune riflessioni sulle conseguenze della diffusione di opere in internet, si veda COLLOVA, *Sui recenti sviluppi in materia di compressione audio digitale e di tutela dei diritti degli autori, degli interpreti o esecutori e dei produttori nella distribuzione online di brani musicali*, in

(ii) A questo punto, subentra l'analisi economica, in quanto occorre adesso chiarire cosa si intenda per concorrenzialità tra riproduzione privata e sfruttamento imprenditoriale, e quando tale concorrenzialità sussista. Generalmente, si afferma che due attività sono in concorrenza tra di loro se offrono gli stessi beni e servizi sullo stesso mercato, e pertanto le vendite riconducibili all'una sono idonee a diminuire le vendite riconducibili all'altra, in quanto soddisfano una parte della domanda. Questa diminuzione di vendite, che deriva dalla presenza dell'altra attività sul mercato, viene definita come danno concorrenziale. Pertanto, nell'analisi economica, si afferma generalmente che, sussiste concorrenzialità tra due attività, se la presenza sul mercato di una cagiona all'altra un danno concorrenziale, *sub specie* di minori vendite, su uno qualsiasi dei mercati rilevanti. Così, è anche per la la riproduzione privata, la quale, quindi, entra in concorrenza con l'utilizzazione imprenditoriale quando diviene idonea a cagionare un danno concorrenziale, sotto forma di minori vendite, su uno qualsiasi dei mercati in cui la creazione può essere sfruttata imprenditorialmente. A questo punto, vanno svolte delle precisazioni ulteriori sul concetto di danno concorrenziale. Lo si è definito, finora, come danno da minori vendite di beni e servizi, conseguenti alla soddisfazione di una parte della domanda su uno qualsiasi dei mercati di sfruttamento imprenditoriale della creazione intellettuale. Esso consiste, precisamente, quindi, in una riduzione della capacità di profitto sul mercato, e cioè in una riduzione della capacità di vendita di supporti tangibili e contenuti digitali. Esso può essere misurato, esattamente, mediante il calcolo della differenza tra il numero di potenziali acquirenti che sarebbero disposti a pagare per una copia aggiuntiva in assenza della attività concorrente e numero di

IDA 1999, 561 ss..

potenziali acquirenti effettivamente disponibili ad acquistare in presenza dell'attività concorrente.

L'analisi economica svolta fino a qui ha messo in luce che la concorrenzialità ed il danno concorrenziale sussistono se il titolare vende meno esemplari a causa delle attività che gli utilizzatori finali svolgono con i loro supporti. Sulla base di questi ragionamenti, è importante precisare che, quindi, il danno concorrenziale consiste in un danno da minori vendite, e non invece in un danno da minori licenze. Infatti, seppure è vero che una parte consistente delle attività di riproduzione privata non è in sé idonea a ridurre le vendite, è altresì vero, però, che ogni riproduzione privata astrattamente concepibile potrebbe sempre, per ipotesi, essere licenziata. Diversi studi di mercato hanno dimostrato che, per alcuni tipi di riproduzione privata, gli acquirenti non sono disposti a comprare un esemplare ulteriore. Infatti, non sempre il desiderio di copiare è connesso al desiderio di comprare, ed anzi per molte attività di copia privata non c'è correlazione tra queste due intenzioni, e quindi l'effettuazione della copia non diminuisce le vendite. Si pensi alle copie *backup,* oppure si pensi al *format shifting*, il consumatore medio non acquisterebbe mai un esemplare ulteriore al solo fine di effettuare il *backup* o di leggere il libro più comodamente sull'*ebook*. Sono chiari esempi di riproduzioni private in cui il consumatore vuole effettuare la copia, ma non sarebbe disposto a comprare un esemplare aggiuntivo, e quindi sono manifestamente inidonee a ridurre le vendite. Gli acquirenti non sarebbero, almeno generalmente, disposti a comprare un esemplare addizionale solo per proteggersi da una possibile perdita di dati, ovvero per fruire della creazione più comodamente su un altro dispositivo. Tuttavia, questi stessi acquirenti potrebbero essere disposti in queste medesime ipotesi a pagare una somma aggiuntiva ai fini di ottenere

l'autorizzazione all'effettuazione della copia. Infatti, se è vero che le loro esigenze non li determinano a comprare un esemplare addizionale, è altresì vero che tali esigenze potrebbero invece determinarli a stipulare una licenza aggiuntiva. Pertanto, l'effettuazione di riproduzioni private solo a volte comporta una riduzione delle vendite, ed invece sempre, o quasi sempre, implica una diminuzione delle licenze potenziali.

Sulla ricostruzione qui adottata, secondo la quale il danno concorrenziale va inteso come danno da minori vendite, e non invece come danno da minori licenze, va svolto un approfondimento. Si è finora detto che, tendenzialmente, ogni riproduzione privata sarebbe in astratto licenziabile, e per ciascuna di esse potrebbe essere pattuito un corrispettivo ulteriore, anche minimo. Infatti, per ogni beneficio supplementare il consumatore e l'utente potrebbero essere disposti a pagare un prezzo. Tornando in particolare all'esempio palese delle copie *backup* e del *format shifting*, si è detto che, per esse, seppure la generalità dei consumatori non sarebbe disposta a comprare un esemplare ulteriore, cionondimeno, la maggiore parte degli utilizzatori sarebbe almeno tendenzialmente disposta a pagare un ammontare supplementare come corrispettivo di una licenza, quando tale ammontare sia minimo e molto inferiore al prezzo dell'esemplare. Adesso, si aggiunge che la ricostruzione riferita prima, la quale limita il concetto di danno concorrenziale a quello da minori vendite, deve essere preferita alle altre possibili ricostruzioni illustrate adesso, per una ragione fondamentale qui di seguito indicata. In particolare, la ricostruzione del danno concorrenziale come danno da minori vendite sembrerebbe realizzare il migliore bilanciamento possibile tra gli interessi coinvolti in modo da consentire la massimizzazione della soddisfazione dei vari soggetti, ed altresì sembrerebbe essere in sé quella maggiormente

efficiente da un punto di vista economico. Anzitutto, la ricostruzione del danno concorrenziale come danno da minori vendite garantirebbe una ampia libertà di riproduzione privata per gli utilizzatori, ed attenuerebbe l'invasività e la pervasività del diritto di autore nella vita dei consociati. Infatti, come ampiamente riferito, tale ricostruzione assume che il controllo del titolare non si spinga alle utilizzazioni che non riducono il numero delle vendite, e pertanto rimarrebbero fuori dal controllo autorale tutte le moltiplicazioni in copie per le quali gli utilizzatori siano disponibili a pagare una licenza, ma non a pagare un esemplare addizionale. A bene vedere, ciò eviterebbe l'invasione della sfera privata dopo l'acquisto l'esemplare, che si è detto più volte essere avvertito con particolare insofferenza tra i consociati. Il consumatore sarebbe pienamente soddisfatto dal potere godere ed utilizzare l'esemplare come si aspetta di potere ragionevolmente fare. Allo stesso tempo, tale ricostruzione non sottrarrebbe possibilità di guadagno ai titolari rispetto all'altra, in quanto, per queste riproduzioni che non incidono sulla domanda dei beni e servizi ma solo sulla comodità di fruizione, un prezzo verrebbe comunque effettivamente pagato. Il consumatore ed utente pagherebbe un prezzo nel momento dell'acquisto dell'esemplare. Infatti, il prezzo dell'esemplare è sempre commisurato ai benefici che l'utilizzatore può potenzialmente trarre da esso, e pertanto si incorpora senza necessità di pattuizioni specifiche. Come anticipato, diversi studi di mercato hanno dimostrato l'esistenza del cosiddetto fenomeno di *pricing in*, e cioè che, nei sistemi di libera contrattazione negoziale del prezzo degli esemplari, essi automaticamente incorporano tutti i benefici conseguibili mediante la sua fruizione. Si tratterebbe, non di sottrarre un valore economico al titolare per una maggiore soddisfazione dell'utilizzatore, bensì, solo di predeterminare il momento della monetizzazione di questo valore

economico. Nulla perderebbe il titolare, mentre, la soddisfazione del consumatore sarebbe incrementata notevolmente, venendo meno le barriere che avverte con maggiore insofferenza. Detto questo sul piano del bilanciamento degli interessi, conviene passare a quello dell'efficienza economica. Ebbene, è di tutta evidenza che, questa monetizzazione del valore economico correlato all'utilizzazione privata al momento della prima vendita dell'esemplare, anziché successivamente, sarebbe assolutamente opportuna dal punto di vista dell'efficienza economica. Infatti, questo è l'unico momento in cui la concessione della facoltà di effettuazione della copia all'utilizzatore può avvenire in totale assenza di costi di transazione. Invece, un'eventuale licenza successiva presenterebbe inevitabilmente tali costi e questi costi potrebbero essere considerevoli. Pertanto, la ricostruzione che qui si adotta sembrerebbe costituire, non solo quella più ragionevole sul piano del bilanciamento tra i contrapposti interessi, ma anche quella più efficiente sul piano economico[295].

Questa ricostruzione, in particolare quella relativa alla premessa di analisi economica cui al (ii) che precede, potrebbe incontrare alcune obiezioni. In effetti, in questo lavoro, si è già messo in luce più volte che, i costi di transazione connessi alla monetizzazione del valore della copia privata mediante licenza successiva alla prima cessione dell'esemplare, si sono notevolmente ridotti nell'ambiente digitale, e, quindi, il *pricing in*

295 Si veda in particolare lo scritto estremamente utile in proposito di STADLER, *Copyright as a trade regulation*, in *University of Pennsilvanya law review* 2007, 899 ss.. In esso, è condotta una analisi estremamente interessante che compara il diritto di autore ed il diritto di marchio, ed adopera in questo esame le categorie del diritto della concorrenza. Si vedano anche gli studi condotti dal governo inglese e dal professore Hargreaves nel 2010 sull'impatto economico della copia privata, e poi anche la sentenza della *High court of justice* del 19 giugno 2015 che ha dichiarato l'invalidità dell'eccezione di copia privata.

non sarebbe più l'unico sistema possibile, bensì, potrebbe essere sostituito da un sistema di *price discrimination.* Cioè, se per lungo tempo i costi di transazione hanno reso infattibile il *pricing in* sul piano dell'efficienza economica, ebbene, la loro drastica riduzione in ambiente digitale cambia la situazione. Si potrebbe immaginare, ad oggi, senza particolari problemi di costi di transazione, che il consumatore chieda ed ottenga licenze successive alla cessione dell'esemplare per la copia privata, pagando solo per le sue necessità effettive di godimento. Se si ritenesse che il progresso tecnologico si sia effettivamente spinto fino a questo stadio, si potrebbe aderire alla tesi del danno concorrenziale come danno da minori licenze senza problemi di efficienza economica[296]. Tuttavia, l'obiezione va rigettata per le ragioni esposte di seguito. Anche risolta la questione dell'efficienza economica in questo senso, quest'ultima ricostruzione va cionondimeno rigettata, sia su un piano di opportunità che su un piano normativo. Sotto il primo profilo, come già ampiamente rilevato, essa si risolverebbe in una negazione integrale della libertà di copia privata, che non costituirebbe un bilanciamento equilibrato degli interessi, ed implicherebbe una forte invasione della sfera privata dei consociati, che, si ribadisce, è da essi particolarmente avvertita con un sentimento di insofferenza ed ingiustizia. Inoltre, alla restrizione delle libertà dell'utilizzatore, non corrisponderebbe neppure una migliore soddisfazione degli interessi del titolare. Quest'ultimo riceverebbe una remunerazione sostanzialmente identica a quella che attualmente riceve attraverso l'incorporazione del prezzo nella prima

296 Sull'eliminazione dei costi di transazione e la necessità di ripensare le libere utilizzazioni di conseguenza, si veda GORDON, *Intellectual property as price discrimination: implications for contracts*, in *Chicago - Kent law review* 1998, 1367 ss. e BELL, *Fair use versus faired use: the impact of automated rights management on copyright fair use doctrine*, in *North Carolina law review* 1998, 558 ss..

cessione dell'esemplare. Sotto il secondo profilo, essa sarebbe contraria alle disposizioni normative che comunque riconoscono uno spazio alla libertà di copia privata nel sistema di diritto di autore europeo ed italiano. Infatti, come pure ampiamente rilevato, la previsione dell'articolo 12 l.a. che restringe la privativa all'utilizzazione che ha carattere economico, e le previsioni del 68 e 71 sexies l.a. che liberalizzano la reprografia e la copia privata, devono avere un qualche ambito di applicazione. Considerato che ogni utilizzazione potrebbe essere in astratto licenziabile, il loro ambito di applicazione sarebbe sostanzialmente cancellato. Per questa ragione, in questo lavoro il concetto di concorrenzialità viene correlato al danno concorrenziale da minore vendita e non al danno concorrenziale da minore licenza.

Sulla base di queste riflessioni e di queste assunzioni, è possibile ipotizzare, adesso, alcune regole operative di base che potrebbero rivelarsi utili per la verifica in concreto del carattere della concorrenzialità e del correlato danno concorrenziale. La regola a carattere generale, in base a quanto riferito finora, dovrebbe consistere, nel domandarsi se la riproduzione effettuata possa potenzialmente ridurre le vendite del titolare dei diritti in uno qualunque dei suoi mercati di sfruttamento imprenditoriale. Per verificare ciò, ci si potrebbe domandare, di conseguenza, ad esempio, se le persone cui la copia così realizzata venga messa a disposizione avrebbero potuto essere considerate parte del pubblico di uno dei mercati di sfruttamento imprenditoriale. In questa prospettiva, occorrerebbe verificare quale pubblico poteva essere preso in considerazione dal titolare con l'immissione in circolazione dell'esemplare e se la messa a disposizione della copia dell'esemplare ad altri costituisca un pubblico diverso o più ampio rispetto ad esso. Poi, ancora, ad esempio, potrebbe essere valutato se l'esigenza

dell'utilizzatore, astrattamente considerata, potesse dare luogo all'acquisto di un esemplare addizionale, e quindi se il titolare avrebbe potuto ragionevolmente attendersi di vendere a tale pubblico copie addizionali in relazione a tale esigenza. In effetti, è abbastanza chiaro che l'esigenza sottesa ad una copia *backup* non possa dare luogo all'acquisto di un esemplare addizionale. Piuttosto, il consumatore attenderebbe di perdere il file, per poi, nell'eventualità della perdita, acquistarlo una seconda volta. Infine, ad esempio, potrebbe essere valutato se il prodotto dell'utilizzazione privata, astrattamente considerato, fosse idoneo a soddisfare l'esigenza per cui è posta in essere l'utilizzazione medesima, e, quindi, a sostituirsi all'acquisto dell'esemplare addizionale. In effetti, la fotografia di un pezzo di *design*, scattata per inviarla ad un amico, non sarebbe idonea a fare venire meno la sua esigenza di acquistare l'opera del disegno industriale per decorare il suo immobile. L'elemento del pubblico, dell'esigenza e dell'idoneità a soddisfare l'esigenza sono solo indici di quello che è il *discrimen* vero e proprio, e cioè la possibilità di vendita di copie addizionali, il quale verrà meglio esaminato ed articolato di seguito[297].

Nel prosieguo della trattazione, si indicheranno ordinatamente le caratteristiche concrete che la riproduzione privata deve avere per non essere concorrenziale con l'utilizzazione imprenditoriale, e quindi non cagionare alcun danno concorrenziale in termini di minori vendite, ma non di minori licenze, nei mercati di sfruttamento imprenditoriale. In particolare, si sosterrà che questo avviene quando la riproduzione privata è effettuata da una persona fisica, direttamente e senza interposizione di

297 KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 68 ss.. Per spunti sul pubblico nuovo e diverso si veda Corte di Giustizia 13 febbraio 2014, C-466/12, in *AIDA* 2014, *1586*; Corte di Giustizia 21 ottobre 2014, C-348/13, in *AIDA* 2014, *1644*; Corte di Giustizia 26 marzo 2015, C-279/13, in *AIDA* 2015, *1650*.

altri, senza finalità commerciale e senza finalità di lucro, per fornire una copia o un numero ridotto di copie, a sé o ad una persona che appartiene ad una cerchia immediata e vicina, partendo da un esemplare lecito e che ha acquistato personalmente. Inoltre, si sosterrà che questo modello di utilizzazione privata non concorrenziale è liberalizzato nella valutazione legislativa, in quanto aneconomico, o in quanto riconducibile alla reprografia o riconducibile alla copia privata. Si evidenzierà, infine, che in ogni caso, anche in assenza di concorrenzialità e quindi di qualsiasi danno concorrenziale, l'utilizzazione privata così delineata è comunque soggetta all'obbligo di corresponsione di un compenso per ragioni diverse rispetto al risarcimento del danno da essa cagionato, e più propriamente per ragioni di ripartizione tra i consociati del danno che, invece, è cagionato dall'utilizzazione privata illecita e concorrenziale[298].

298 La principali fonti da cui si procede per l'elaborazione di questi criteri sono KARAPAPA, *Padawan versus SGAE: a right to private copy?*, in *EIPR* 2011, 244 ss.; KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 49 ss.; KARAPAPA, *A copyright exception for private copying in the United Kingdom*, in *EIPR* 2013, 129 ss.; KARAPAPA e BORGHI, *Copyright and mass digitization*, Oxford university press, Oxford, 2013, 1 ss.. Altre fonti principali sono SAMUELSON, *Fair use for computer programs and other copyrightable works in digital form: the implications of Sony, Galoob and Sega*, in J*ournal of intellectual property law* 1993, 51 ss.; NETANEL, *Copyright and a democratic civil society*, in *The Yale law journal* 1996, 283 ss.; NETANEL, *Impose a non commercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing*, in *Harvard journal of law and technology* 2003, 1 ss.; LITMAN, *Lawful personal use*, in *Texas law review* 2009, 1871 ss.. Ma si vedano anche SAMUELSON, *Modifying copyrighted software: adjusting copyright doctrine to accomodate a technology*, in *Jourimetrics journal* 1987, 179 ss.; LITMAN, *The exclusive right to read*, in *Cardozo art and entertainment* 1994, 29 ss.; SAMUELSON, *Copyright and freedom of expression in historical perspective*, in *Journal of intellectual property law* 2002, 319 ss.; GERVAIS, *The price of social norms: towards a liability regime for file sharing*, Vanderbilt university from the selected works of Gervais, 2003, 40 ss.; LITMAN, *War and peace: the 34th annual Donald Brace Lecture*, in *Journal of copyright society in the USA* 2006, 101 ss..

6.1. La connessione soggettiva tra la persona che effettua la copia e la persona che ne fruisce

La prima caratteristica che la riproduzione privata dovrebbe presentare per evitare di assumere carattere concorrenziale rispetto all'utilizzazione imprenditoriale del titolare è di tipo soggettivo, ed in particolare attiene al destinatario della copia. Ebbene, la copia deve essere realizzata per il beneficio dell'utilizzatore stesso, oppure per il beneficio di una persona che appartiene ad una cerchia lui vicina in quanto avvinta da un rapporto di parentela, convivenza, amicizia, colleganza o altra relazione personale o professionale.

A questo proposito, va preliminarmente chiarito che non è necessario la copia venga realizzata dal consumatore o dall'utente per il suo uso personale. Infatti, la Direttiva infosoc[299], nel disciplinare le eccezioni di reprografia e di copia privata, adopera espressamente la formulazione *"uso privato"* e non *"uso personale",* e lo fa in maniera consapevole, come si evince dall'esame dei lavori preparatori. Nella versione originaria della Proposta di direttiva del 1999 era, infatti, previsto che la copia potesse essere realizzata da una persona fisica ad *"uso privato e strettamente personale"*. Poi, successivamente, per la ferma volontà del Parlamento europeo di allargare la portata dell'eccezione, è avvenuta la sostituzione in *"uso privato"* con uno specifico emendamento. Questo emendamento, che ha introdotto l'espressione oggi vigente, era motivato esattamente dalla volontà politica di ampliare la portata dell'eccezione, dal testo iniziale che lo limitava alla persona dell'utilizzatore, al testo finale che lo estendeva alla cerchia di

299 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

persone che lo circondano[300]. Detto questo, è poi certamente vero che alcune leggi nazionali attuative della direttiva hanno adoperato l'espressione *"personale"* anziché *"privato"*[301]. Tuttavia, queste leggi nazionali non hanno inteso, almeno normalmente, operare una scelta consapevole in senso restrittivo. Piuttosto, hanno semplicemente adoperato le due espressioni come sinonimi, ed in particolare hanno solitamente indicato con l'espressione uso personale quello che è invece invece l'uso privato. Questo è avvenuto anche nel sistema autorale italiano, dove quindi l'espressione *"personale"* deve essere letta come *"privato".* D'altronde, non potrebbe essere diversamente. Infatti, se è vero che ciascuno Stato membro è perfettamente libero di introdurre l'eccezione di copia privata, essendo tale eccezione a recepimento facoltativo, è altrettanto vero che, una volta introdotta, essa va recepita con il contenuto previsto dalla direttiva medesima per come interpretata dalla Corte di Giustizia[302].

---

300 Si veda la versione della Proposta di direttiva sulla società dell'informazione del 25 giugno 1999, e la si confronti con il testo definitivo della Direttiva sulla società dell'informazione del 2001.

301 Si veda la legge austriaca all'art. 42, o la legge danese all'art.12, o la legge rumena all'art. 34.

302 La nostra legge interna ad esempio adopera le espressioni *"uso personale"* ed *"uso esclusivamente personale"*. Tuttavia, una ampia opinione sostiene sia adoperato con il significato di uso privato, si veda CRUGNOLA, *Problemi giuridici relativi alla riproduzione mediante fotocopia di opere protette dal diritto di autore*, in *IDA* 1978, 531 ss.. Contra, si veda DE SANCTIS, *La copia privata nel D.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, in *IDA* 2004, 118 ss.. In giurisprudenza sull'equivalenza concettuale Cass. 1 settembre 1997 n. 8304, in *AIDA* 1998, *509* e Trib. Milano 14 aprile 2003, in *AIDA* 2003, *943.* Sulla necessità di rispettare le previsioni della direttiva per come interpretata dalla Corte di Giustizia quando lo Stato membro sceglie di introdurre l'eccezione, si veda Corte di Giustizia 27 giugno 2013, C-457/11, in *AIDA* 2014, *1579.*

Una volta chiarito che il beneficio può essere diretto ad una qualunque persona presente nella cerchia dell'utilizzatore, va ancora precisato quanto ampia possa essere quest'ultima, e quindi va ancora indicato quanto intenso debba essere il livello dei legami tra le persone affinché la riproduzione non presenti il carattere della concorrenzialità. Sicuramente deve sussistere una relazione di parentela, amicizia o colleganza affinché si possa ipotizzare si rientri nella sfera privata, e tuttavia diviene essenziale precisare l'intensità di questa connessione. Infatti, questo tipo di relazioni umane e professionali possono essere dilatate in maniera indeterminata, e, appare evidente che più diminuisce di intensità la relazione, e corrispondentemente si amplia la cerchia di persone che attornia l'utilizzatore, più aumenta il rischio di concorrenzialità e danno concorrenziale tra l'utilizzazione privata e quella imprenditoriale. Al fine di determinare l'intensità della relazione nella cerchia privata, può essere utile rilevare un'indicazione qualitativa contenuta in un *Working paper* della Commissione europea del 2004[303], il quale espressamente afferma che, ai fini della configurazione di una cerchia privata, la relazione nella famiglia deve essere *"immediate",* e la relazione tra conoscenti *"closest"*. Questa indicazione qualitativa è estremamente importante. Essa sta ad indicare che, per ciascun tipo di relazione, ci si dovrebbe limitare alle persone con cui si hanno connessioni più strette. Pertanto, ragionevolmente, nella famiglia non ci si dovrebbe spingere oltre il primo o il secondo grado di parentela, nella rete amicale oltre le persone con cui si hanno relazioni umane effettivamente profonde e da un tempo considerevole, e nell'ambito lavorativo oltre i colleghi con cui si collabora nello svolgimento di medesime attività e funzioni. L'indicazione qualitativa, in sostanza, farebbe propendere per

303 Si veda il *Working paper* of the European commission, on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, on 19th July 2004.

l'esistenza di legami stretti all'interno della cerchia. Essa, ovviamente, costituisce solo una indicazione di massima, che va poi calata nelle circostanze particolari del caso concreto ed applicata con ragionevolezza caso per caso[304].

6.2. Il numero di copie

La seconda caratteristica, che la riproduzione privata dovrebbe presentare per non essere concorrenziale con quella economica del titolare, è di tipo oggettivo, ed attiene al numero delle copie che il consumatore e l'utente possono realizzare. Nella determinazione del numero di copie, oltre il quale l'attività diviene concorrenziale, si potrebbero prendere in considerazione tre distinte indicazioni, qui di seguito riportate.

La prima indicazione discende dall'articolo 5 della Direttiva infosoc[305], che consacra il *three steps test*. Questo prevede espressamente che le attività liberalizzate mediante le eccezioni e limitazioni non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera, e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare. Questo test sembrerebbe imporre l'adozione un parametro di ragionevolezza e normalità nella valutazione del numero di copie che il consumatore o l'utente possa realizzare. Esso andrebbe applicato, in relazione al profilo qui in esame, secondo il ragionamento seguente. Nel momento in cui il titolare realizzi e diffonda un esemplare analogico o

304 Per una analisi approfondita, si rinvia a KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 49 ss..

305 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

digitale in un certo canale di distribuzione, potrebbe ragionevolmente aspettarsi che esso soddisfi le esigenze di un certo pubblico. La moltiplicazione in copie che ecceda questo pubblico, atteso dal titolare con ragionevolezza, non potrebbe essere considerata conforme ai canoni di ragionevolezza e di normalità imposti dal test, mentre la moltiplicazione in copie che vi rientri potrebbe essere considerata conforme a tali canoni derivanti dal test. Anche in questo caso, l'indicazione è meramente di massima, e quindi va applicata su base casistica, secondo le particolari circostanze concrete del caso di specie[306].

La seconda indicazione discende dal Libro verde sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione del 1995, in cui la Commissione europea sembrerebbe mettere in luce che l'interesse del consumatore all'estrazione della copia sia adeguatamente soddisfatto mediante la messa a disposizione di una singola copia analogica e non riproducibile. In altri termini, nel giudizio della Commissione, l'effettuazione di una sola copia analogica sembrerebbe essere, almeno tendenzialmente, atta a soddisfare interamente le esigenze di libertà di utilizzazione privata dei consumatori e degli utenti[307].

La terza indicazione si colloca nella l.a. all'articolo 71 sexies, ed è analoga alla seconda. Questa norma prevede espressamente che, in caso sia apposta una misura tecnologica di protezione, l'utente possa

306 Si vedano GEIGER, *Three steps test: a threat to a balanced copyright law?*, in *International review of intellectual property and competition law* 2006, 683 ss. e GRIFFITHS, *The three steps test in European copyright law: problems and solutions*, in *Intellectual property quarterly* 2009, 428 ss.. In particolare, si veda SYNODINOU, *The lawful use and a balancing of interests in European copyright law*, in *International review of intellectual property and competition law* 2010, 839 ss..

307 Si veda in particolare il Libro verde sui diritti di autore ed i diritti connessi nella società dell'informazione, Comunicazione numero 382, del 19 luglio 1995.

chiedere che venga rimossa al fine di realizzare una unica copia. Evidentemente, anche in questo caso, nella valutazione del legislatore interno, una singola copia sarebbe idonea ad apportare una utilità sufficiente al consumatore e all'utente per la soddisfazione delle rispettive esigenze di fruizione[308].

In base a queste tre indicazioni, il numero di copie dovrebbe essere particolarmente ridotto. Esso non dovrebbe mai eccedere un parametro di ragionevolezza e normalità, considerando anche che, addirittura, una singola copia è solitamente idonea ad apportare una utilità sufficiente all'utilizzatore. Anche questa è, chiaramente, una indicazione di massima da calare nelle circostanze particolari del caso concreto[309].

6.3. La natura del soggetto che effettua la copia

La terza caratteristica, che la riproduzione privata dovrebbe presentare per non essere concorrenziale, attiene alla natura del soggetto che acquista l'esemplare ed effettua la copia, ed in particolare questi dovrebbe essere una persona fisica e non invece una persona giuridica. Questa caratteristica è pacifica sia per le riproduzioni dell'opera stampata e sia per le riproduzioni di altra tipologia di opera. Essa implica che, se l'acquirente dell'esemplare consista in una organizzazione, questa non possa effettuare la riproduzione per fornire copie dell'esemplare ai suoi associati, dipendenti, collaboratori, fornitori e clienti. In sostanza, solo l'acquirente persona fisica potrebbe realizzare delle copie per il beneficio delle persone nella sua cerchia di relazione, e

308 Si veda DE SANCTIS, *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni*, in *IDA* 2003, 8 ss..

309 Per una analisi approfondita, si rinvia a KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 49 ss..

non anche l'acquirente persona giuridica per il beneficio delle persone che la compongono o che comunque sono coinvolte nella sua gestione e nella sua attività operativa.

Nel testo della Direttiva infosoc all'articolo 5[310], il legislatore europeo non prevede espressamente alcun requisito soggettivo per la persona del copiatore se la riproduzione è effettuata su carta o altro supporto simile, ed invece prevede espressamente che la riproduzione su qualsiasi altro supporto sia effettuata da una persona fisica. Allo stesso modo, nel testo della l.a. all'articolo 68 e 71 sexies questa differenza letterale è riproposta negli stessi termini, e quindi il requisito soggettivo non è previsto per la reprografia, ed invece è previsto per la copia privata. Si potrebbe, quindi, essere portati a pensare, in base alla lettera delle disposizioni normative anzidette, che questo requisito non valga per la riproduzione su supporto cartaceo. A bene vedere, però, questa lettura letterale potrebbe essere corretta sulla base di alcune indicazioni che emergono dalla medesima nozione di uso privato e di uso personale, ed altresì sulla base di alcune considerazioni attinenti al distinto carattere della assenza di finalità commerciale e di finalità lucrativa. In primo luogo, il concetto di cerchia privata, che si è appena descritto, sembrerebbe essere stato sempre concepito in dottrina con rifermento alla persona fisica ed alle sue relazioni con altre persone, e non sembrerebbe possibile la sua estensione di per sé ad una entità giuridica. Infatti, molte delle ragioni che conducono a liberalizzare la copia dell'acquirente persona fisica in ambito privato non sembrerebbero valere nelle ipotesi in cui acquirente sia una entità giuridica. In particolare, nella generalità dei casi, verrebbero meno almeno quelle ragioni attinenti alla riservatezza ed

310 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

all'ineffettività, in quanto un controllo all'interno delle organizzazioni diverrebbe possibile con rischi e costi accettabili[311]. In secondo luogo, la mancanza di finalità commerciale e lucrativa non sembrerebbe essere compatibile con una attività di riproduzione posta in essere da una organizzazione. In questo caso, infatti, l'acquisizione in capo ai dipendenti e collaboratori dei benefici derivanti dalla disponibilità della copia, ovvero la valorizzazione e professionalizzazione degli stessi derivante dall'accesso alla creazione attraverso la copia, costituirebbe in se stesso un vantaggio competitivo, e quindi rappresenterebbe una forma di beneficio economico, almeno indiretto. In nessun caso, potrebbe, dunque, dirsi che la riproduzione privata operata all'interno di una organizzazione non apporti alla stessa vantaggi economici[312]. Le ultime due considerazioni potrebbero quindi portare a correggere la lettura del dato letterale, e quindi potrebbero fare propendere per limitare in ogni caso la libertà di riproduzione privata alla moltiplicazione in copie operata dalla sola persona fisica, ed al di fuori di qualsiasi entità giuridica ed organizzazione.

Questo quadro non sembrerebbe essere però coerente con il sistema di riscossione dell'equo compenso per copia privata, per come esso è stato delineato in numerose pronunce dalla Corte di Giustizia e per come esso è stato recepito dalle giurisprudenze nazionali. In particolare, in giurisprudenza è stato affermato che, ai fini dell'esenzione dall'imposizione del compenso, non sarebbe sufficiente che la vendita sia avvenuta a favore di una entità giuridica e non di una persona fisica,

311 Uno spunto in SEUBA, *The economics of intellectual property rights enforcement*, in *The WIPO journal* 2015, 136 ss..

312 Uno spunto in SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 360 ss..

bensì sarebbe necessario altresì un accertamento in concreto della circostanza che il supporto sia destinato dall'organizzazione a fini manifestamente estranei a quelli di copia privata. In assenza di presunzioni sufficienti a fare ritenere sussistente questa destinazione, il compenso sarebbe dovuto anche dall'ente. Si potrebbe, quindi, argomentare nel senso che questo sistema presuppone che la copia possa essere effettuata anche da un'organizzazione. In altri termini, se un'organizzazione fosse tenuta a pagare il compenso, dovrebbe allora logicamente godere della libertà di utilizzazione corrispondente al compenso dovuto[313]. Questa lettura non può trovare qui accoglimento, ed invece si preferisce quella che precede, sulla base di due considerazioni. La prima considerazione è di tipo logico, ed in particolare si potrebbe efficacemente sostenere che non sia legittimo desumere alcunché in maniera automatica dal sistema di pagamento del compenso. Infatti, il sistema del compenso potrebbe essere stato costruito in un certo modo dal legislatore al solo al fine di evitare pratiche di elusione dell'imposizione, e quindi potrebbe benissimo imporre pagamenti anche laddove sul piano sostanziale l'attività sia in sé illecita ed al solo fine di evitare l'elusione delle attività invece liberalizzate. In altri termini, non sarebbe dato desumere in maniera automatica la libertà di una certa utilizzazione per il solo fatto che essa sia soggetta all'obbligo di pagamento del compenso. Infatti, si ribadisce, esso potrebbe essere dovuto anche solo a finalità di prevenzione di condotte elusive. La seconda considerazione è di tipo economico, ed in particolare si potrebbe sostenere efficacemente che la liceizzazione dell'attività di riproduzione

313 Si veda Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, C-467/08, in *AIDA* 2011, *1386*; Corte di Giustizia 11 luglio 2013, C-521711, in *AIDA* 2014, *1580*; Corte di Giustizia 5 marzo 2015, C-463/12, in *AIDA* 2015, *1649*. Nella giurisprudenza si veda in particolare Trib. Milano 14 febbraio 2011, in *AIDA* 2011, *1450* e Trib. Roma 23 settembre 2011, in *AIDA* 2012, *1507*.

interna alle organizzazioni produrrebbe danni concorrenziali molto rilevanti all'utilizzazione economica del titolare. A bene vedere, alcune organizzazioni sono estremamente grandi, ed in esse la semplice messa a disposizione di copie ai dipendenti e collaboratori per uso interno potrebbe pregiudicare gravemente lo sfruttamento imprenditoriale del titolare. Si immagini un'organizzazione di decine di migliaia di dipendenti che acquisti un esemplare di un libro, ne faccia migliaia di duplicati e lo metta a disposizione di ciascun dipendente. Il danno concorrenziale è abbastanza evidente in questo esempio, dove, con una sola vendita, potrebbero essere sottratte al titolare migliaia di altre possibilità di vendita ulteriore[314].

6.4. La realizzazione diretta da parte del soggetto che effettua la copia

La quarta caratteristica, che la riproduzione privata dovrebbe presentare per non essere concorrenziale rispetto all'utilizzazione imprenditoriale, attiene alla mancanza di interposizione di altro soggetto diverso dal copiatore nella realizzazione della copia, e quindi nella duplicazione diretta da parte dell'acquirente dell'esemplare. Questo implica essenzialmente che il consumatore e l'utente persona fisica che hanno acquistato la copia non possono domandare ad altra persona fisica o entità giuridica di effettuare la riproduzione nel loro interesse, neppure se questo avviene al di fuori dell'esercizio di una attività economica e senza pagamenti in danaro. Essi devono, invece, adoperare

314 Per una analisi approfondita, si rinvia a KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 51 ss..

fisicamente gli strumenti tecnici che servono all'operazione di riproduzione.

Questa caratteristica sembrerebbe essere controversa, in quanto la normativa europea non è chiara sul punto[315], ed in molte legislazioni nazionali si è proceduto ad una espressa codificazione della soluzione solo in relazione all'eccezione di copia privata e non anche a quella di reprografia. Il legislatore europeo nella Direttiva infosoc all'articolo 5[316] sembra propendere consapevolmente per l'imposizione di questo requisito almeno con riferimento alla copia privata. Infatti, nella formulazione della direttiva proposta dal Consiglio europeo con Posizione comune del 28 settembre 2000[317], la previsione legislativa era copia fatta *"per l'uso privato di una persona fisica"* e, poi, nella versione finale è divenuta copia fatta *"da una persona fisica per uso privato"*. In questa differente formulazione, potrebbe essere ravvisata una volontà politica tesa ad introdurre il requisito in esame. Infatti, l'espressione *"da"* introduce un complemento di agente e quindi indica il soggetto che compie l'azione, a differenza dell'espressione *"per"* che invece introduce un complemento di fine o scopo e quindi indica solo il beneficiario dell'azione. La modifica di questa formulazione nel corso dei lavori preparatori della direttiva denota indubbiamente una certa consapevolezza e volontà politica del legislatore europeo nel senso appena prospettato. Tra l'altro, tale volontà è esplicitata nella stessa

315 Per una analisi approfondita, si rinvia a KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 53 ss..

316 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

317 Posizione comune del Consiglio europeo, numero 48, del 28 settembre 2000.

Posizione comune del Consiglio Europeo, nella parte motiva, dove si legge al punto III.24, che il cambiamento rispetto alla proposta originaria della Commissione, la cui formulazione sul punto era simile a quella vigente, è effettuato *"al fine di contemplare non soltanto le riproduzioni effettuate da una persona fisica, ma anche quelle effettuate per conto di tale persona"*[318].

In questo quadro, il legislatore italiano ha scelto di introdurre questo requisito solo con riferimento alla copia privata e non anche alla reprografia. Pertanto, all'articolo 68 l.a. si legge che la riproduzione può avvenire in un *"punto o centro di riproduzione"* e che può essere effettuata sia dal *"responsabile (…) nel proprio ambito"* sia da *"terzi"* privati, ed invece all'articolo 71 sexies si legge che *"la riproduzione (…) non può essere effettuata da terzi"*. Evidentemente, nel primo caso, il legislatore ha voluto che l'acquirente dell'esemplare possa rivolgersi ad un centro di riproduzione e domandare che effettui per lui la copia, ed invece, nel secondo caso, tale legislatore ha voluto che il copiatore adoperi personalmente le tecnologie copiative. La disciplina di attuazione italiana trova corrispondenza in numerose altre normative di attuazione straniere, che adottano sostanzialmente la stessa soluzione con analoghe formulazioni[319]. Pertanto, questo requisito troverebbe sicura applicazione alla copia privata, ed invece non dovrebbe trovare applicazione alla reprografia, almeno nell'ordinamento interno. La questione è tuttavia ancora controversa ed incerta.

---

318 Posizione comune del Consiglio europeo, numero 48, del 28 settembre 2000, e si confronti essa con il testo finale della Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

319 Si vedano, ad esempio, l'articolo 35 della legge di autore ungara, l'articolo 12 della legge di autore norvegese, e l'articolo 12 della legge di autore svedese.

Un passo in avanti importante nel chiarire l'ampiezza del concetto di intermediazione nella realizzazione della copia è avvenuto con il *caso VCast*, all'attenzione della giurisprudenza italiana e, di recente, anche europea. VCast è una società di diritto inglese che svolge una attività di registrazione di emissioni in chiaro da remoto con tecnologia *cloud computing*. In altri termini, VCast stipula con l'utente un contratto di locazione di hardware idoneo alla memorizzazione di dati, ed un separato contratto di licenza di software la cui funzionalità è quella di registrare emissioni su richiesta dell'utente e caricarle nello spazio di memoria preso in locazione. In questo modo, VCast non interferisce nella realizzazione della copia privata da parte dell'utente. E' il software licenziato, su richiesta dell'utente, ad effettuare la registrazione e caricarla sulla memoria presa in locazione. Evidentemente, la copia resta effettuata dall'utente finale, non diversamente da come avverrebbe con un videoregistratore o altro apparecchio di memorizzazione di suoni ed immagini[320]. Tuttavia, la situazione potrebbe essere vista anche con una diversa angolazione. In particolare, si potrebbe anche ritenere che, nel complesso, VCast offra un servizio di registrazione di *broadcast* che consente all'utente finale di visionare l'emissione, registrata su una memoria fissa accessibile a distanza, nel luogo e nel momento scelto individualmente. In questo senso, l'attività di VCast agevolerebbe la copia privata, rendendola più semplice. In sua assenza, l'utente avrebbe dovuto noleggiare lo spazio fisico per la memorizzazione dei dati, e prendere in licenza un software con caratteristiche adeguate ad effettuare la registrazione su richiesta. Invece, con VCast, l'effettuazione della copia sarebbe molto più agevole. Ebbene, questo caso limite è di particolare interesse, in quanto consente di toccare con mano la sensibilità della

320 Si vedano le condizioni generali di contratto pubblicate sul sito internet di Vcast, ed in particolare l'articolo 2.

giurisprudenza sul tema. La soluzione che è stata, infine, fornita in giurisprudenza depone inequivocabilmente per una lettura restrittiva. Il giudice di merito torinese ed il giudice di merito milanese che si sono occupati della questione hanno fatto applicazione dell'articolo 71 sexies comma 2 della l.a., secondo cui è vietata la prestazione di servizi diretta ad agevolare l'attività di copia privata, nella sua lettura più possibile restrittiva. Secondo questi giudici, l'attività di VCast costituisce a pieno titolo attività di prestazione di servizi diretti ad agevolare la copia privata. In particolare, le loro argomentazioni fanno leva sul dettato normativo italiano, il quale non si limita ad escludere costituisca copia privata quella realizzata da terzi nell'interesse dell'utente, ma esclude anche dall'ambito della copia privata *"la prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione"* da parte dell'utente privato. A nulla rileverebbe che ad effettuare la copia sia il software licenziato su richiesta dell'utente, ed a nulla rileverebbe che lo spazio di memorizzazione preso in locazione sia di proprietà di un soggetto diverso da VCast. Questi elementi non sono stati reputati sufficienti a sfuggire all'applicazione del divieto di intermediazione nella effettuazione della copia. Evidentemente, nella prospettiva dei giudici torinesi e milanesi, tale divieto è da intendersi nel modo più rigoroso possibile. Non è chiaro quanto rigoroso. Partendo dal caso VCast, si potrebbe arrivare ad argomentare anche nel senso di includere nel divieto la attività di una *software house* che realizzi programmi che consentono la registrazione di suoni ed immagini in differita, così anche di società che si limitino a fornire soli servizi di *cloud computing*. Ad ogni modo, per ciò che qui rileva, queste pronunce chiariscono che, almeno con riferimento alla copia privata

nell'ordinamento interno, il divieto di intermediazione esiste, e va inteso in modo molto rigoroso[321].

6.5. La finalità non commerciale e non lucrativa del soggetto che effettua la copia

La quinta caratteristica, che la riproduzione privata dovrebbe presentare per mancare di concorrenzialità rispetto a quella economica del titolare, attiene alla mancanza di finalità commerciale e lucrativa. Come si può facilmente immaginare, questo requisito può essere dilatato indefinitamente e può essere ristretto indefinitamente, e pertanto sembrerebbe essere particolarmente controverso, e di conseguenza particolare difficoltà sembrerebbe assumere il tentativo di tracciarne un contenuto uniforme e condiviso. Ai fini della delineazione di una definizione accettabile, sembra opportuno distinguere i profili della finalità commerciale ed i profili della finalità lucrativa, e trattarli separatamente.

Il concetto di finalità commerciale evoca, almeno *prima facie*, l'idea del commercio, e cioè l'idea della distribuzione e diffusione tra il pubblico di un esemplare. In questo senso, la commercialità consisterebbe nella

321 Si fa riferimento in particolare alle recenti ordinanze Trib. Roma 7 agosto 2015, in *AIDA* 2016, *1755;* Trib. Milano 11 settembre 2015, in *AIDA* 2016, *1757*; Trib. Torino 2 novembre 2015, in *AIDA* 2016, *1760*. Si noti che il Tribunale di Torino ha rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia con rinvio del 12 maggio 2016 nella Causa C-265/16. In particolare, il giudice torinese ha chiesto alla Corte di Giustizia di esprimersi sulla legittimità ovvero sulla illegittimità rispetto all'eccezione di copia privata europea di una normativa nazionale che vieti ovvero che autorizzi lo svolgimento di una attività di videoregistrazione da remoto con tecnologia *cloud computing*, con la precisazione che il soggetto prestatore del servizio interviene attivamente nell'attività. Evidentemente, dalla formulazione del ricorso del giudice torinese si evince molto chiaramente l'adesione alla prospettiva restrittiva che poi è stata confermata nelle pronunce dei giudici milanesi.

intermediazione nella circolazione di un esemplare. Pertanto, una riproduzione presenterebbe finalità commerciale, quando, tale riproduzione sia diretta alla realizzazione di una copia destinata alla messa in circolazione nel pubblico in qualsiasi forma e modo, sia con atto a titolo oneroso che con atto a titolo gratuito, sia con atto che trasferisce un diritto reale e sia con atto che trasferisce un diritto personale[322]. Invece, il concetto di finalità lucrativa evocherebbe, almeno *prima facie*, l'idea del guadagno diretto, e cioè l'idea dello scambio dell'esemplare in cambio di un valore economico monetario. In questo senso, la lucratività consisterebbe nell'ottenimento di una qualsiasi forma di incremento patrimoniale come corrispettivo della cessione dell'esemplare. Pertanto, una riproduzione presenterebbe finalità lucrativa, quando, tale riproduzione sia diretta alla realizzazione di una copia destinata ad essere ceduta a terzi in cambio di un qualsiasi tipo di entrata, guadagno, valore economico, incremento patrimoniale[323].

In realtà, come accennato, questi stessi concetti potrebbero essere dilatati in maniera indefinita. In particolare, nell'area che si è delineata

322 Per critiche all'eccessiva ampiezza della nozione di commercialità, e per un suo restringimento, si veda MEURER, *Too many markets or too few? Copyright policies toward shared works*, in *Southern California law review* 2004, 952 ss. e TEHRANIAN, *"Et tu fair use?" the triumph of natural law copyright*, in *Davis law review*, 2005, 502 ss..

323 Per una ricostruzione completa delle nozioni in esame, si vedano CAROSONE, *In tema di abusiva duplicazione a fine di lucro*, in *IDA* 1998, 71 ss.; DI RIENZO, *Le utilizzazioni libere: non profit*, in *AIDA* 2002, 235 ss.; DI FABIO, *La nuova normativa sul diritto di autore e la riproduzione personale dell'opera dell'ingegno*, in *Gius. civ.* 2003, 413 ss.; UBERTAZZI, *Spunti sulla comunicazione al pubblico di fonogrammi*, in *AIDA* 2005, 296 ss.; BONOMO, *L'assenza del fine commerciale nelle libere utilizzazioni ex art. 70 l.d.a.*, in *IDA* 2006, 529 ss.; FRANCESCHELLI, *Musica in rete tra pirateria e uso personale (la libera circolazione delle idee in internet è cosa troppo seria per lasciarla al diritto penale)*, in *Riv. dir. ind.* 2007, 77 ss.; MARI, *In tema di "lucro soggettivo" e "profitto" nell'utilizzazione di opere dell'ingegno*, in *IDA* 2007, 196 ss..

fino a qui, potrebbe essere ricondotto anche il risparmio di spesa, e quindi una mancata uscita monetaria, ed, in generale, una mancata diminuzione patrimoniale. A bene vedere, si potrebbe perfino ricondurre il conseguimento di qualsiasi altra utilità, e quindi si potrebbe estendere il concetto a qualsiasi entità astrattamente idonea a soddisfare un bisogno materiale o spirituale. Questa dilatazione, ai fini di questa analisi, va accolta solo in parte. Infatti, da un lato, sembrerebbe che la semplice assenza dell'elemento della messa in circolazione nel pubblico e dell'elemento dell'incremento patrimoniale a carattere corrispettivo non assicurino l'assenza di concorrenzialità con lo sfruttamento imprenditoriale. E' di tutta evidenza che, in non pochi casi, il titolare potrebbe subire seri pregiudizi nelle vendite anche per utilizzazioni che non comportino né la messa in circolazione tra il pubblico, né un'entrata, guadagno, valore economico, incremento patrimoniale a carattere sinallagmatico. Dall'altro lato, sembrerebbe che non vi sia necessità di estendere il requisito ad ogni tipo di risparmio di spesa, e ad ogni forma di altra utilità anche solo a carattere spirituale. Una definizione equilibrata, che si potrebbe adottare in questa sede al fine di circoscrivere il concetto alle utilizzazioni normalmente idonee a ridurre le vendite, potrebbe essere quella che, oltre all'immissione in circolazione tra il pubblico ed oltre all'incremento patrimoniale corrispettivo, includa anche il risparmio di spesa, quando esso sia perseguito imprenditorialmente, o almeno nell'esercizio di una attività economica, e non invece la mancata diminuzione patrimoniale privata o il conseguimento di altra utilità spirituale. Pertanto, il fine di lucro si identificherebbe con qualunque forma di guadagno diretto ampiamente inteso, in aggiunta al risparmio di spesa che sia perseguito nell'esercizio di una attività economica, e, quindi, con esclusione, da un lato, del risparmio di spesa privato, e,

dall'altro lato, del conseguimento di utilità diverse dalla mancata diminuzione patrimoniale[324].

6.6. La liceità dell'originale ed il titolo su di esso

La sesta ed ultima caratteristica della riproduzione privata attiene alla provenienza dell'esemplare originale da cui viene estratta la copia ed al titolo dell'utilizzatore su di esso. In particolare, occorrerebbe che il consumatore e l'utente effettuino la riproduzione partendo da un esemplare originale lecito e che abbiano acquistato personalmente. In questo senso, da un lato, occorrerebbe che l'esemplare originale non sia in sé contraffatto, e, dall'altro lato, che il consumatore e l'utente ne abbiano conseguito la disponibilità materiale per averne acquistato la proprietà.

Il legislatore europeo non prevede espressamente il requisito della liceità dell'originale, e neppure tale requisito è previsto dal legislatore italiano. Tuttavia, esso potrebbe essere stato introdotto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia[325]. In particolare, la Corte sembrerebbe avere affermato che il consentire la copia da fonte illecita produrrebbe un effetto di incentivo alle attività di contraffazione, in quanto, si risolverebbe in una sorta di protezione giuridica del mercato

324 Per la definizione del concetto, si rinvia a LAVAGNINI, *Nota a Tribunale Torino 5 maggio 2000*, in *AIDA* 2000, *731*. A questo proposito, va fatta menzione del caso del disc jockey che riproduce brani musicali da lui acquistati al fine di un più agevole utilizzo nel suo lavoro, così Trib. Sassari 12 novembre 2005, in *AIDA* 2006, *1104*. Sulla questione, si vedano anche CALICE, *La pirateria informatica in ambito aziendale: il problema dell'utilizzo in rete di software privo di licenza*, in *Cass. pen*. 1998, 2762 ss. e PARODI, *L'utilizzo in rete di software senza licenza*, in *Dir. pen e proc.* 1999, 638 ss..

325 In proposito, Corte di Giustizia 3 aprile 2014, C-435/12, in *AIDA* 2014, *1590.*

parallelo delle opere contraffatte. Il rafforzamento del mercato delle opere contraffatte, indubbiamente, danneggerebbe il mercato di sfruttamento imprenditoriale del titolare, e comporterebbe una riduzione delle vendite. Pertanto, la libertà di copia da fonte illecita creerebbe, seppure indirettamente, rischi di attività private dei consumatori ed utenti concorrenziali rispetto alle attività imprenditoriali dei titolari, in grado di cagionare un danno concorrenziale alle medesime, sotto forma di diminuzione delle vendite[326].

Nemmeno il requisito della proprietà dell'esemplare da parte del copiatore è espressamente previsto nella Direttiva infosoc[327] e nella l.a., tuttavia, tale requisito emergerebbe da una riflessione di analisi economica del diritto. In effetti, con questo requisito, si intenderebbe indicare la necessità che la persona che effettui la copia non vi abbia semplicemente un generico accesso legittimo in base ad un qualche titolo contrattuale, bensì vi acceda sulla base della proprietà dell'esemplare. In altre parole, l'esemplare dovrebbe essere stato acquistato dall'utilizzatore, e non sarebbe invece sufficiente che l'utilizzatore sia ammesso a fruirne in quanto gli sia stato prestato oppure in quanto lo visioni nell'ambito di una comunicazione a distanza. A bene vedere, questo requisito sembrerebbe essere di primaria importanza, in quanto, tale requisito eviterebbe che l'attività del titolare nei mercati di noleggio e di comunicazione al pubblico privi di contenuto il mercato di riproduzione

326 GEIGER, *Legal or illegal? That is the question! Private copying and downloading on the internet*, in *International review of intellectual property and competition law* 2008, 597 ss.; TOFT, *Private copying levies, illegal online sources and the private use defence*, in *Entertainment law review* 2014, 225 ss.; QUINTAIS, *Private copying and downloading from unlawful sources*, in *International review of intellectual property and competition law* 2015, 66 ss..

327 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

e distribuzione. A bene vedere, se ogni persona che abbia accesso legittimamente ad una copia, senza averla però acquistata, potesse estrarne altra copia, allora, evidentemente, non vi sarebbe ragione per l'utilizzatore finale di acquistare l'esemplare dal titolare. In effetti, ciascuno potrebbe rivolgersi ad una biblioteca o ad un noleggiatore ed effettuarne copia, oppure assistere ad una diffusione a distanza e registrarla. In altri termini, posto che il costo dell'accesso all'esemplare in forza di un semplice diritto di godimento temporaneo è notevolmente inferiore rispetto al costo dell'acquisto dell'esemplare, ciascun consumatore si sentirebbe legittimato a ricorrere al mercato del noleggio e del prestito per pagare di meno l'esemplare finale. Così, il titolare incrementerebbe i proventi su un mercato poco remunerativo, e vedrebbe svuotati i proventi sul mercato più remunerativo, quello della riproduzione e distribuzione. In sostanza, se non si introducesse questa caratteristica ulteriore all'utilizzazione privata, evidentemente, essa, combinandosi con il noleggio e prestito, ridurrebbe inevitabilmente le vendite del titolare nel principale mercato di sfruttamento imprenditoriale che è costituito proprio da quello di riproduzione e di distribuzione, incrementando solo di misura i proventi nel mercato del noleggio e prestito. Detto questo, certamente, in via eccezionale, in alcune fattispecie di riproduzione di copie acquistate da altri e cui si accede in base ad un titolo diverso dalla proprietà, potrebbe mancare ogni concorrenzialità nell'utilizzazione, ma, a bene vedere, la definizione di uno spazio di riproduzione privata che possa essere accettato dagli operatori giuridici impone un rigore particolare con riferimento alle pratiche che presentano una elevata pericolosità intrinseca per gli interessi del titolare, come in effetti è quella qui appena esaminata[328].

328 Uno studio approfondito sul tema lo si rinviene nell'Impact assessment on the copyright exception for private copying, del governo britannico, del 13 dicembre 2012. Sul punto può poi

A bene vedere, con riferimento alla natura del titolo dell'utilizzatore sull'esemplare che gli occorre ai fini della legittimazione ad estrarne copia, la questione si complica enormemente se si passa a considerare le creazioni che esistono in forma digitale, ed in particolare si pensi ad un software, oppure ad una banca dati elettronica, ma si potrebbe, più in generale, pensare a qualsiasi opera che versi in linguaggio binario e venga fruita attraverso l'elaboratore elettronico. Quando l'utente acquista l'esemplare, almeno solitamente, non stipula un contratto di compravendita di un supporto materiale in cui è incorporata la forma espressiva, ma stipula un contratto in base al quale gli viene messa a disposizione la creazione con una serie di limitazioni contrattuali, in genere relative al numero di dispositivi che vi possono accedere. Talvolta, addirittura, sulla base delle condizioni contrattuali, l'opera viene vincolata ad un solo dispositivo. Ebbene, in queste ipotesi, per quanto rileva in questa sede, e cioè la valutazione della natura del titolo che l'utilizzatore deve avere sull'esemplare per essere legittimato ad estrarne copia, sembrerebbe ragionevole prendere in considerazione a questo fine le specifiche condizioni contrattuali del caso, ed in particolare le restrizioni alla fruizione che esse impongono, ed in base ad esse effettuare ogni valutazione. Posto ciò, sembrerebbe ragionevole ritenere che l'utente sia legittimato ad estrarre copia quando le condizioni contrattuali sulla base delle quali il medesimo accede all'opera gli garantiscano delle possibilità di fruizione sostanzialmente assimilabili a quelle del consumatore che ha acquistato l'esemplare. Viceversa, sembrerebbe ragionevole ritenere che tale legittimazione venga meno quando tali possibilità di godimento siano più vicine a quelle garantite dai diritti personali di godimento che

essere molto utile il dibattito sulle ragioni del controllo autorale del noleggio e prestito, in particolare UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano, 2000, 396 ss. e RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 428 ss..

assicurano una disponibilità limitata del bene su cui insistono, piuttosto che al godimento pieno ed esclusivo del proprietario[329].

6.7. Il pagamento di un compenso

L'assenza di concorrenzialità nell'utilizzazione, in base alle caratteristiche che si sono finora descritte, garantirebbe, secondo l'impostazione qui adottata, la libertà dell'utilizzatore nello svolgimento dell'attività di riproduzione privata. Tuttavia, nei moderni sistemi di diritto di autore questo non avviene gratuitamente. La normativa europea, italiana, e di quasi tutti gli Stati membri impone il pagamento di un compenso sull'utilizzazione privata, anche in assenza di concorrenzialità e di danno concorrenziale, nei termini in cui questi concetti sono stati prima descritti. A questo proposito, in particolare, la Direttiva sulla società dell'informazione prevede espressamente all'articolo 5 paragrafo 2 lettera b che l'introduzione dell'eccezione di reprografia e di copia privata all'interno dello Stato membro deve obbligatoriamente essere accompagnata dalla corresponsione di un equo compenso in favore dei titolari dei diritti[330].

In Italia, un sistema di prelievo generalizzato dell'equo compenso era già stato introdotto prima dell'attuazione della direttiva europea, sia per l'eccezione di reprografia, che per l'eccezione di copia privata.

329 Sulla questione affine della libertà di utilizzazione privata delle banche dati da parte dell'utente, anche in presenza di restrizioni contrattuali, la dottrina si è occupata a più riprese, si veda in particolare MELI, *Le utilizzazioni libere nella direttiva 96/9/CEE sulla protezione delle banche dati*, in *AIDA* 1997, 90 ss. e GIANNELLI, *Banca dati e diritto antitrust*, in *AIDA* 2001, 175 ss..

330 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

Quanto alla reprografia, la legge 18 agosto 2000 numero 248 all'articolo 2[331] aveva imposto il prelievo di un compenso in forma forfettaria da parte dei responsabili dei centri di riproduzione che mettessero a disposizione degli utenti apparecchi per la fotocopiatura di opere cartacee. Questa previsione liberalizzava l'attività di copia con il limite quantitativo del quindici per cento dell'esemplare, ed imponeva il pagamento del compenso. Successivamente, il Decreto legislativo 9 aprile 2003 numero 68[332], attuativo della direttiva europea, riformulava con contenuto simile questa norma. Quanto alla copia privata, la legge 5 febbraio 1992 numero 93[333] aveva imposto un prelievo generalizzato su tutti gli apparecchi di registrazione audio e video in favore degli autori e dei produttori di fonogrammi e videogrammi. Questa imposizione, però, non sembrava liberalizzare l'attività di riproduzione privata. Infatti, il dettato normativo iniziava con: *"Fermo restando quanto previsto dalla legge 22 aprile 1941 n. 633",* e proseguiva con l'attribuzione del diritto al compenso. Pertanto, sembrava venisse imposto il pagamento del compenso, senza che fosse liberalizzata l'attività. In sostanza, secondo ciò che si riteneva generalmente, la norma introduceva una imposizione sui supporti materiali atti alla riproduzione, in funzione risarcitoria di potenziali attività contraffattorie che con essi potevano essere realizzate e che sarebbero state difficilmente accertabili e reprimibili, senza però che vi fosse da parte della medesima alcuna liberalizzazione di tali attività, almeno non espressamente. Cioè, sembrerebbe che, tale norma non intaccasse, o almeno non espressamente, il diritto esclusivo in nessuna parte della sua

331 Legge 248/2000 numero 248, legge recante nuove norme a tutela del diritto di autore.

332 Decreto legislativo 9 aprile 2003 numero 68, articolo 9.

333 Legge 5 febbraio 1992 numero 93, articoli 3 e ss..

estensione, bensì, semplicemente aggiungesse ad esso un diritto a compenso. L'eccezione vera e propria, che liberalizzava l'attività e quindi degradava il diritto esclusivo, è stata introdotta solo con il Decreto legislativo 9 aprile 2003 numero 68[334], il quale ha sancito la libertà dell'attività di riproduzione personale di fonogrammi e videogrammi effettuata da una persona fisica senza scopo di lucro e senza fine commerciale con l'obbligo di corresponsione di un compenso sugli apparecchi in favore degli autori e produttori di tali creazioni e prodotti. Nella trattazione che precede, si sono messe in evidenza le caratteristiche che l'attività dovrebbe presentare per essere riconducibile all'eccezione di reprografia ed a quella di copia privata. In altri termini, la trattazione sulle sei caratteristiche dell'utilizzazione non concorrenziale che si è svolta in precedenza spiegherebbe ciascuno dei requisiti che queste norme prevedono ai fini della liberalizzazione della riproduzione privata della creazione. Quando l'attività sia libera in quanto soddisfi le sei caratteristiche anzidette, tuttavia, rimane ancora soggetta al pagamento del compenso. Di questo equo compenso si tratta di seguito, solo per linee generali, e nella misura in cui ciò occorra per completare il quadro sull'ampiezza della sfera di libertà con riferimento alla riproduzione privata.

Il sistema di prelievo dell'equo compenso è oggi presente in tutti i principali Stati dell'Unione Europea. Anzi, i due principali Paesi membri, Germania e Francia, hanno per primi proceduto alla istituzione del sistema di prelievo. L'introduzione dell'eccezione in Germania risale al

334 Decreto legislativo 9 aprile 2003 numero 68, articolo 9.

1965[335], mentre in Francia al 1985[336]. L'unico Stato membro importante dell'Unione Europea che non ha voluto introdurre alcun sistema di prelievo è stato l'Inghilterra, le cui vicende sono però molto complesse, e meriterebbero una spiegazione più approfondita[337].

Nel diritto di autore europeo, l'introduzione del prelievo è obbligatoria in caso di implementazione dell'eccezione, ed il sistema di

335 Legge tedesca del 9 settembre 1965, articolo 53. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale tedesco che ha accompagnato l'introduzione dell'eccezione si rinvia a SARTI, *Copia privata e diritto di autore*, in *AIDA* 1992, 33 ss..

336 Legge 3 luglio 1985, articolo 2. Per una ricostruzione complessiva dell'equo compenso nei principali Stati membri, si rinvia agli scritti COLLOVA, *A proposito della remunerazione per copia privata*, in *IDA* 1991, 17 ss. e COLLOVA, *Analisi comparata della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei*, in *IDA* 1993, 2 ss..

337 In realtà, in Inghilterra, l'eccezione di copia privata è stata introdotta solo nel 2014 con il Copyright and rights in performance act. Tuttavia, essa non prevedeva alcun sistema di equo compenso, ed invece si limitava a liberalizzare l'attività di riproduzione privata con una serie di limiti. Il presupposto a fondamento della scelta di non introdurre il prelievo era che, per come l'eccezione era formulata, non sarebbe derivato ai titolari alcun danno da minori vendite. In assenza di una potenziale riduzione delle vendite come conseguenza della libertà di utilizzazione privata, secondo i redattori della legge, non vi era ragione di introdurre meccanismi compensatori. Questa eccezione è stata però dichiarata illegittima dalla *High court of justice* l'anno successivo con sentenza del 19 giugno 2015. Le ragioni su cui si fonda la decisione sono molteplici, ma in particolare si mette in luce che la teoria del danno da minori vendite non può essere presupposta, in quanto si potrebbe anche adottare la teoria del danno da minori licenze, e quindi il danno non sarebbe, in questo caso, *de minimis*. In altri termini, il legislatore inglese avrebbe errato nel valutare il danno concorrenziale derivante dall'eccezione solo con riferimento al calo delle vendite, ed, invece, avrebbe dovuto apprezzare anche un eventuale calo dei proventi da potenziali licenze. Altra ragione dell'illegittimità della legge è che, difficilmente, sarebbe compatibile con il diritto europeo una eccezione di copia privata senza equo compenso. Si veda su queste vicende STEYN, *Private copying regulation quashed without a reference*, in *Entertainment law review* 2015, 312 ss. e STEYN, *Private copying: unlawful once again*, in *Computer and telecommunications law review* 2015, 212 ss., che spiega

prelievo da introdurre negli Stati membri deve rispettare certe caratteristiche delineate con precisione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Sull'obbligatorietà del compenso, si è espressa la Corte di Giustizia in diverse occasioni. Essa ha messo in luce che, nel diritto europeo, seppure l'implementazione dell'eccezione di copia privata in sé è facoltativa, quando essa venga introdotta per libera scelta, allora diviene obbligatoria l'istituzione di un sistema di compensazione in favore dei titolari[338]. Altresì, la Corte ha dettato una nozione autonoma di compenso al fine di una sua armonizzazione nei diversi Stati membri, in particolare sancendo che la sua commisurazione deve essere rapportata al potenziale pregiudizio subito dai titolari a causa delle utilizzazioni che l'eccezione liberalizza[339]. Infine, ha previsto che il compenso sia dovuto, in linea di principio, dagli utilizzatori finali che si giovano dell'eccezione, con possibilità per gli Stati di traslarlo su altri soggetti, quali i produttori ed importatori di supporti idonei alla riproduzione, per ragioni attinenti alla facilità della riscossione, con il solo limite della necessaria correlazione

dettagliatamente le questioni affrontate e la loro risoluzione. Si veda anche ROSE, *An overview of the proposed introduction of a private copying exception into UK copyright law*, in *Entertainment law review* 2008, 75 ss. ed anche SMITH e NEWTON, *A pause in private copying: judicial review holds the UK private copying exception to be unlawful because there was no evidence to support the decision not to provide compensation to right holders*, in *EIPR* 2015, 667 ss.. Si rinvia per il resto agli studi condotti dal governo inglese e dal professore Hargreaves nel 2010 sull'impatto economico della copia privata. Si veda anche D'OTTAVI, *La copia privata nel Regno Unito: l'introduzione dell'eccezione per copia privata nell'ordinamento britannico e il suo annullamento a seguito della sentenza della UK High Court of Justice*, in *IDA* 2015, 476 ss..

338 In particolare Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, C-467/08, in *AIDA* 2010, *1386*.

339 In particolare, in Corte di giustizia 6 febbraio 2003, C-245/00, in *AIDA* 2003, *877* si esprime sulla necessità di una nozione autonoma per il concetto di equa remunerazione in relazione alla Direttiva 92/100, direttiva sul noleggio e prestito, e in Corte di Giustizia 27 giugno 2013, C-457/11, in *AIDA* 2014, *1579* si esprime proprio sull'equo compenso per copia privata.

tra lo strumento tecnico di riproduzione ed il potenziale pregiudizio per il titolare[340]. In questo quadro, è possibile affermare che, nel diritto europeo, in tema di eccezione di copia privata, vale quanto segue: (i) è obbligatoria l'istituzione di un sistema di prelievo nel caso in cui venga implementata l'eccezione, (ii) l'ammontare del prelievo è liberamente determinato dallo Stato membro con il limite della necessaria correlazione tra tale prelievo ed il pregiudizio subito dal titolare, nel senso che, l'ammontare del prelievo deve essere rapportato all'entità del danno potenziale subito dal titolare in conseguenza delle utilizzazioni liberalizzate, (iii) il sistema di riscossione, e dunque l'individuazione dei soggetti passivi e dei loro sostituti, è liberamente determinato dallo Stato membro con il limite della necessaria correlazione tra l'imposizione ed il potenziale pregiudizio, nel senso che il soggetto finale gravato dal prelievo, anche attraverso successive traslazioni ad opera di sostituti, deve corrispondere al soggetto che cagiona il danno e si giova, anche solo potenzialmente, delle attività liberalizzate.

Evidentemente, un tale sistema con queste caratteristiche, per come delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, assolve una *"funzione risarcitoria"*, ed, in particolare, serve a compensare il titolare delle perdite che derivano dalla libertà di riproduzione privata delle sue opere. Questo lo si legge bene nella direttiva al considerando 35 dove è disposto: *"In taluni casi 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. Nel determinare la forma, le modalità e l'eventuale entità di detto equo compenso si dovrebbe tener conto delle peculiarità di ciascun caso. Nel*

340 In particolare Corte di Giustizia 16 giugno 2011, C-462/09, in *AIDA* 2011, *1457,* e anche Corte di Giustizia 11 luglio 2013, C-521/11, in *AIDA* 2014 *1580*.

valutare tali peculiarità, un valido criterio sarebbe quello dell'eventuale pregiudizio subito dai titolari dei diritti e derivante dall'atto in questione"[341]. Altresì, lo si legge bene in alcuni passi della Corte di Giustizia nella sentenza Padawan: *"Per quanto attiene, in primo luogo, al ruolo svolto, ai fini della determinazione dell'equo criterio del pregiudizio subito dall'autore, dai considerando trentacinquesimo e trentottesimo emerge che tale equo compenso è volto ad indennizzare adeguatamente gli autori per l'uso delle loro opere fatto senza autorizzazione (…). L'eccezione di per copia privata deve quindi potere implicare un sistema per indennizzare i titolari del pregiudizio subito"*[342]. Da questi passi, qui riportati testualmente, emerge con chiarezza ognuno dei punti di cui si è detto, ed in particolare la *funzione risarcitoria*[343]. Questa funzione risulta ancora più evidente se si prende in considerazione la recente pronuncia della Corte di Giustizia sulla legittimità del sistema di equo compenso spagnolo delineato nel decreto ministeriale numero 1657 del 2012[344]. In particolare, la legge spagnola ha previsto che l'equo compenso, seppure commisurato sulla base del pregiudizio subito dal titolare dei diritti a causa della riproduzione privata, debba essere versato dallo Stato e gravare sulla fiscalità generale, anziché sugli utenti finali. Nel suo provvedimento, il giudice europeo ha dichiarato l'illegittimità di questo sistema in quanto, tale sistema, non comporterebbe la traslazione

341 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione, considerando 35.

342 Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, C-467/08, in *AIDA* 2010, *1386*.

343 HUGENHOLTZ, GUIBAULT e VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment, Final Report*, IVIR, 2003, 1 ss..

344 Real Decreto Spagnolo 1657/2012, sulla procedura di riscossione e pagamento dell'equo compenso a carico della fiscalità generale.

dell'onere economico sul soggetto che effettua la copia. La Corte sostiene che questo sistema determini una situazione in cui il prelievo venga applicato anche a soggetti che abbiano acquistato dispositivi per scopi manifestamente estranei alla copia privata, come potrebbe avvenire con le persone giuridiche, ed addirittura venga applicato a soggetti che non hanno acquistato alcun dispositivo, in quanto, a bene vedere, tutti i cittadini sono soggetti alla fiscalità generale. Questa sentenza riveste un'importanza particolare, in quanto, non solo ribadisce che il compenso serve a ripianare la perdita subita dai titolari, ma addirittura si spinge ad affermare che esso deve necessariamente gravare sui danneggianti. Non sarebbe invece sufficiente che un terzo ripiani la perdita[345].

A bene vedere, alla luce di quanto detto finora, nel sistema delineato dalla Corte di Giustizia, l'imposizione dell'equo compenso si correla ad un certo tipo di pregiudizio che in sé ha carattere potenziale ed astratto, ma che, sulla base di una più attenta riflessione che adesso viene svolta, sembrerebbe concretizzarsi, almeno in parte. Per comprendere questo aspetto, occorre adesso svolgere alcune precisazioni ulteriori, in relazione alla funzione risarcitoria dell'equo compenso nella giurisprudenza europea, e sul concetto di pregiudizio cui essa si correla. Finora, si è più volte ricordato che, in diverse pronunce, il giudice europeo ha sancito il principio secondo cui l'ammontare del compenso dovuto dovrebbe essere correlato al pregiudizio subito dai titolari, ed, altresì, ha sancito il principio, che ne è conseguenza, secondo cui l'onere economico dovrebbe gravare in capo all'utilizzatore finale che sia beneficiato dall'eccezione. A questo, si è aggiunto che, tuttavia, nella prospettiva del giudice europeo, sono legittimi i sistemi di prelievo che pongano il peso dell'imposizione, intanto, sui produttori ed importatori

345 Corte di Giustizia 9 giugno 2016, C-470/14, in *AIDA* 2017.

degli apparecchi di riproduzione, affinché poi i medesimi lo riversino sull'utilizzatore finale con la vendita di tali apparecchi. A bene vedere, in linea generale e di prima approssimazione, questo pregiudizio che l'equo compenso va a risarcire, mediante corresponsione da parte del produttore o distributore e successiva rivalsa sull'utente finale, sembrerebbe essere un pregiudizio di tipo potenziale ed astratto. Ciò in quanto, il compenso è sempre dovuto, in tutti i casi in cui venga venduto un apparecchio idoneo alla riproduzione di un'opera dell'ingegno. In sostanza, la mera idoneità del dispositivo alla riproduzione, farebbe presumere che esso venga utilizzato a tale fine[346]. Ebbene, a più attenta riflessione, questa constatazione potrebbe essere, in realtà, mitigata con alcune considerazioni. Ad una analisi ulteriore, infatti, potrebbe emergere che il giudice europeo ha, in realtà, anche precisato, in numerose pronunce, che in ogni caso il prelievo non dovrebbe essere applicato agli utenti finali che acquistano gli apparecchi per scopi manifestamente estranei alla riproduzione privata, e che, qualora venga ciononostante applicato, è obbligo dello Stato membro provvedere al rimborso della somma indebitamente pagata. Tra l'altro, tale rimborso dovrebbe essere integrale, avvenire tempestivamente, ed a mezzo di un meccanismo semplice ed accessibile. Ne deriverebbe che, evidentemente, l'astrattezza del presupposto e del criterio di commisurazione dell'equo compenso, verrebbe così parzialmente concretizzata. Infatti, se da un lato, si continuerebbe a presumere che la vendita di un apparecchio idoneo alla riproduzione determini il suo effettivo utilizzo a tale fine, dall'altro lato, diverrebbe possibile fornire prova contraria dimostrando la manifesta estraneità dell'apparecchio alla copia privata, ed a fronte della

346 HUGENHOLTZ, GUIBAULT e VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment, Final Report*, IVIR, 2003, 35 ss.; OTTOLIA, *Nota a Corte di Giustizia 21 ottobre 2010 C-467/08*, in *AIDA* 2011, 1386; MAGGI, *Nota a Corte di Giustizia 16 giugno 2011 C-462/09*, in *AIDA* 2012, *1456.*

prova contraria l'ente di riscossione dovrebbe procedere al rimborso integrale ed immediato. Questo varrebbe a dire che, se il soggetto riuscisse a fornire la prova contraria, gli dovrebbe essere accordata una esenzione piena ed effettiva. Questa precisazione porta a ritenere che il pregiudizio vada inteso sì come potenziale ed astratto, in quanto correlato alla mera idoneità dell'apparecchio alla riproduzione, ma con una nota di concretizzazione, consistente nella esenzione dei casi di vendita di apparecchio per fini manifestamente estranei alla riproduzione e nell'obbligo di tempestivo ed integrale rimborso in caso di prelievo indebito[347]. A quest'ultimo proposito, può essere utile ricordare l'importante sentenza della Corte di Giustizia 22 settembre 2016 C-110/15[348], la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 4 del D.M. 30

347 Su tutti questi profili si vedano le annotazioni alle seguenti sentenze Corte di Giustizia 21 ottobre 2010 C-467/08, in *AIDA* 2011, *1386*; Corte di Giustizia 16 giugno 2011 C-462/09, in *AIDA* 2012, *1457*; Corte di Giustizia 11 luglio 2013 C-521/11, in *AIDA* 2014, *1580*; Corte di Giustizia 5 marzo 2015 C-463/12, in *AIDA* 2015, *1649*; Corte di Giustizia 9 giugno 2016 C-470/14, in *AIDA* 2017. Nella giurisprudenza interna, sulla mera idoneità dell'apparecchio ai fini dell'applicazione del compenso, *ex multis* Trib. Milano 19 giugno 1995, in *AIDA* 1995, *358*; Trib. Monza 7 marzo 1997, in *AIDA* 1997, *492*; Trib. Vicenza 30 settembre 1997, in *AIDA* 1999, *597;* Trib. Milano 12 giugno 2007, in *AIDA* 2008, *1223*. Su questo punto si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, ed in particolare Consiglio di Stato 18 febbraio 2015, in *AIDA* 2015, *1657*; TAR Lazio 2 febbraio 2012, in *AIDA* 2013, *1549 e* TAR Lazio 2 marzo 2012, in *AIDA* 2013, *1551*. Sui profili relativi al sistema di riscossione del compenso in generale, tra cui legittimazione, calcolo, maturazione, foro competente, si veda Cass. 19 giugno 2013, in *AIDA* 2014, *1595*; Trib. Milano 2 febbraio 1994, in *AIDA* 1994, *264*; Trib. Milano 19 giugno 1995, in *AIDA* 1995, *358*; Trib. Milano 12 febbraio 2000, in *AIDA* 2000, *720*; Trib. Torino 19 aprile 2001, in *AIDA* 2002, *841*; Trib. Milano 27 aprile 2001, in *AIDA* 2001, *811*; Trib. Milano 11 aprile 2006, in *AIDA* 2007, *1158;* Trib. Milano 24 gennaio 2006, in *AIDA* 2007, *1150*; Trib. Roma 24 aprile 2006, in *AIDA* 2007, *1160*; Trib. Milano 24 aprile 2008, in *AIDA* 2008, *1247*; Trib. Roma 30 giugno 2008, in *AIDA* 2010, *1334;* Trib. Napoli 2 marzo 2010, in *AIDA* 2010, *1379*; Trib. Milano 19 dicembre 2013, in *AIDA* 2014, *1637*.

348 Corte di Giustizia 22 settembre 2016, C-110/15, in *AIDA* 2017.

dicembre 2009[349], poi trasposto identico all'articolo 4 del D.M. 20 giugno 2014[350], che, in tema di determinazione dei compensi per copia privata, dispone quanto segue: *"la Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.) promuove protocolli per una più efficace applicazione delle presenti disposizioni, anche al fine di praticare esenzioni oggettive o soggettive, come, a titolo esemplificativo, nei casi di uso professionale di apparecchi o supporti ovvero per taluni apparati per videogiochi. Detti protocolli applicativi sono adottati in accordo con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con loro associazioni di categoria"*. Ebbene, la pronuncia della Corte ha affermato che, la normativa appena citata, nella misura in cui subordini l'esenzione dal compenso alla previa stipulazione di un accordo tra la SIAE ed i debitori del compenso o le loro associazioni di categoria, e nella misura in cui richieda l'intervento dell'utilizzatore finale ai fini dell'ottenimento del rimborso, risulterebbe essere manifestamente illegittima, per una serie di ragioni. In primo luogo, lo Stato membro sarebbe gravato dall'obbligo di istituire un meccanismo che consenta il rimborso in tutti i casi di pagamento indebito. Invece, la rimessione alla libera negoziazione tra le parti interessate non darebbe alcuna garanzia in ordine alla copertura di tutte le situazioni concrete in cui si abbia il pagamento indebito. Infatti, l'intesa potrebbe non essere raggiunta su alcune fattispecie, e ciò non sarebbe conforme al diritto europeo. In secondo luogo, la rimessione alla libera negoziazione delle parti interessate determina una situazione in cui, in base al maggiore o minore potere contrattuale dei contraenti, si produrrebbero differenti esiti nella negoziazione, e quindi ne deriverebbe una differenziazione del trattamento tra produttori ed importatori che

349 D.M. 30 dicembre 2009, sulla determinazione dell'equo compenso per copia privata.

350 D. M. 20 giugno 2014, sulla determinazione dell'equo compenso per copia privata.

versano in situazioni identiche. Neppure tale differenza di trattamento tra soggetti in situazione identiche potrebbe essere considerata conforme al diritto europeo. In terzo luogo, infine, lo specifico meccanismo previsto dall'ente di riscossione italiano non consentirebbe un rimborso celere ed integrale. Ciò, in particolare, perché tale meccanismo consentirebbe solo all'utilizzatore finale la facoltà di chiedere il rimborso, ma non anche al produttore o importatore dell'apparecchio. Secondo la Corte, piuttosto, un meccanismo corretto dovrebbe consentire direttamente al soggetto gravato dal prelievo di domandare la restituzione delle somme da lui indebitamente pagate Anche sotto questo profilo, quindi, non sarebbe conforme al diritto europeo[351].

A quanto detto finora sulla concretizzazione del pregiudizio nella valutazione della giurisprudenza europea, può essere aggiunto un elemento ulteriore. In particolare, occorre adesso soffermarsi sull'ipotesi in cui l'apparecchio di riproduzione venga prodotto in uno Stato membro, e venga successivamente commercializzato in un diverso Stato membro, quando ciò avvenga a distanza mediante internet, e occorre poi trarne le conseguenze sul piano della concretizzazione del giudizio della Corte. Ebbene, questa fattispecie di distribuzione con elementi di

351 LOFFREDO, *Emittenti, emissioni e sistema del compenso per copia privata*, in *AIDA* 2010, 181 ss.; FLORIDIA e ALVANINI, *Equo compenso per copia privata: di male in peggio*, in *IDI* 2010, 5 ss.; TONI, *L'equo compenso per copia privata dopo il decreto ministeriale 30 dicembre 2009*, in AA. VV., *Studi in memoria di Paolo Frassi*, Giuffrè, Milano, 2010, 693 ss.; OTTOLIA, *Nota a Corte di Giustizia 21 ottobre 2010 C-467/08*, in *AIDA* 2011, *1386.* Si veda anche AMENDOLA, *Nota a Consiglio di Stato 18 febbraio 2015 n. 823*, in *IDA* 2015, 227 ss.. Tra l'altro, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia prima menzionata, la SIAE potrebbe incontrare non poche difficoltà pratiche nel richiedere agli associati le somme loro già distribuite per potere provvedere al rimborso, ma questo è già avvenuto in passato in conseguenza dell'annullamento di delibere di distribuzione invalide, ed a questo proposito si veda Consiglio di Stato 9 luglio 2004, in *AIDA* 2005, *1023*. Su questi punti si veda anche CASELLA, *Nota a Corte di Giustizia 22 settembre 2016*, in *AIDA* 2017.

internazionalità attraverso la rete internet si regola mediante l'applicazione dei principi enunciati sopra, ed allo stesso tempo aggiunge a questi principi un tassello importante. La questione andrebbe correttamente formulata nei termini seguenti. Si immagini che il dispositivo idoneo alla riproduzione sia fabbricato in uno Stato e poi messo in vendita, e quindi venduto, in un altro Stato, attraverso la tecnologia internet, è dubbio se il prelievo debba essere applicato dallo Stato di produzione o dallo Stato di commercializzazione. La questione è stata risolta dalla Corte di Giustizia con una sentenza che fa piana applicazione dei principi sopa enunciati[352]. In particolare, dalla pronuncia della Corte si evince che il compenso andrebbe prelevato dallo Stato in cui si verifichi il pregiudizio, e cioè dallo Stato in cui si trovino i consumatori. In effetti, il pregiudizio verrebbe prodotto e subito dai titolari dei diritti nello Stato in cui l'apparecchio riproduttore venga adoperato dagli utilizzatori finali, e quindi sarebbe la *collecting* di quello Stato a prelevare e ripartire le somme tra di essi. A bene vedere, questa precisazione, che costituisce corollario dei principi anzidetti, consente di aggiungere un tassello a tali principi. In particolare, essa consente di concretizzare ulteriormente il parametro del pregiudizio potenziale ed astratto. Prima, lo si è già concretizzato in parte con riferimento alla vendita all'utilizzatore professionale per fini manifestamente estranei alla copia privata ed all'obbligo di rimborso in caso di prelievo indebito da parte dell'ente di riscossione. Adesso, lo si concretizza ulteriormente con riferimento alla destinazione all'esportazione. Infatti, alla luce della precisazione qui operata, non dovrebbero essere assoggettati a

352 Corte di Giustizia 16 giugno 2011, C-462/09, in *AIDA* 2012, *1457.*

compenso tutti gli apparecchi destinati all'esportazione in un altro Stato membro[353].

Esaurita la trattazione della disciplina relativa al sistema dell'equo compenso, e della sua giustificazione, per come è stato delineato nella giurisprudenza europea, si procede adesso a svolgere alcune riflessioni a margine, proprio su quest'ultimo aspetto, quello giustificativo. In base a quanto detto finora, sembrerebbe che, nel sistema autorale europeo ed italiano, ogni attività di utilizzazione privata libera sia comunque sempre soggetta all'obbligo di pagamento di un compenso. Sembrerebbe, altresì, che la ragione giustificativa dell'obbligatorietà del compenso sia il risarcimento per i danni subiti dal titolare in conseguenza del mancato controllo dell'utilizzazione privata liberalizzata dall'eccezione. Come si è già messo in evidenza in precedenza, l'introduzione di sistemi di equo compenso rappresentava, in effetti, l'unico modo per garantire proventi ai titolari in relazione alle attività che sfuggivano al controllo per ragioni di riservatezza e di costi dell'accertamento. L'intero sistema della copia privata era stato, almeno quanto alle fonti ufficiali, concepito e sviluppato per risarcire il titolare delle perdite che gli derivavano dalla effettuazione di copie illecite mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie riproduttive. Il ragionamento alla base di questa liberalizzazione, come si è ampiamente messo in evidenza prima, era di mera opportunità, e cioè si fondava sulla constatazione empirica secondo la quale l'interesse del titolare è protetto in maniera più efficace da un diritto al compenso effettivo, piuttosto che che da un diritto esclusivo ineffettivo.

---

353 Per un esame approfondito della questione si rinvia a BONADIO e BELLEZZA, *Private copying levy in cross border transactions: CJEU stance in Stichting vs Opus*, in *EIPR* 2011, 732 ss. ed a COGO, *Copia privata e commercio transfrontraliero di supporti di registrazione*, in *Giur. it.* 2012, 830 ss..

Ebbene, questa *"giustificazione risarcitoria"*, come appena riferita, del sistema dell'equo compenso non sembra adeguata all'eccezione di copia privata che si è delineata in questa trattazione, come limitata alle riproduzioni non concorrenziali. Infatti, la riproduzione privata che presenti tutte e sei le caratteristiche che si sono descritte, e che quindi corrisponda al modello liberalizzato dal legislatore, ed altresì concepito come non concorrenziale nell'analisi economica, sarebbe inidonea per sua stessa natura a cagionare danni al titolare. Ciò avverrebbe a condizione che, ovviamente, il danno venga inteso come danno da mancata vendita di esemplari, e non come danno da mancata licenza di esemplari già venduti, come si assume in questo lavoro. L'utilizzazione non concorrenziale che si è descritta non dovrebbe ridurre le vendite di esemplari in nessuno dei mercati di commercializzazione che sono riservati al titolare.

Pertanto, ai fini di questa trattazione, occorre rimodulare la *giustificazione risarcitoria.* In particolare, alla luce di quanto detto, il sistema del prelievo potrebbe continuare ad assolvere tale funzione, ma non con riferimento alle utilizzazioni che sono liberalizzate dall'eccezione, che sono ben poca cosa o nulla in termini di danno concorrenziale per il titolare, bensì con riferimento alle utilizzazioni che rimangono fuori dall'eccezione e che sono difficilmente controllabili. Ma allora, più che parlare di *giustificazione risarcitoria*, sembrerebbe più corretto parlare, come efficacemente rilevato in dottrina, di *"sistema funzionale alla socializzazione dei costi della contraffazione"*[354]. D'altronde, *la giustificazione risarcitoria* come riportata sopra, e cioè riferita alle sole utilizzazioni liberalizzate dall'eccezione, si concilia male con l'attuale sistema di prelievo per la sua

354 Espressione efficacemente adoperata in SARTI, *Copia privata ed apprendisti stregoni*, in *AIDA* 2014, 432 ss., cui si rinvia.

ampiezza e complessità. In effetti, l'attuale sistema di prelievo, il quale, come noto, grava su tutti i supporti idonei alla riproduzione, con percentuali rilevanti sui prezzi di vendita, e produce in Italia importi rilevanti in termini quantitativi per l'ente di riscossione, potrebbe difficilmente essere legittimato dalle sole riproduzioni lecite che si sono descritte in questa trattazione, ed, invece, avrebbe basi molto più solide se si poggiasse anche su quelle illecite ma non controllabili che non rientrano nell'eccezione[355].

Questo discorso sulla giustificazione del sistema di prelievo ha conseguenze pratiche importanti. Infatti, da esso, dipende la base di calcolo su cui commisurare l'ammontare del compenso. Se si adotta la prospettiva qui indicata, è chiaro che il compenso dovuto andrebbe quantificato sulla base del possibile pregiudizio derivante dalle attività concorrenziali che non presentano i requisiti detti, e pertanto sono illecite ma non agevolmente controllabili. In altri termini, il sistema del compenso dovrebbe essere invocato in relazione alle attività di riproduzione illecita che sono concorrenziali con l'utilizzazione autorale, e cioè quelle che cagionano un danno in termini di minori vendite, e non dovrebbe invece essere invocato in relazione a quelle che non lo cagionano, e cioè quelle liberalizzate dall'eccezione di copia privata.

Va però rilevato che, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la base di calcolo dovrebbe, in linea di principio, fondarsi solo sulle utilizzazioni liberalizzate dall'eccezione e non su quelle contraffattorie, seppure in fatto incontrollabili[356]. Ed anzi, la Corte ha affermato espressamente che il sistema di equo compenso non assume come base di calcolo le

355 SARTI, *Copia privata ed apprendisti stregoni*, in *AIDA* 2014, 432 ss..

356 Corte di Giustizia 3 aprile 2014 , C-435/12, in *AIDA* 2014, *1590*.

utilizzazioni che costituiscono contraffazione, in quanto, queste utilizzazioni non rientrano nei confini dell'eccezione di copia privata, bensì, esso assume come base di calcolo solo ed esclusivamente le utilizzazioni liberalizzate dall'eccezione[357]. Con ogni probabilità si tratta di dichiarazioni di mero principio, in quanto, si ribadisce, considerate le somme prelevate nei singoli Stati membri a questo titolo, è ben difficile giustificare il sistema solo sulla base delle attività lecite liberalizzate dall'eccezione[358].

Un'ultima nota a margine di questo discorso concerne gli effetti economici dell'imposizione di un sistema di equo compenso sugli apparecchi riproduttori, come è nella l.a. Italiana. Secondo una certa tesi, l'equo compenso funzionerebbe, nell'analisi economica del diritto, come una sorta di imposta indiretta, e come tale presenterebbe una serie di effetti distorsivi sui mercati e di conseguenze negative sulla crescita economica e sul benessere dei consumatori[359]. Per giunta, questa imposizione determinerebbe un aggravio di costi su uno dei settori essenziali per la crescita economica, quale è l'i*nformation technology*, in questo modo limitandone lo sviluppo e la diffusione. Altresì, tale

357 Sembrerebbe che questo pensiero sia in qualche modo sotteso anche alla decisione della Corte di Giustizia 3 aprile 2014 , C-435/12, in *AIDA* 2014, *1590*. In essa, viene infatti affermato che ai fini del calcolo del compenso occorre distinguere in riproduzioni da fonte lecite e riproduzione da fonti illecite.

358 SARTI, *Copia privata ed apprendisti stregoni*, in *AIDA* 2014, 432 ss..

359 Sugli effetti distorsivi dell'equo compenso una veloce ma efficace analisi la si rinviene in ECKERSLEY, *Virtual markets for virtual goods: the mirror image for digital copyright?*, in *Harvard journal law and technology* 2004, 106 ss.. In particolare, la scelta di uno strumento riproduttivo anziché un altro porterebbe i consumatori a preferire quello meno tassato. Né si possono tassare tutti in maniera consistente altrimenti si pregiudicherebbe l'utilizzabilità generalizzata delle tecnologie dell'informazione.

imposizione ostacolerebbe la circolazione dei prodotti, in quanto i sistemi di prelievo e l'ammontare delle somme prelevate varierebbero considerevolmente tra i diversi Paesi, così ostacolando le esportazioni e le importazioni o almeno complicandole. Infine, essa creerebbe anche la sensazione, nel consumatore, di pagare una sorta di tassa che grava sulla collettività nell'interesse di pochi, e quindi stimolerebbe un sentimento di insofferenza[360]. Andando più nello specifico, va rilevato che alcuni studi, focalizzati sugli aspetti quantitativi del sistema dell'equo compenso, hanno messo in evidenza che, una eventuale rimozione del prelievo per copia privata, avrebbe effetti positivi sull'economia dell'Unione Europea, e sul benessere dei consumatori europei, senza che ne derivino pregiudizi per i titolari. Secondo alcune stime in essi contenuti, in assenza dell'imposizione i prezzi dei dispositivi sarebbero inferiori e quindi ne sarebbero acquistati di più. Questo, da un lato, farebbe incrementare le vendite per i produttori, con uno sviluppo del settore in termini di fatturato, investimenti e lavoro. Dall'altro lato, farebbe aumentare gli acquisti dei consumatori, con un aumento in termini di benessere[361]. Inoltre, la perdita economica derivante per i titolari dal mancato introito dell'equo compenso sarebbe recuperata e superata dalla maggiore diffusione di dispositivi sul mercato, i quali farebbero aumentare la domanda di contenuti leciti offerti dagli stessi, e quindi incrementare i valori economici ottenibili mediante il loro sfruttamento imprenditoriale. Secondo tali studi, il guadagno complessivo per l'economia sarebbe

---

360 Su tutti questi aspetti in generale, FERREIRA, *Compensation for private copying: an economic analysis of alternative models*, IE business school, Madrid, 2010, 31 ss..

361 Sull'insofferenza dei consumatori verso il sistema di equo compenso e sul benessere conseguente alla sua abolizione si veda GEIST, *Lose the levy: Canada's private copying system must be overhauled or scrapped,* in *Ottawa citizen* 2005, 5 ss..

considerevole[362]. Ovviamente, non mancano voci discordanti sul punto. Infatti, secondo un altro pensiero, i sistemi di equo compenso presenterebbero un livello di efficienza sotto il profilo economico maggiore rispetto ai sistemi fondati sul diritto esclusivo. Anzi, i primi dovrebbero gradualmente sostituire i secondi nel tempo, sia per le ragioni di efficienza economica appena riferite, sia per ragioni di equità, in quanto i sistemi di equo compenso realizzerebbero un più equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi. Questo pensiero ha avuto un successo particolare quando ancora le misure tecnologiche di protezione non erano efficaci come lo sono oggi, e quindi si considerava quasi necessaria la sostituzione del diritto esclusivo con un diritto a compenso, ma, a bene vedere, ancora oggi continua a riscuotere qualche consenso[363].

362 Report denominato Is there a case for copyright levies, predisposto da Oxera consulting group ltd, nel 2011. Tra l'altro secondo tale *report*, il guadagno si assesterebbe tra il miliardo ed i due miliardi di euro annui nell'Unione Europea nel suo complesso.

363 Alcune analisi interessanti sui vantaggi che presenterebbe la sostituzione del diritto esclusivo con sistemi di gestione collettiva dei diritti, e quindi in sostanza il rafforzamento dell'equo compenso, soprattutto in temi di recupero delle perdite derivanti dalla contraffazione e pirateria, si rinvengono in MOREA, *The future of music in a digital age: the ongoing conflict between copyright law and peer-to-peer technology*, in *The Campbell law review* 2006, 238 ss.; GERVAIS, *The landscape of collective management schemes*, in *Columbia journal of law and arts* 2011, 613 ss.; DUSOLLIER e COLIN, *Peer-to-peer file sharing and copyright: what could be the role of collective management?*, in *Columbia journal of law and arts* 2011, 809 ss.. Altre analisi propongono un ampio range di soluzioni che includa ma non si limiti all'equo compenso, in proposito LEMLEY e REESE, *Reducing digital copyright infringement without restricting innovation*, in *Stanford law review* 2004, 1345 ss.; YU, *P2P and the future of private copying*, in *University of Colorado law review* 2005, 653 ss.; ZARSKY, *Assessing alternative compensation models for online content consumption*, in *Denver university law review* 2006, 645 ss.. Sulla necessità di evitare che la combinazione degli strumenti di protezione porti ad una loro sovrapposizione, e quindi di conseguenza ad un approfittamento dei titolari e ad un pregiudizio per i consumatori, si veda DE BEER, *Working togheter in a digital world: locks and levies*, in *Denver university law*

7. Conclusioni

Il principio di libera utilizzazione privata, che per secoli ha caratterizzato gli istituti della proprietà intellettuale, non è più valido nel diritto di autore, almeno con riferimento alla facoltà di riproduzione. Le innovazioni tecnologiche hanno trasformato l'utilizzatore privato in un potenziale concorrente del titolare, capace di ridurre i proventi derivanti dallo sfruttamento imprenditoriale della creazione. Pertanto, come conseguenza del timore ingenerato nei titolari da questa situazione, il controllo autorale si è espanso, ed ha invaso la sfera privata, ma non la ha occupata integralmente. L'attribuzione del carattere economico all'utilizzazione riservata operata all'articolo 12 della l.a. e la previsione delle eccezioni di reprografia e di copia privata operate nella Direttiva infosoc all'articolo 5[364] e nella l.a. all'articolo 68 e 71 sexies impongono, ancora oggi, di conservare uno spazio per la libertà di riproduzione privata nel diritto di autore.

La conservazione di questo spazio ha le sue ragioni giustificative, ed in particolare serve a garantire la conservazione del valore patrimoniale della privativa del titolare, a preservare la riservatezza del consumatore ed utente, ad agevolare l'accesso all'informazione, ad evitare l'ineffettività dello strumento di protezione ed ad abbattere i costi di transazione.

---

review 2006, 143 ss.. Sull'importanza dell'armonizzazione dei sistemi di gestione collettiva dei diritti, si rinvia a LUDER, *The next ten years in EU copyright: making markets work*, in *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, 2007, 3 ss..

364 Direttiva 29/2001, direttiva sul diritto di autore e sui diritti connessi nella società dell'informazione.

Tuttavia, questo spazio andrebbe delineato con cautela. Non potrebbe essere liberalizzata ogni moltiplicazione in copie che avvenga per soddisfare interessi del titolare o di persone a lui vicine per vincoli di parentela, amicizia e colleganza. Ragionevolmente, potrebbero essere libere solo quelle moltiplicazioni che, oltre a collocarsi in questa sfera, non siano concorrenziali con lo sfruttamento imprenditoriale del titolare, e cioè non gli sottraggano i profitti tipicamente da esso derivanti. Normalmente, la concorrenzialità ed il danno concorrenziale rispetto allo sfruttamento imprenditoriale mancano, quando, l'attività di riproduzione privata presenti certe caratteristiche, e cioè sia effettuata dal consumatore o dall'utente persona fisica e non entità giuridica, direttamente e senza interposizione di terzi, per il beneficio del consumatore o utente stesso o di persona che appartenga ad una cerchia immediata e vicina, realizzando un numero ridotto di copie, e per una finalità non commerciale e non lucrativa, partendo da un esemplare lecito ed acquistato personalmente. Una utilizzazione privata che rifletta tutte queste caratteristiche non dovrebbe assumere carattere di concorrenzialità con l'utilizzazione imprenditoriale, non dovrebbe cagionare un danno concorrenziale, e non dovrebbe assumere carattere economico. Pertanto, ogni consumatore ed utente che abbia acquistato il suo esemplare dovrebbe potere effettuare la copia senza restrizioni, se ognuna di queste condizioni fosse soddisfatta nel caso concreto. Questo utilizzatore sarebbe, però, comunque tenuto alla corresponsione di un compenso per la riproduzione da lui effettuata. Tale compenso, più che risarcire la perdita derivante dall'utilizzazione privata non concorrenziale, la quale per definizione non cagiona alcun danno concorrenziale, almeno in termini di danno da minori vendite, fungerebbe piuttosto da meccanismo di ripartizione tra i consociati dei costi della contraffazione

con riferimento, invece, a quelle utilizzazioni private che sono concorrenziali con lo sfruttamento imprenditoriale della creazione e quindi che ricadono sotto il controllo del titolare ma non sono da lui fattualmente controllabili.

La posizione appena descritta sarebbe sufficientemente flessibile da consentire soluzioni ragionevoli nei casi concreti in cui la si applicherebbe. Il consumatore e l'utente diverrebbe libero di effettuare tutte le copie che gli occorrono, per la massima comodità possibile nel godimento del suo esemplare analogico e digitale, per la sua conservazione nel tempo, e per la condivisione di tale esemplare con le persone lui più vicine, mentre, il titolare non soffrirebbe nessuna riduzione nel numero di copie collocabili sui mercati di sfruttamento imprenditoriale. In questo modo, nella generalità dei casi concreti, si realizzerebbe un giusto bilanciamento tra i poteri del titolare sulla creazione ed i poteri dell'utilizzatore sull'esemplare.

Questa posizione sarebbe sufficientemente equilibrata per avere un seguito nella pratica del diritto. Negli ultimi quattro decenni, la cancellazione di ogni libertà di utilizzazione aneconomica e privata avvenuta nella pratica del diritto è stata dettata dalla apparente necessità di soddisfare alcune esigenze di protezione del valore economico della privativa nel nuovo ambiente digitale. La ricostruzione qui operata, però, ha tentato di mettere in luce che tale cancellazione non era davvero necessitata. Sicuramente, a fronte dell'evoluzione tecnologica, emergevano esigenze di rafforzamento della protezione. Ma, a bene vedere, ai fini di una adeguata soddisfazione di queste esigenze, sarebbe forse stata sufficiente una rimodulazione e riformulazione della sfera di controllo autorale. In questa prospettiva, anziché un'estensione indiscriminata ad ogni utilizzazione aneconomica e privata, sarebbe forse

stato sufficiente estendere il controllo alle sole utilizzazioni divenute concorrenziali in conseguenza della emersione e diffusione delle nuove tecnologie.

Questa posizione godrebbe di un elevato livello di effettività, in quanto eliminerebbe l'incertezza attuale e corrisponderebbe alle aspettative ragionevoli dei consumatori e degli utenti. Infatti, da un lato, essa poggia su elementi sufficientemente chiari in astratto ed accertabili in concreto senza eccessiva difficoltà. E, dall'altro lato, essa corrisponde al pensiero comune delle persone non esperte di diritto di autore, e quindi sarebbe da loro agevolmente compresa ed accettata.

Questa posizione eliminerebbe alcune delle restrizioni avvertite come maggiormente ingiuste dai consociati nella società dell'informazione, e quindi attenuerebbe il sentimento di insofferenza che circonda oggi il diritto di autore.

Conclusioni alla tesi

In questa tesi, si è trattato dell'utilizzo aneconomico e privato dell'opera dell'ingegno nella società dell'informazione. Dapprima, si è cercato di comprendere le dinamiche che hanno portato, da un sistema di diritto di autore tradizionale dove il controllo del titolare era limitato allo sfruttamento imprenditoriale, ad un sistema di diritto di autore moderno dove il controllo del titolare si estende ad ogni utilizzazione, anche aneconomica ed anche privata. Quindi, si è cercato di sostenere che questo cambiamento radicale non era necessario. A bene vedere, le sfide che le nuove tecnologie lanciavano al diritto di autore avrebbero potuto essere raccolte con una semplice ridefinizione dei principi e dei concetti tradizionali, anziché con una loro completa cancellazione. Questo lavoro ha cercato di proporre soluzioni interpretative equilibrate, tese a rispondere alle esigenze di protezione che emergono nell'era digitale, senza cancellare i principi che hanno sempre caratterizzato il diritto di autore nella sua evoluzione storica. In questo senso, ha cercato di recuperare categorie e principi tradizionali, cancellati dall'avvento della rivoluzione tecnologica, e di riproporli in una veste adattata alle esigenze della modernità.

Questo tentativo si fonda sulla consapevolezza che il nuovo principio di onnicomprensività ed assolutezza del controllo del titolare, che ha sostituito il principio tradizionale del controllo dell'utilizzazione imprenditoriale, ha pericolosi effetti collaterali. Esso rende la privativa pervasiva ed intrusiva. Le sue applicazioni restringono i poteri del consumatore e dell'utente dopo che questi ha già pagato il prezzo per l'acquisto dell'esemplare. In questo modo, contribuiscono pericolosamente ad alimentare il sentimento di insofferenza che si è diffuso intorno al diritto di autore negli ultimi decenni.

La riscoperta e la ridefinizione dei principi tradizionali è sembrata essere, in questo quadro, opportuna.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- ABRIANI, *Dizionario di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011, 374 ss.;
- ALEXANDER, *Copyright law and the public interest in the ninetenth century*, Hart publishing, Oxford e Portland, 2010, 176 ss.;
- ALGARDI, *Il plagio letterario ed il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966, 192 ss., 376 ss.;
- ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1950, 659 ss.;
- AMAR, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno*, Bocca, Torino, 1874, 16 ss., 122 ss.;
- AMENDOLA, *Nota a Consiglio di Stato 18 febbraio 2015 n. 823*, in *IDA* 2015, 227 ss.;
- AMMENDOLA e UBERTAZZI, *Il diritto d'autore,* Utet, Torino, 1993, 9 ss., 38 ss., 82 ss.;
- AMMENDOLA, *Note in tema di protezione dei sistemi di gioco e delle idee in generale*, in *Giust. civ.* 1978, 503 ss.;
- ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA* 2005, *1048;*
- ARE, *L'oggetto del diritto di autore,* Giuffrè, Milano, 1963, 35 ss., 71 ss.;

- ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *IDA* 1958, 367 ss.;
- AREZZO, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità nell'era digitale*, in *IDA* 2008, 340 ss.;
- ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, Società editrice foro italiano, Roma, 1936, 123 ss.;
- ASCARELLI, *Produzione in massa e tutela della probabilità*, in *Riv. dir. ind.* 1954, 297 ss.;
- ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, 35 ss.;
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1960, 309 ss., 318 ss., 354 ss., 384 ss., 632 ss., 683 ss., 685 ss., 687 ss., 700 ss., 732 ss., 741 ss., 860 ss.;
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1954, 873 ss.;
- ATENOLFI, *Appunti di storia dell'evoluzione del diritto d'autore*, in *IDA* 1979, 186 ss.;
- ATKINSON e FITZGERALD, *A short history of copyright*, Springer, Heideberg, 2011, 25 ss.;
- AULETTA e MANGINI, *Invenzioni industriali*, in SCIALOJA e BRANCA, *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1987, 8 ss.;
- AUTERI, *Diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 597 ss., 600 ss.; 602 ss., 613 ss.;

- AUTERI, *Internet ed il contenuto del diritto di autore*, in *AIDA* 1996, 90 ss.;
- AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?, in AIDA* 2007, 155 ss.;
- AUTERI, *Sub art. 13 e 14 l.a.*, in GALLI e GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Utet, Torino, 2011, 2904 ss.;
- BAINBRIDGE, *Intellectual property*, Longman, Harlow, 2002, 17 SS.;
- BAND, *The long and winding road to the Google books settlement*, in *The John Marshall law school review of intellectual property* 2009, 227 ss.;
- BARALIUC, DEPREEUW e GUTWIRTH, *Copyright enforcement in the digital age: a post-ACTA view on the balancing of fundamental rights*, in *International journal of law and IT*, 2013, 92 ss.;
- BARASSI, *I diritti reali nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano, 1943, 161 ss.;
- BARGELLINI, *Focilide Teognide e il sorgere del concetto di proprietà letteraria*, in *Riv. dir. ind.* 1991, 226 ss.;
- BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, 43 ss.;
- BARLOW, *Napster's enormous music room*, in *Cyberspazio e diritto* 2000, 317 ss.;
- BARLOW, *The economy of ideas*, in *Wired* 1994, 1 ss.;
- BAZOLI, *Principi democratici ed economia di mercato*, in *Iustitia* 2006, 363 ss.;

- BEDESCHI, *Locke filosofo della società civile*, in *Giornale critico della filosofia italiana* 1972, 39 ss.;
- BELL, *Fair use versus faired use: the impact of automated rights management on copyright fair use doctrine*, in *North Carolina law review* 1998, 558 ss.;
- BELLELLI, *Risarcimento del danno in forma specifica e azioni dirette alla tutela dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1977, 1292 ss.;
- BELLINI, *L'utilitarismo giuridico di Bentham*, in *L'indice penale* 2008, 413 ss.;
- BENABOU e TORREMANS, *Letter from France*, in *EIPR* 2006, 201 ss.;
- BERTANI, *Arbitrabilità delle controversie sul diritto di autore*, in *AIDA* 2006, 23 ss.;
- BERTANI, *Diritti d'autore e connessi*, in UBERTAZZI, *La proprietà intellettuale*, Giappichelli, Torino, 2011, 275 ss., 299 ss.; 301 ss., 303 ss., 308 ss.;
- BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non sanzionabile*, in *AIDA* 2000, 349 ss., 358 ss., 362 ss.;
- BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 27 ss., 105 ss., 145 ss.;
- BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 453 ss.;
- BERTANI, *Nota a Tribunale 27 maggio 2002*, in *AIDA* 2003, *919*;
- BESEN, *Private copying, appropriability and optimal copying royalties*, The rand corporation, Santa Monica, 1987, 1 ss.;

- BESEN, *Private copying, reproduction costs and the supply of intellectual property*, The rand corporation, Santa Monica, 1984, 1 ss.;
- BISI, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero. Le recenti tendenze europee ed il caso francese*, in *Cyberspazio e diritto* 2010, 395 ss.;
- BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England, Volume 4,* Clarendon press, Oxford, 1765, 405;
- BLAKENEY, *Peer-to-peer file sharing under assault*, in *Computer and telecommunications law review* 2006, 55 ss.;
- BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Napoli, 1972, 1 ss.;
- BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963, 1 ss.;
- BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1950, 358 ss.;
- BONADIO e BELLEZZA, *Private copying levy in cross border transactions: CJEU stance in Stichting vs Opus*, in *EIPR* 2011, 732 ss.;
- BONELLI, *Misure tecnologiche di protezione e copia privata*, in *IDI* 2010, 183 ss.;
- BONOMO, *L'assenza del fine commerciale nelle libere utilizzazioni ex art. 70 l.d.a.*, in *IDA* 2006, 529 ss.;
- BOYTHA, *The justification of the protection of authors' rights as reflected in their historical development*, in *Revue internationale du droit d'auteur* 1992, 101 ss.;

- BRAUN, *The interface between the protection of technological measures and the excercise of exceptions to copyright and related rights: comparing the situation in the United States and in the European Community*, in *EIPR* 2003, 496 ss.;
- BRICENO, *Le limitazioni del diritto di brevetto*, in SCUFFI e FRANZOSI, *Diritto industriale italiano*, Cedam, Padova, 2014, 682 ss.;
- BUCCI, *Interesse pubblico e diritto di autore*, Cedam, Padova, 1976, 79 ss., 91 ss.;
- BUGBEE, G*enesis of american patent and copyright law*, Public affairs press, Washinghton, 1967, 12 ss.;
- BYGRAVE, *The technologisation of copyright: implications for privacy and related interests*, in *EIPR* 2002, 51 ss.;
- CALABRESI e MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard law review* 1972, 1089 ss.;
- CALICE, *La pirateria informatica in ambito aziendale: il problema dell'utilizzo in rete di software privo di licenza*, in *Cass. pen*. 1998, 2762 ss.;
- CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 2015, 10 ss.;
- CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Società editrice foro italiano, Roma, 1943, 9 ss.;
- CAROSONE, *Dalle utilizzazioni libere al plagio-contraffazione,* in *IDA* 1976, 61 ss.;

- CAROSONE, *In tema di abusiva duplicazione a fine di lucro*, in *IDA* 1998, 71 ss.;
- CAROSONE, *Nota a Cassazione 10 marzo 1994 n. 2345*, in *IDA* 1995, 146 ss.;
- CAROSONE, *Utilizzazioni libere e contraffazione per reprografia*, in *IDA* 1987, 59 ss.;
- CARUSO, *Temi di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2000, 158 ss.;
- CASANOVA, *Beni immateriali e teoria dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.* 1945, 76 ss.;
- CASANOVA, *Impresa e azienda*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1974, 686 ss., 718 ss.;
- CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Utet, Torino, 1955, 1 ss.;
- CASELLA, *Nota a Cassazione 19 febbraio 2015 n. 3340*, in *AIDA* 2015, *1655*;
- CASELLA, *Nota a Cassazione 19 gennaio 2016 n. 804*, in *AIDA* 2016, *1726*;
- CASELLA, *Nota a Cassazione 2 marzo 2015*, in *AIDA* 2016, *1718*;
- CASELLA, *Nota a Corte di Giustizia 22 settembre 2016*, in *AIDA* 2017;
- CASELLA, *Nota a Tribunale Milano 12 luglio 2013*, in *AIDA* 2015, *1670*;

- CASELLATI, *Protezione legale delle misure tecnologiche di protezione ed usi legittimi: l'articolo 6.4 della direttiva e sua attuazione in Italia*, in *IDA* 2003, 360 ss.;
- CASO, *Digital rights managements*, Cedam, Padova, 2004, 166 ss.;
- CATARINELLA, *Appunti comparativi sul diritto di autore in internet*, in *IDA* 2003, 343 ss.;
- CHIMENTI, *Banche di dati e diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 1999, 21 ss.;
- CIAMPI, *Diritto d'autore, diritto naturale*, in *Revue internationale du droit d'auteur* 1957, 3 ss.;
- CIAMPI, *Diritto di autore, diritto naturale,* Giuffrè, Milano, 1957, 39 ss., 85 ss.;
- CIRO, *The scarcity of intellectual property*, in *The journal of information, law and technology* 2005, 1 ss.;
- COASE, *The problem of social cost*, in *Law and economics* 1960, 2 ss.;
- COGO, *Copia privata e commercio transfrontraliero di supporti di registrazione*, in *Giur. it.* 2012, 830 ss.;
- COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Giuffrè, Milano, 2010, 8 ss., 31 ss.;
- COLLOVA, *A proposito della remunerazione per copia privata*, in *IDA* 1991, 17 ss.;
- COLLOVA, *Analisi comparata della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei*, in *IDA* 1993, 2 ss.;

- COLLOVA, *Diritto d'autore, diritti connessi e utilizzazione a mezzo magnetofono di opere dell'ingegno*, in *IDA* 1965, 275 ss., 288 ss.;
- COLLOVA, *Prime note sull'art. 3 della L. 5 febbraio 1992 n. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, in *IDA* 1992, 467 ss.;
- COLLOVA, *Sui recenti sviluppi in materia di compressione audio digitale e di tutela dei diritti degli autori, degli interpreti o esecutori e dei produttori nella distribuzione online di brani musicali*, in *IDA* 1999, 561 ss.;
- CORBELLINI, *Sub art. 68 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012, 1546 ss.;
- CORNISH e LLEWELYN, *Intellectual property*, Sweet and Maxwell, London, 2003, 12 ss.;
- CORNISH, *Authors in law*, in *Modern law review* 1995, 1 ss.;
- CORSANO, *Ugo Grozio. L'umanista, il teologo, il giurista*, Università di Lecce - Istituto di filosofia, 1999, 1 ss.;
- COSTANTINO, *Fairly used: why Google project should prevail under fair use defense*, in *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal* 2006, 236 ss.;
- COUDERT e WERKERS, *In the aftermath of the Promusicae Case: how to strike the balance?*, in *International journal of law and IT* 2010, 50 ss.;
- CRISTOFARO, *Proprietà ed utilizzazione*, in *Foro it.* 1936, 829 ss.;

- CRUGNOLA, *Problemi giuridici relativi alla riproduzione mediante fotocopia di opere protette dal diritto di autore*, in *IDA* 1978, 531 ss.;
- CRUGNOLA, *Rassegna di giurisprudenza in tema di opere delle arti figurative e dell'architettura*, in *IDA* 1978, 167 ss.;
- D'OTTAVI, *La copia privata nel Regno Unito: l'introduzione dell'eccezione per copia privata nell'ordinamento britannico e il suo annullamento a seguito della sentenza della UK High Court of Justice*, in *IDA* 2015, 476 ss.;
- DAVIES e HELMER, *Productores de musica de Espana v Telefonica de Espana SAU*, in *EIPR* 2008, 307 ss.;
- DAVIES, *A technical solution to private copying: the case of digital audio tape*, in *EIPR* 1987, 155 ss.;
- DAVIES, *Copyright and the public interest*, Thomson Reuters, London, 2002, 1 ss., 9 ss.;
- DAVIES, *Legal problems deriving from the use of videograms*, in *Copyright di WIPO* 1979, 257 ss.;
- DAVIES, *Piracy of phonograms*, ESC publishing, Oxford, 1986, 5 ss.;
- DAVIES, *Private copying of sounds and audiovisual recordings*, ESC publishing, Oxford, 1984, 1 ss., 2, 12 ss.;
- DE ANGELIS, *Nota a Tribunale Roma 6 luglio 1999*, in AIDA 2001, *751*;
- DE BEER, *Working togheter in a digital world: locks and levies*, in *Denver university law review* 2006, 143 ss.;
- DE SANCTIS, *Contratto di edizione*, in CICU e MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1965, 205 ss.;

- DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore,* Giuffrè, Milano, 2000, 144 ss.;
- DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 5 ss., 52 ss.;
- DE SANCTIS, *In tema di plagio della opera inedita*, in *IDA* 1955, 464 ss.;
- DE SANCTIS, *In tema di reprografia e diritto di autore*, in *IDA* 1974, 35 ss.;
- DE SANCTIS, *La copia privata nel D.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, in *IDA* 2004, 118 ss.;
- DE SANCTIS, *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni*, in *IDA* 2003, 1 ss.;
- DE SANCTIS, *Sulla natura giuridica del diritto di autore*, in *IDA* 1961, 26 ss.;
- DEAZLEY, *On the origin of the right to copy*, Oxford hart publishing, Oxford, 2004, 1 ss.;
- DEAZLEY, *Rethinkink copyright: history, theory, language*, Edward Elgar, Northampton, 2006, 1 ss., 106 ss., 107 ss.; 140 ss.;
- DEAZLEY, *The myth of copyright at common law*, in *Cambridge law journal* 2003,106 ss.;
- DEN BERGH, *The role and social justification of copyright: a "law and economics" approach*, in *Intellectual property quarterly* 1998, 17 ss.;

- DENOZZA, *Licenze di brevetto e circolazione delle tecniche*, Giuffrè, Milano, 1979, 81 ss.;
- DEPOORTER e PARISI, *Fair use and copyright protection: a price theory explanation*, in *International review of law and economics* 2002, 453 ss.;
- DI FABIO, *La nuova normativa sul diritto di autore e la riproduzione personale dell'opera dell'ingegno*, in *Gius. civ.* 2003, 413 ss.;
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987, 217 ss.;
- DI RIENZO, *Le utilizzazioni libere: non profit*, in *AIDA* 2002, 235 ss.;
- DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Aracne, Roma, 2007, 1 ss.;
- DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto di autore*, in *AIDA* 1997, 405 ss.;
- DRAHOS, *Intellectual property and human rights*, in *Intellectual property quarterly* 1999, 349 ss.;
- DREIER, *Contracting out of copyright in the information society*, in GRIFFITHS e SUTHERSANEN, *Copyright and free speech*, Oxford university press, Oxford, 2005, 385 ss.;
- DUSOLLIER e COLIN, *Peer-to-peer file sharing and copyright: what could be the role of collective management?*, in *Columbia journal of law and arts* 2011, 809 ss.;
- DUSOLLIER, *Exceptions and technological measures in the European copyright directive of 2001: an empty promise*, in

International review of intellectual property and competition law 2003, 62 ss.;

- DUSOLLIER, *Technology as an imperative for regulating copyright: from the public exploitation to the private use of the work*, in *EIPR* 2005, 201 ss.;
- DWORKIN e TAYLOR, *Copyright, designs and patents act 1988*, Oxford university press, Oxford, 1989, 104 ss.;
- ECKERSLEY, *Virtual markets for virtual goods: the mirror image for digital copyright?*, in *Harvard journal law and technology* 2004, 106 ss.;
- EINAUDI, *Rileggendo Ferrara: a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, in *Riv. storia economica* 1940, 217 ss.;
- FABIANI, *Ancora sull'attività illecita delle copisterie per fotocopia di opere protette*, in *IDA* 1991, 575 ss.;
- FABIANI, *Appunti in tema di utilizzazione delle opere dell'ingegno a mezzo delle videocassette*, in *Rass. dir. cin.* 1970, 45 ss.;
- FABIANI, *Commercio e importazione di prodotti e tutela giuridica dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano,1959, 76 ss.;
- FABIANI, *Concorrenza e libere utilizzazioni nella disciplina del diritto di autore*, in *IDA* 1961, 210 ss.;
- FABIANI, *Diritto di autore ed accesso ad internet*, in *IDA* 2001, 267 ss.;

- FABIANI, *L'attuazione della direttiva CE sul diritto di autore nella società dell'informazione*, in *IDA* 2003, 331 ss.;
- FABIANI, *La nozione di uso personale nel diritto di autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, in *IDA* 1955, 161 ss., 189 ss.;
- FABIANI, *La sfida della proprietà intellettuale nell'era digitale*, in *IDA* 2009, 500 ss.;
- FABIANI, *La sfida delle nuove tecnologie ai diritti degli autori*, in *IDA* 1993, 519 ss.;
- FABIANI, *Plagio parziale o camuffato di composizione musicale*, in *IDA* 1994, 464 ss.;
- FARNEL, *La fotocopia nel progetto di legge italiano*, in *IDA* 1939, 359 ss.;
- FERRARA e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2011, 29 ss.;
- FERRARA, *Prefazione a Storch discussione sulla teoria dei prodotti immateriali*, Biblioteca dell'economista, Torino, 1853, 414 ss.;
- FERRARO, *Legislazione e felicità. Dall'utilitarismo di Helvetius a quello di Bentham*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2016, 315 ss.;
- FERREIRA, *Compensation for private copying: an economic analysis of alternative models*, IE business school, Madrid, 2010, 20 ss., 31 ss.;
- FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 1960, 128 ss.;

- FIELDS, *The perils of contractual machinery and implied licenses: High Court considers existence and terms of implied software license*, in *Computer and telecommunications law review* 2013, 237 ss.;
- FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione ed informazioni sul regime dei diritti*, in *AIDA* 2002, 280 ss.;
- FLORIDIA, *Il diritto di brevetto*, in AA. VV., *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino, 2012, 236 ss.;
- FRAGOLA, *Sui non facili rapporti tra internet ed il diritto di autore*, in *IDA* 1998, 405 ss.;
- FRANCESCHELLI, *"Proprietà industriale" origini e portata di tale formula legislativa*, in *Riv. dir. ind.* 1955, 117 ss.;
- FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 3 ss., 7 ss.;
- FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1957, 1 ss.;
- FRANCESCHELLI, *Le idee come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. ind.* 1961, 28 ss.;
- FRANCESCHELLI, *Le origini e lo svolgimento del diritto industriale nei primi secoli dell'arte della stampa*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 151 ss.;
- FRANCESCHELLI, *Musica in rete tra pirateria e uso personale (la libera circolazione delle idee in internet è cosa troppo seria per lasciarla al diritto penale)*, in *Riv. dir. ind.* 2007, 77 ss.;

- FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica degli istituti di diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.* 1956, 137 ss.;
- FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 1960, 269 ss., 274 ss., 469 ss.;
- FRANZOSI, *L'invenzione*, Giuffrè, Milano, 1965, 278 ss.;
- FRASSI, *Creazioni utili e diritto di autore*, Giuffrè, Milano 1997, 297 ss., 335 ss.;
- FREDERICK, *Bentham utilitarista?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1993, 325 ss.;
- FRIGO, *La protezione di arte, scienza, ricerca e cultura. Una prospettiva internazionale, in AIDA* 2005, 80 ss.;
- GALLETTI, *L'imprenditore*, in TOMMASINI e GALLETTI, *Statuto dell'imprenditore e azienda*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009, 17 ss.;
- GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in *AIDA* 2002, 160 ss.;
- GALLI, *Nota a Appello Milano 21 Marzo 2000*, in *AIDA* 2000, *725*;
- GALLI, *Sub art. 16 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1551 ss.;
- GALLI, *Sub art. 17 l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1567 ss.;

- GALLI, *Sub art. 18 bis l.a.*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2016, 1578 ss.;
- GAMBINO, *Note in tema di logica giuridica*, in *Riv. dir. civ.* 1968, 512 ss.;
- GARNETT, DAVIES e HARBOTTLE, *Copynger and Skone on copyright*, Sweet and Maxwell, London, 2005, 2 ss.;
- GATTI, *L'opera d'arte figurativa in unico esemplare*, in *Riv. dir. comm.* 1999, 6 ss.;
- GEIGER, *Copyright and free access to information: for a fair balance of interests in a globalised world*, in *EIPR* 2006, 366 ss.;
- GEIGER, *Copyright and the freedom to create*, in *International review of intellectual property and competition law* 2007, 707 ss.;
- GEIGER, *Fundamental rights: a safeguard for the coherence of intellectual property law?*, in *International review of intellectual property and competition law* 2004, 269 ss.;
- GEIGER, *Legal or illegal? That is the question! Private copying and downloading on the internet*, in *International review of intellectual property and competition law* 2008, 597 ss.;
- GEIGER, *Right to copy and three steps test*, in *Comparative law review* 2005, 7 ss.;
- GEIGER, *The answer to the machine should not be the machine: safeguarding private copy exception in a digital environment*, in *EIPR* 2008, 122 ss., 124 ss.;

- GEIGER, *The future of copyright in Europe: striking a fair balance between protection and access to information*, in *Intellectual property quarterly* 2010, 1 ss.;
- GEIGER, *The Resolution of the European parliament of July 9, 2015: paving the way (finally) for a copyright reform in the European Union?*, in *EIPR* 2015, 684 ss.;
- GEIGER, *Three steps test: a threat to a balanced copyright law?*, in *International review of intellectual property and competition law* 2006, 683 ss.;
- GEIST, *Lose the levy: Canada's private copying system must be overhauled or scrapped,* in *Ottawa citizen* 2005, 5 ss.;
- GERVAIS, *The landscape of collective management schemes*, in *Columbia journal of law and arts* 2011, 613 ss.;
- GERVAIS, *The price of social norms: towards a liability regime for file sharing*, Vanderbilt university from the selected works of Gervais, 2003, 40 ss.;
- GHIDINI, *Exclusion and access in copyright law: the unbalanced features of the European directive on information society (infosoc)*, in *Riv. dir. ind.* 2013, 5 ss;
- GIANNELLI, *Banca dati e diritto antitrust*, in *AIDA* 2001, 175 ss.;
- GIANNINI, *Questioni di diritto di autore*, in Riv. dir. ind. 1955, 314 ss.;
- GIANNINI, *Questioni e note sul diritto di autore*, in *Riv. dir. comm.* 1955, 257 ss., 278 ss.;
- GIANNINI, *Utilizzazioni radiofoniche, cinematografiche, grammofoniche*, in *Riv dir. ind.* 1956, 294 ss.;

- GINSBURG e GAUBIAC, *Private copying in the digital environment*, in *Intellectual property and information law* 1998, 149 ss.;
- GINSBURG, *"The exclusive right to their writings": copyright and control in the digital age*, in *Maine law review* 2002, 196 ss.;
- GINSBURG, "*Une chose publique?" The author's domain and the public domain in early British, French and U.S. copyright law*, in *Cambridge law journal* 2006, 638 ss.;
- GINSBURG, *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, in *Tulane law review* 1990, 991 ss.;
- GINSBURG, *Authors and users in copyright*, in *Journal of the copyright society in the USA* 1997, 1 ss.;
- GINSBURG, *From having copies to experiencing works: the development of an access right in US copyright law*, in *Columbia law school public law and legal theory working paper group* 2000, 1 ss.;
- GORDON, *An inquiry into the merits of copyright: the challanges of consistency, consent and encourage theory*, in *Stanford law review* 1989, 1438 ss.;
- GORDON, *Excuse and justification in the law of fair use: commodification and market perspectives*, in ELKIN-KOREN e NETANEL, *The commodification of information*, Kluwer law international, The Hague, 2002, 149 ss.;
- GORDON, *Fair use as market failure: a structural and economic analysis of Betamax case and its predecessors*, in *Columbia law review* 1982, 1600 ss.;

- GORDON, *Intellectual property as price discrimination: implications for contracts*, in *Chicago – Kent law review* 1998, 1367 ss.;
- GORDON, *Market failure and intellectual property*, in *Boston university law review 2002,* 1031 ss.;
- GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, 1974, Utet, Torino, 6 ss., 8 ss., 36 ss., 101 ss., 130 ss., 355 ss.;
- GRECO e VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1969, 198 ss.;
- GRECO, *Beni immateriali*, in AA. VV., *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1960, 356 ss.;
- GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Giappichelli, Torino, 1948, 1 ss., 3 ss., 18 ss., 256 ss.;
- GRIFFIN, *An historical solution to the legal challanges posed by peer-to-peer file sharing and digital rights management technology*, in *Communication law* 2010, 78 ss.;
- GRIFFITHS, *Constitutionalising or harmonising?, The Court of justice, the right to property and European copyright law*, in *EIPR* 2013, 65 ss.;
- GRIFFITHS, *The "three steps test in European copyright law: problems and solutions*, in *Intellectual property quarterly* 2009, 428 ss.;
- GUGLIELMETTI, *Apparecchi fonomagnetici e riproduzione per uso personale*, in *IDA* 1956, 489 ss.;

- GUGLIELMETTI, *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, in *AIDA* 2010, 147 ss.;
- GUIBAULT, *Copyright limitations and contracts*, Wolters Kluwer, London, 2002, 47 ss.;
- HAQUE, *Is the time ripe for another exclusive right: a proposal*, in *EIPR* 2008, 372 ss.;
- HARDY, *Property and copyright in cyberspace*, in *William and Mary Law school repository* 1996, 234 ss.;
- HART, *The proposed directive for copyright in the information society: nice rights, shame about the exceptions*, in *EIPR* 1998, 170 ss.;
- HARY, *Is scanning books really fair use: the next chapter in the Google books litigation*, in *Charlotte law review* 2015, 112 ss.;
- HOLYOACK e TORREMANS, *Intellectual property law*, Oxford university press, Oxford, 2005, 9 ss.;
- HUGENHOLTZ, *Adapting copyright to the information superhighway*, in HUGENHOLTZ, *The Future of copyright in the digital environment*, Wolters Kluwer, The Hague, 1996, 94 ss.;
- HUGENHOLTZ, GUIBAULT e VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment, Final Report*, IVIR, 2003, 1 ss., 35 ss.;
- HUSOVEC e PEGUERA, *Much ado about little privately litigated internet disconnection injunctions*, in *International review of intellectual property and competition law* 2015, 11 ss.;
- IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Carrocci, Roma, 2010, 119 ss.;

- JOCKERS, SAG e SCHULTS, *Brief of digital humanities and law scholars as amici curiae in partial support of defendant's motion for summary judgment or in the alternative summary adjudication*, in *Ssrn*, 4 june 2013, 1 ss.;
- JUTTE, *The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe*, in *EIPR* 2016, 11 ss.;
- KAPLAN, *An unhurried view of copyright*, Columbia university press, New York, 1967, 12 ss.;
- KARAPAPA e BORGHI, *Copyright and mass digitization*, Oxford university press, Oxford, 2013, 1 ss.;
- KARAPAPA, *A copyright exception for private copying in the United Kingdom*, in *EIPR* 2013, 129 ss.;
- KARAPAPA, *Padawan versus SGAE: a right to private copy?*, in *EIPR* 2011, 244 ss., 252 ss.;
- KARAPAPA, *Private copying*, Routledge, London, 2012, 49 ss., 51 ss., 53 ss., 68 ss., 151 ss.;
- KIRBY, *Privacy in cyberspace*, in *University of New South Wales law journal* 1998, 323 ss.;
- KOELMAN, *A hard nut to crack*, in *EIPR* 2000, 276;
- KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home copying, levies and DRM*, in *Entertainment law review* 2005, 75 ss., 77 ss.;
- KOLCZYNSKY, *Transactions subject to copyright levies for authors as imposed on producers and importers of photocopies, scanner and other similar reprographic equipment and information and*

documents to be disclosed to a proper organization for collective management of copyright, in *EIPR* 2012, 641 ss.;

- KRETSCHMER, BENTLY e DEAZLEY, *The history of copyright history*, in *The WIPO journal* 2013, 35 ss., 37 ss.;
- KRETSCHMER, *Private copying and fair compensation,* Report for the Intellectual property office, 2011, 1 ss.;
- KWOK, *Google book search, transformative use, and commercial intermediation: an economic perspective*, in *Yale journal of law and technology* 2015, 285 ss., 312 ss.;
- LADDIE, *Copyright: over-strenght, over-regulated, over-rated?*, in *EIPR* 1996*, 255 ss.*;
- LARDNER, *Fast forward: a machine and the commotion it caused*, Pierce law publishing, Concord, 2002, 173 ss.;
- LAVAGNINI, *La proprietà intellettuale in internet*, in *AIDA* 2002, 396 ss.;
- LAVAGNINI, *Nota a Tribunale Torino 5 maggio 2000*, in *AIDA* 2000, *731*;
- LAZZARO, *In carcere chi duplica i cd rom*, in *Corriere della sera* 19.9.2000, 19 ss.;
- LEMLEY e REESE, *Reducing digital copyright infringement without restricting innovation*, in *Stanford law review* 2004, 1345 ss.;
- LEONELLI, *Le videocassette e il diritto di autore*, in *IDA* 1970, 209 ss.;

- LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per violazione di norme generali sulla concorrenza*, in AA. VV., *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 179 ss.;
- LIEBOWITZ, *Copying and indirect appropriability: photocopying of journals*, in *Journal of political economy* 1985, 945 ss.;
- LIM e LONGDIN, *P2P online filesharing: transnational convergence and divergence in balancing stackholder interests*, in *EIPR* 2011, 690 ss.;
- LITMAN, *Lawful personal use*, in *Texas law review* 2007, 1871, 1872, 1879 ss.;
- LITMAN, *The exclusive right to read*, in *Cardozo art and entertainment* 1994, 29 ss.;
- LITMAN, *The public domain*, in *Emory law journal* 1990, 965 ss.;
- LITMAN, *War and peace: the 34th annual Donald Brace lecture*, in *Journal of the USA copyright society* 2006, 101 ss.;
- LIU, *Academic performers' rights as impediment to the progress of science: is the implied license a solution?,* in *EIPR* 2014, 707 ss.;
- LIU, *Copyright law's theory of consumers*, in *Boston law review* 2003, 397 ss.;
- LIU, *Owning digital copies: copyright law and the incidents of copy ownership*, in *William and Mary law review* 2001, 1245 ss.;
- LJUNGMAN, *The function of copyright in the present day society*, in *Revue internationale du droit d'auteur* 1976, 65 ss.;

- LOCKE, *Second treaty on the governement*, Blackwell, Oxford, 1966, 25;
- LOEWENHEIM, *Copyright in civil law and common law countries: a narrowing gap*, in *AIDA* 1994, 161 ss.;
- LOFFREDO, *Emittenti, emissioni e sistema del compenso per copia privata*, in *AIDA* 2010, 181 ss.;
- LUCCHESI, *I beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1962, 1 ss.;
- LUCENTINI, *Il dritto di autore e le nuove tecnologie di riproduzione*, in *IDA* 1982, 35 ss.;
- LUDER, *The next ten years in EU copyright: making markets work*, in *Fordham intellectual property, media and entertainment law journal*, 2007, 3 ss.;
- LUNNEY, *The death of copyright*, in *Virginia law review* 2001, 813 ss.;
- MACALUSO, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Dir. comm. int.* 2010, 821 ss.;
- MACCORMICK, *On the very idea of intellectual property*, in *Intellectual property quarterly* 2002, 227 ss.;
- MACKAAY, *Law and economics for civil law systems*, Edward Elgar Publishing, Celtenham, 2013, 299 ss.;
- MAGGI, *Nota a Corte di Giustizia 16 giugno 2011 C-462/09*, in *AIDA* 2012, *1456*;
- MANGINI, *Riproduzioni fonomeccaniche e loro uso personale*, in *Riv. dir. civ.* 1961, 385 ss.;

- MARCHEGIANI, *Opere utili e libertà della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 271 ss.;
- MARI, *In tema di "lucro soggettivo" e "profitto" nell'utilizzazione di opere dell'ingegno*, in *IDA* 2007, 196 ss.;
- MARKOVITS, *The causes and policy significance of Pareto resource misallocation*, in *Stanford law review* 1975, 1 ss.;
- MARZANO, *Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità online: il diritto di autore risponde alle sfide di internet*, in *IDA* 1998, 149 ss.;
- MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997, 47 ss.;
- MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee, in AIDA* 2005, 9 ss.;
- MATUSZAK, *Time-shifting after NRL v Optus*, in *EIPR* 2013, 439 ss.;
- MAXWELL, *Paris appeals court rules dvd anticopying measures illegal*, in *Entertainment law review* 2005, 230 ss.;
- MAZZIOTTI, *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario*, in *IDA* 2004, 175 ss.;
- MCKUIN, *Home audio taping of copyrighted works and the audio home recording act of 1992: a critical analysis*, in *Hastings communications and entertainment law journal* 1994, 311 ss.;
- MEDEMA, *Legal fiction: the place of the Coase theorem in the law and economics*, in *Economics and philosophy* 1999, 209 ss.;
- MELI, *Le utilizzazioni libere nella direttiva 96/9/CEE sulla protezione delle banche dati*, in *AIDA* 1997, 90 ss.;

- MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in AA. VV., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1948, 3 ss.;
- MEURER, *Too many markets or too few? Copyright policies toward shared works*, in *Southern California law review* 2004, 952 ss.;
- MO, *Media shifting in Hong Kong - a justifiable exemption?*, in *Entertainment law review* 2009, 222 ss.;
- MONTAGNANI, *Dal peer to peer ai sistemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online*, in *IDA* 2007, 3 ss.;
- MOREA, *The future of music in a digital age: the ongoing conflict between copyright law and peer-to-peer technology*, in *The Campbell law review* 2006, 238 ss.;
- NA, *Testing the boundaries of copyright protection: the Google books library project and the fair use doctrine*, in *Cornell journal of law and public policy* 2007, 417 ss.;
- NETANEL, *Copyright and a democratic civil society*, in *The Yale law journal* 1996, 283 ss.;
- NETANEL, *Impose a non commercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing*, in *Harvard journal of law and technology* 2003, 1 ss.;
- NETANEL, *Why has copyright expanded? Analysis and critique*, in MACMILLAN, *New directions in copyright law, Volume 6*, Edward Elgar publishing, Celtenham, 2007, 21 ss.;
- NEWMAN, *What exactly are you implying?*, in *Cardozo art and entertainment law journal* 2014, 1 ss.;

- NIVARRA, *Dolo colpa e malafede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2000, 348;
- NWOGUGU, *Economics of digital content, new digital content control and P2P control systems*, in *Computer and telecommunications law review* 2008, 140 ss.;
- NWOGUGU, *Pricing digital content: the marginal cost and open access controversies*, in *Computer and telecommunications law review* 2008, 199 ss.;
- NWOGUGU, *The economics of digital content and illegal online file sharing: some legal issues*, in *Computer and telecommunications law review* 2006, 5 ss.;
- O'FLYNN, *File sharing: an holistic approach to the problem*, in *Entertainment law review* 2006, 218 ss.;
- OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 187 ss., 191 ss., 195 ss.;
- OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.* 1969, 5 ss.;
- ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile, in Quaderni del CSM numero 92*, CSM , Roma, 1995, 2 ss.;
- ORLANDI, Disciplina della r*iproduzione e dispositivi anticopia*, in *AIDA* 1999, 82 ss.;
- OTTOLIA, *L'utilizzo computazionale dell'opera dell'ingegno in internet*, in *AIDA* 2014, 386 ss.;

- OTTOLIA, *Nota a Corte di Giustizia 21 ottobre 2010 C-467/08*, in *AIDA* 2011, *1386*;
- OTTOLIA, *Preserving user's rights in DRM*, in *International review of intellectual property and competition law* 2004, 491 ss.;
- OTTOLIA, *The public interest and intellectual property models*, Giappichelli, Torino, 2010, 1 ss.;
- PALLAS LOREN, *Redefining the market failure approach to fair use in an era of copyright protection systems*, in *Journal of intellectual property law* 1997, 1 ss.;
- PARODI, *L'utilizzo in rete di software senza licenza*, in *Dir. pen e proc.* 1999, 638 ss.;
- PATTERSON, STANLEY e LINDEBERG, *The nature of copyright*, *The university of Georgia press* 1991, 189 ss.;
- PENNER, *The idea of property in law*, Oxford university press, Oxford, 1997, 72 ss.;
- PERITT, *Protecting technology over copyright: a step too far?*, in *Entertainment law review* 2003, 1 ss.;
- PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica, una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.* 1969, 455 ss.;
- PEUKERT, *A European public domain supervisor*, in *International review of intellectual property and competition law* 2011, 125;
- PEUKERT, *Intellectual property as an end in itself?*, in *EIPR* 2011, 67 ss.;

- PIHLAJARINNE, *Setting the limits for the implied license in copyright and linking discourse - the European perspective*, in *International review of intellectual property and competition law* 2012, 700 ss.;
- PIOLA CASELLI, *Codice del diritto di autore*, Utet, Torino, 1943, 173 ss., 620 ss.;
- PIOLA CASELLI, *Del diritto di autore*, in FIORE, *Il diritto civile italiano*, 1907, Eugenio Marghieri, Napoli, 1907, 255 ss., 256 ss.;
- PIOLA CASELLI, *Su di un preteso requisito di pubblicità nella contraffazione di opera letteraria*, in *Foro it.* 1914, 1017 ss.;
- PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, in BRUGI, *Il diritto civile italiano*, Eugenio Marghieri, Napoli, 1927, 48 ss.; 399 ss., 408 ss., 410 ss., 423 ss.;
- POORT e QUINTAIS, *The levy runs dry: a legal and economic analysis of EU private copying levies*, in *JIPITEC* 2013, 216 ss.;
- POSNER, *Economic analysis of law*, Little, Brown and company, Boston, 1977, 10 ss.;
- PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1982, 1137, 1178 ss., 1184 ss.;
- PUTZOLU*, Impresa e imprenditore nel codice civile,* in AA. VV., *Diritto commerciale,* Monduzzi, Bologna, 2010, 1 ss.;
- QUAEDVLIEG, *The economic analysis of intellectual property law*, Wolters Kluwer, Boston, 1992, 379 ss.;

- QUINTAIS, *Private copying and downloading from unlawful sources*, in *International review of intellectual property and competition law* 2015, 66 ss.;
- RICHARDSON, *Downloading music off the internet: Copyright and Privacy in Conflict?*, in *Journal of law and information science* 2002, 90 ss.;
- RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA* 2002, 48 ss.;
- RICOLFI, *Diritto di autore*, in ABRIANI, COTTINO e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 338 ss., 339 ss., 408 ss., 410 ss., 416 ss., 428 ss., 488 ss.;
- RICOLFI, *I segni distintivi*, Giappichelli, Torino, 1999, 142 ss.;
- RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *AIDA* 1996, 115 ss.;
- RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale tra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.* 2002, 511 ss.;
- RICOLFI, *Making copyright fit for the digital agenda*, in *IDA* 2011, 359 ss.;
- ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, 1 ss., 47 ss., 123 ss., 149 ss.;
- ROSE, *An overview of the proposed introduction of a private copying exception into UK copyright law*, in *Entertainment law review* 2008, 75 ss.;
- ROSE, The a*uthor as proprietor,* in *University of California press journal* 1988, 51 ss.;

- ROSMINI, *Diritti di autore sulle opere dell'ingegno*, Società libraria, Milano, 1896, 21 ss., e nota 238 e 284;
- ROTONDI, *Il valore giuridico del principio della libera concorrenza*, in AA. VV., *Studi di diritto industriale*, Cedam, Padova, 1957, 466 ss.;
- ROVATI, *Comunicazione al pubblico, Tesi di dottorato del XXVI ciclo all'Università degli Studi di Pavia*, Pavia, 2008, 29 ss., 42 ss.;
- ROVATI, *Sub art. 158*, in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012, 1875 ss.;
- RYAN, *Fair use and academic expression: rethoric, reality and restrictions in academic freedom*, in *Cornell journal of law and public policy* 1998, 541 ss.;
- SAMUELSON, *Copyright and freedom of expression in historical perspective*, in *Journal of intellectual property law* 2002, 319 ss.;
- SAMUELSON, *Enriching discourse on public domains*, in *Duke law journal* 2006, 783 ss.;
- SAMUELSON, *Fair use for computer programs and other copyrightable works in digital form: the implications of Sony, Galoob and Sega*, in J*ournal of intellectual property law* 1993, 51 ss.;
- SAMUELSON, Mapping the digital public domain: threats and opportunities, in *Law and contemporary problems* 2003, 147 ss.;
- SAMUELSON, *Modifying copyrighted software: adjusting copyright doctrine to accomodate a technology*, in *Jourimetrics journal* 1987, 179 ss.;

- SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959, 41 ss.;
- SANTINI, *La tutela giuridica della programmazione elettronica*, in *Giur. it.* 1968, 225 ss.;
- SANTORO, *Diritto d'autore e libertà di manifestazione del pensiero*, in *IDA* 1979, 771 ss.;
- SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *IDA* 1975, 325 ss.;
- SARTI, *Antitrust e diritto di autore*, in *AIDA* 1995, 109 ss.;
- SARTI, *Appunti su circolazione dei prodotti contraffatti e responsabilità degli acquirenti commercianti*, in *AIDA* 1993, 349 ss.;
- SARTI, *Copia privata e diritto di autore*, in *AIDA* 1992, 33 ss.;
- SARTI, *Copia privata ed apprendisti stregoni*, in *AIDA* 2014, 432 ss.;
- SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 4 ss., 66 ss., 357 ss, 360 ss.;
- SARTI, *L'assegnazione in proprietà*, in *AIDA* 2000, 226 ss.;
- SATTA, *Cose e beni nell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. comm.* 1964, 357 ss.;
- SENA, *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Riv. dir. ind.* 2004, 55 ss.;
- SEUBA, *The economics of intellectual property rights enforcement*, in *The WIPO journal* 2015, 136 ss.;

- SHAPIRO, *Cassettes, lies and videotape: private copying in the EC*, in *Entertainment law review* 1993, 131 ss.;
- SHERMAN e STROWEL, *Of authors and origins*, Clarendon press, Oxford, 1994, 131 ss.;
- SHY, *Time shifting in a networked digital world: Optus TV Now and copyright in the cloud*, in *EIPR* 2012, 519 ss.;
- SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore*, Maggioli, Milano, 2009, 41 ss.;
- SMITH e NEWTON, *A pause in private copying: judicial review holds the UK private copying exception to be unlawful because there was no evidence to support the decision not to provide compensation to right holders*, in *EIPR* 2015, 667 ss.;
- SMITH e TAYLOR, *File sharing: modern developments*, in *Computer and telecommunications law review* 2010, 176 ss.;
- SORDELLI, *Idee, opere dell'ingegno ed invenzioni come oggetti di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. ind.* 1952, 67 ss.;
- SORDELLI, *L'opera dell'ingegno: Interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora*, Giuffrè, Milano, 1954, 227 ss.;
- SPADA, *Banche di dati e diritto di autore*, in *AIDA* 1997, 6 ss.;
- SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 595 ss.;
- SPADA, *Creazione ed esclusiva trent'anni dopo*, in *Riv. dir. ind.* 1998, 643 ss.;

- SPADA, *La proprietà intelletttuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.* 1998, 645 ss.;
- SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 2013, 1 ss.,174 ss.;
- SPOLIDORO, *Le eccezioni e limitazioni*, in *AIDA* 2007, 205 ss.;
- STADLER, *Copyright a trade regulation*, in *University of Pennsilvanya law review* 2007, 899 ss.;
- STEFIK e SILVERMAN, *The bit and the pendulum: balancing the interests of stakeholders in digital publishing*, in *Computer law* 1997, 3 ss.;
- STERK, *Rhetoric and reality in copyright law*, in *Michigan law review* 1996, 1197 ss.;
- STERN, *Some reflections on parallel importation of copyrighted products into the United States and the relation of the exhaustion doctrine to the doctrine of implied license*, in *EIPR* 1989, 119 ss.;
- STEYN, *Private copying regulation quashed without a reference*, in *Entertainment law review* 2015, 312 ss.;
- STEYN, *Private copying: unlawful once again*, in *Computer and telecommunications law review* 2015, 212 ss.;
- STOLFI, *Il diritto di autore*, Società editrice libraria, Milano 1932, 6 ss., 445 ss.;
- SYNODINOU, *The lawful use and the balancing of interests in European Copyright law*, in *International review of intellectual property and competition law* 2010, 839 ss.;

- TEHRANIAN, *"Et tu fair use?" the triumph of natural law copyright*, in *Davis law review*, 2005, 502 ss.;
- TOFT, *Private copying levies, illegal online sources and the private use defence*, in *Entertainment law review* 2014, 225 ss.;
- TOMMASEO, *Sub art. 2697*, in *Commentario breve al codice civile*, in *Cian* e *Trabucchi*, Cedam, Padova, 2014, 3580 ss.;
- TONI, *L'equo compenso per copia privata dopo il decreto ministeriale 30 dicembre 2009*, in AA. VV., *Studi in memoria di Paolo Frassi*, Giuffrè, Milano, 2010, 693 ss.;
- TUSSEY, *From fan sites to file sharing: personal use in cyberspace*, in *Georgia law review* 2001, 1134 ss., 1155;
- UBERTAZZI, *Ancora sulla competenza in materia delle sezioni IP*, in *AIDA* 2005, 286 ss.;
- UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano, 2000, 396 ss.;
- UBERTAZZI, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale, in Contratto e impresa/Europa* 2003, 1054 ss.;
- UBERTAZZI, *Invenzione ed innovazione*, Giuffrè, Milano, 1978, 34 ss.;
- UBERTAZZI, *Raccolte elettroniche di dati e diritto di autore*, in *Foro it.* 1984, 21 ss.;
- UBERTAZZI, *Spunti sulla comunicazione al pubblico di fonogrammi*, in *AIDA* 2005, 296 ss.;

- UNDERKUFFLER, *The idea of property,* Oxford university press, Oxford, 2003, 11 ss.;
- VALERIO e ALGARDI, *Il diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1943, 3 ss., 88 ss.;
- VAN CAENEGEM, The pu*blic domain: scientia nullius?*, in *EIPR* 2002, 324 ss.;
- VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'articolo 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.* 2010, 26 ss.;
- VANZETTI, *Il diritto di inedito*, in *Riv. dir. civ.* 1966, 384 ss.;
- VIDARI, *Scritti vari - Della libertà commerciale*, Hoepli, Milano, 1909, 317 ss.;
- VINCENTS, *When rights clash online: the tracking of P2p copyright infringements Vs. the EC Personal Data Directive*, in *International journal of law and IT* 2008, 270 ss.;
- WALDRON, *The right to private property*, Oxford university press, Oxford, 1988, 33 ss.;
- WATT, *The basic economic theory of copyright*, in WATT, *Handbook on the economics of copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, 9 ss.;
- WINKLER, *Brevi note intorno alla direttiva 2001/29 CE*, in *Dir. comm. int.* 2001, 705 ss.;
- YU, *Of monks, medieval scribes, and middlemen*, in *Michigan State law review* 2006, 3 ss.;

- YU, *P2P and the future of private copying*, in *University of Colorado law review* 2005, 653 ss.;
- ZAGATO, *L'antinomia beni materiali e beni immateriali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in AA. VV., *Cultura e Innovazione*, Giuffrè, Milano, 2000, 101 ss.;
- ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1962, 158 ss.;
- ZARA e ALGARDI, *Il plagio letterario ed il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milano, 1966, 143 ss.;
- ZARSKY, *Assessing alternative compensation models for online content consumption*, in *Denver university law review* 2006, 645 ss..

GIURISPRUDENZA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- Corte di giustizia 6 febbraio 2003, C-245/00, in *AIDA* 2003, *877*;
- Corte di Giustizia 29 gennaio 2008, C-275/06, in *AIDA* 2008, *1190*;
- Corte di Giustizia 16 luglio 2009, C-5/2008, in *AIDA* 2009, *1261*;
- Corte di Giustizia 21 ottobre 2010, C-467/08, in *AIDA* 2011, *1386*;
- Corte di Giustizia 16 giugno 2011, C-462/09, in *AIDA* 2012, *1457*;
- Corte di Giustizia 9 febbraio 2012, C-277/10, in *AIDA* 2013, *1515*;
- Corte di Giustizia 27 giugno 2013, C-457/11 in *AIDA* 2014, *1579*;

- Corte di Giustizia 11 luglio 2013, C-521/11, in *AIDA* 2014, *1580*;
- Corte di Giustizia 13 febbraio 2014, C-466/12, in *AIDA* 2014, *1586*;
- Corte di Giustizia 3 aprile 2014, C-435/12, in *AIDA* 2014, *1590*;
- Corte di Giustizia 5 giugno 2014, C-360/13, in *AIDA* 2014, 1591;
- Corte di Giustizia 21 ottobre 2014, C-348/13, in *AIDA* 2014, *1644*;
- Corte di Giustizia 5 marzo 2015, C-463/12 in *AIDA* 2015, *1649*;
- Corte di Giustizia 26 marzo 2015, C-279/13, in *AIDA* 2015, *1650;*
- Corte di Giustizia 12 novembre 2015, C-572/13, in *AIDA* 2016, *1713*;
- Corte di Giustizia 9 giugno 2016, C-470/14, in *AIDA* 2017;
- Corte di Giustizia 22 settembre 2016, C-110/15, in *AIDA* 2017.

Corte Suprema di Cassazione

- Cass. 3 agosto 1942 n. 2401, in *Giur. it.* 1943, 45 ss.;
- Cass. 16 maggio 1954, in *Riv. dir. ind.* 1954, 291 ss.;
- Cass. 6 ottobre 1954, in *Riv. dir. comm.* 1954, 165 ss.;
- Cass. 16 settembre 1983 n. 5589, in *Giur. it.* 1984, 942 ss.;
- Cass. 18 febbraio 1993 n.1996, in *AIDA* 1993, *133*;
- Cass. 10 marzo 1994 n. 2345, in *Foro it.* 1994, 2415 ss.;
- Cass. 12 novembre 1994 n. 9529, in *AIDA* 1995, *303*;
- Cass. 1 settembre 1997 n. 8304, in *AIDA* 1998, *509*;

- Cass. 7 aprile 1999 n. 3353, in *AIDA* 1999, *587*;
- Cass. 16 gennaio 1999 n. 388, in *AIDA* 1999, *585*;
- Cass. 13 dicembre 1999, in *AIDA* 2000, *659*;
- Cass. 7 aprile 2000 n. 4353, in *AIDA* 2000, *661*;
- Cass. 2 aprile 2008 n. 13822, in *Rep. di AIDA* 2009, *I.7.4.7*;
- Cass. 19 giugno 2013, in *AIDA* 2014, *1595*;
- Cass. 15 giugno 2015 n. 12314, in *Rep. di AIDA* 2015, *II.13.*

Corti di Appello Territoriali

- App. Torino 8 aprile 1960, in *IDA* 1960, 343 ss.;
- App. Roma 9 maggio 1994, in *AIDA* 1995, *322*;
- App. Venezia 3 novembre 1994, in *AIDA* 1996, *380*;
- App. Milano 29 dicembre 1998, in *AIDA* 1999, *630*;
- App. Bologna 11 gennaio 2001, in *AIDA* 2003, *894.*

Tribunali Territoriali

- Trib. Torino 25 ottobre 1960, in *IDA* 1961, 234 ss.;
- Trib. Roma 25 giugno 1973, in *Giur. mer.* 1975, 128 ss.;
- Trib. Milano 5 giugno 1975, in *IDA* 1976, 462 ss.;
- Trib. Roma 30 ottobre 1980, in *Riv. dir. ind.* 1980, 287 ss.;

- Trib. Roma 12 aprile 1986, in *IDA* 1987, 521 ss.;
- Trib. Napoli 28 novembre 1986, in *IDA* 1987, 522 ss.;
- Trib. Roma 20 luglio 1989, in *IDA* 1992, 282 ss.;
- Trib. Milano 2 febbraio 1994, in *AIDA* 1994, *264;*
- Trib. Milano 19 giugno 1995, in *AIDA* 1995, *358*;
- Trib. Monza 7 marzo 1997, in *AIDA* 1997, *492*;
- Trib. Vicenza 30 settembre 1997, in *AIDA* 1999, *597*;
- Trib. Milano 27 aprile 1998, in *AIDA* 1998, *567*;
- Trib. Milano 4 giugno 1998, in *AIDA* 1998, *571*;
- Trib. Milano 12 ottobre 1998, in *AIDA* 1999, *618*;
- Trib. Milano 12 febbraio 2000, in *AIDA* 2000, *720;*
- Trib. Velletri 20 maggio 2000, in *AIDA* 2000, *732*;
- Trib. Torino 19 aprile 2001, in *AIDA* 2002, *841;*
- Trib. Milano 27 aprile 2001, in *AIDA* 2001, *811;*
- Trib. Milano 14 aprile 2003, in *AIDA* 2003, *943*;
- Trib. Roma 1 febbraio 2005, in *AIDA* 2006, *1081*;
- Trib. Bologna 4 luglio 2005, in *Dir. internet* 2006, 43 ss.;
- Trib. Sassari 12 novembre 2005, in *AIDA* 2006, *1104*;
- Trib. Bari 9 dicembre 2005, in *AIDA* 2007, *1145*;
- Trib. Bologna 17 gennaio 2006, in *AIDA* 2008, *1205*;

- Trib. Milano 24 gennaio 2006, in *AIDA* 2007, *1150*;
- Trib. Milano 11 aprile 2006, in *AIDA* 2007, *1158*;
- Trib. Roma 24 aprile 2006, in *AIDA* 2007, *1160*;
- Trib. Milano 12 giugno 2007, in *AIDA* 2008, *1223;*
- Trib. Milano 24 aprile 2008, in *AIDA* 2008, *1247*;
- Trib. Roma 30 giugno 2008, in *AIDA* 2010, *1334*;
- Trib. Milano 16 luglio 2008, in *AIDA* 2009, *1299*;
- Trib. Milano 6 agosto 2008, in *AIDA* 2009, *1300*;
- Trib. Milano 18 dicembre 2008, in *AIDA* 2010, *1349*;
- Trib. Milano 1 luglio 2009, in *AIDA* 2010, *1360*;
- Trib. Roma 16 dicembre 2009, in *AIDA* 2010, *1373*;
- Trib. Roma 11 febbraio 2010, in *AIDA* 2010, *1377*;
- Trib. Napoli 2 marzo 2010, in *AIDA* 2010, *1379*;
- Trib. Roma 14 aprile 2010, in *Riv. dir. ind.* 2010, 248 ss.;
- Trib. Milano 14 febbraio 2011, in *AIDA* 2011, *1450*;
- Trib. Roma 20 marzo 2011, in *AIDA* 2013, *1535*;
- Trib. Roma 22 marzo 2011, in *Rep. di AIDA* 2012, *I.15.9*;
- Trib. Milano 7 giugno 2011, in *AIDA* 2013, *1538;*
- Trib. Milano 9 giugno 2011, in *Rep. di AIDA* 2012, *II.11.9*;
- Trib. Milano 9 settembre 2011, in *AIDA* 2012, *1505*;

- Trib. Roma 23 settembre 2011, in *AIDA* 2012, *1507*;
- Trib. Venezia 25 novembre 2011, in *AIDA* 2012, *1511*;
- Trib. Roma 13 dicembre 2011, in *AIDA* 2013, *1545*;
- Trib. Roma 16 febbraio 2012, in *AIDA* 2014, *1609*;
- Trib. Milano 8 marzo 2012, in *AIDA* 2013, *1552*;
- Trib. Milano 19 dicembre 2013, in *AIDA* 2014, *1637*;
- Trib. Milano 3 gennaio 2014, in *AIDA* 2014, *1638*;
- Trib. Milano 4 febbraio 2015, in *AIDA* 2016, *1743*;
- Trib. Roma 7 agosto 2015, in *AIDA* 2016, *1755;*
- Trib. Milano 11 settembre 2015, in *AIDA* 2016, *1757;*
- Trib. Torino 2 novembre 2015, in *AIDA* 2016*, 1760.*

PRETURE TERRITORIALI

- Pret. Roma 10 maggio 1971, in *IDA* 1972, 56 ss;
- Pret. Roma 31 dicembre 1987, in *IDA* 1989, 496 ss.;
- Pret. Torino 31 dicembre 1988, in *IDA* 1989, 200 ss.;
- Pret. Venezia 10 novembre 1990, in *IDA 1991,* 569 *ss.;*
- Pret. Milano 4 aprile 1991, in *IDA* 1991, 572 ss.;
- Pret. Aquila 5 aprile 1991, in *IDA* 1991, 574 ss.;
- Pret. Milano 28 giugno 1991, in *AIDA* 1992, *51*;

- Pret. Verona 23 marzo 1992, in *AIDA* 1993, *146*;
- Pret. Brescia 1 dicembre 1994, in *AIDA* 1996, *382;*
- Pret. Bologna 25 maggio 1998, in *Rep. di AIDA* 1998, *I.14.6.*

Consiglio di Stato

- Consiglio di Stato 9 luglio 2004, in *AIDA* 2005, *1023*;
- Consiglio di Stato 18 febbraio 2015, in *AIDA* 2015, *1657.*

Tribunali Amministrativi Regionali

- TAR Lazio 2 febbraio 2012, in *AIDA* 2013, *1549*;
- TAR Lazio 2 marzo 2012, in AIDA *2013*, *1551*;
- TAR Lazio 26 settembre 2014, in *AIDA* 2015, *1694.*